



UNIVERSIDAD DE OTAVALO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE PENALIZAR EL ABORTO

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGÍSTER EN
DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTORA:

NORA PAMELA CARRERA AGUIÑO

TUTORA METODOLÓGICO: PhD. ANA JULIA ROMERO GONZÁLEZ

TUTOR DE CONTENIDOS: PhD. REGIS ERNESTO PARRA PROAÑO

Otavalo, Febrero, 2022

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, NORA PAMELA CARRERA AGUIÑO, declaro que este trabajo de titulación “La Inconstitucionalidad de Penalizar el Aborto” es de mi total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional. Así mismo declaro dicho trabajo no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo como autores la responsabilidad ante las reclamaciones que pudieran presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de cualquier responsabilidad al respecto. Que de conformidad con el artículo 114 del Código Orgánico de la Economía Social, conocimientos, creatividad e innovación, concedo a favor de la Universidad de Otavalo licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra con fines académicos, conservando a mi favor los derechos de autoría según lo establece la normativa de referencia. Se autoriza además a la Universidad de Otavalo para la digitalización de este trabajo y posterior publicación en el repositorio digital de la institución, de acuerdo a lo establecido en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior. Por lo anteriormente declarado, la Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes otorgados, por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

NORA PAMELA CARRERA AGUIÑO

C.C. 1721082715

CERTIFICACIÓN DE LOS TUTORES

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el trabajo de investigación titulado “**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE PENALIZAR EL ABORTO**”, bajo mi dirección y supervisión, constituye el trabajo de titulación para aspirante al título de Magíster en Derecho Constitucional, de la estudiante **Nora Pamela Carrera Aguiño**, cumple con las condiciones requeridas por la normativa vigente en la Universidad de Otavalo, aprobada al efecto.

PhD. Regis Ernesto Parra Proaño

C.C. 0602455214

Tutor de contenidos

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el trabajo de investigación titulado “**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE PENALIZAR EL ABORTO**”, bajo mi dirección y supervisión, constituye el trabajo de titulación para aspirante al título de Magíster en Derecho Constitucional, de la estudiante **Nora Pamela Carrera Aguiño**, cumple con las condiciones requeridas por la normativa vigente en la Universidad de Otavalo, aprobada al efecto.

PhD. Ana Julia Romero González

CC. 1759462763

Tutora de Metodología

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de investigación a las personas que cada día luchan y se esfuerzan por vencer los obstáculos y las adversidades para convertirse en agentes de cambio que mejoran las sociedades y el mundo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, a mis padres, a mi novio, a mis hermanas, y a mis amigas y amigos por su apoyo, por las enriquecedoras conversaciones, por el ejemplo constante de superación, además de las siempre oportunas palabras de aliento y cariño que me han permitido continuar día a día.

Agradezco también, a todas las maestras y maestros que han contribuido a mi crecimiento intelectual y personal a través de sus enseñanzas.

ÍNDICE DE CONTENIDO

DECLARACIÓN DE AUTORÍA.....	II
CERTIFICACIÓN DE LOS TUTORES.....	III
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR.....	III
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
RESUMEN.....	XII
ABSTRACT.....	XIII
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	4
SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	4
1. LA PROBLEMÁTICA.....	4
1.1. CONTEXTO DE ESTUDIO.....	4
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	9
1.3. PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN.....	12
2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
2.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA.....	12
2.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	13
2.3. DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	13
3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
3.1. OBJETIVO GENERAL.....	13
3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	13
CAPÍTULO II.....	15
MARCO TEÓRICO.....	15
2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	15
2.1. TEÓRICA.....	15
2.2. PRÁCTICA.....	16
3. CONCEPTOS ESTRUCTURALES DE LA INVESTIGACIÓN.....	16
3.1. CUIDADO Y PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN.....	17
3.1.1. DERECHO DE CUIDADO.....	18
3.1.2. DERECHO A LA PROTECCIÓN.....	19
3.2. DERECHOS DE LIBERTAD SEXUAL Y REPRODUCTIVA.....	20
3.3. ABORTO.....	22
4. REFERENTES TEÓRICOS.....	23

5. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL	25
5.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (2008)	25
5.2. PROGRAMA DE ACCIÓN DEL CAIRO (1994)	26
5.3. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (2014).....	27
5.4. SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL CASO 34-19-IN	29
5.5. SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL CASO 3-19-JP	31
6. SISTEMA DE RELACIONES TEÓRICAS	34
CAPÍTULO III.....	36
MARCO METODOLÓGICO	36
3. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN	36
4. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	36
5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	37
5.1.1. REVISIÓN DOCUMENTAL.....	37
5.2. INSTRUMENTOS	38
5.2.1. MATRIZ DE ANÁLISIS DE CONTENIDO	38
CAPÍTULO IV	40
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	40
4.1. OBJETIVO ESPECÍFICO 1:	40
DEL CUIDADO Y PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN	43
4.1.1. DEL DERECHO A LA VIDA: CONCEPTO	44
4.2. OBJETIVO ESPECÍFICO 2:	46
DERECHOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA	50
4.2.1. ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA	50
4.2.2. DERECHOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA	54
4.2.3. FALTA DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA: OMISIÓN DEL ESTADO	56
4.3. OBJETIVO ESPECÍFICO 3:	57
4.4. OBJETIVO ESPECÍFICO 4:	60
4.4.1. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	61
4.4.2. SENTENCIA C-055-22 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA	62
4.4.3. CONSIDERACIONES.....	63
CAPÍTULO V	68
MODELO DE PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN.....	68
5.1. TÍTULO DE LA PROPUESTA:	68
5.2. ANTECEDENTES:	68
5.3. OBJETIVOS:.....	70
5.3.1. OBJETIVO GENERAL:.....	70
5.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:.....	70
5.4. DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA	70
5.5. FACTIBILIDAD DE LA PROPUESTA	71

5.6. CONCLUSIONES	72
CONCLUSIONES	73
RECOMENDACIONES	75
BIBLIOGRAFÍA.....	79
ANEXOS.....	85
ANEXO 1	86
ANEXO 2	90

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: Sistema de Relaciones Teóricas.....	34
Figura 2: Cuidado y Protección de la vida desde la concepción	40
Figura 3: Sustento constitucional.....	41
Figura 4: La mujer y el nasciturus como sujetos de derechos.....	42
Figura 5: Derecho a la salud sexual y reproductiva.....	46
Figura 6: Derechos de salud sexual y reproductiva.....	47
Figura 7: Derechos sexuales constitucionalmente reconocidos.....	48
Figura 8: Costos de omisión vs. Prevención	49
Figura 9: Ahorro para el estado.....	50
Figura 10: Penalización del aborto.....	57
Figura 11: Protección del bien jurídico vida a través de la tipificación del aborto....	59
Figura 12: Eficacia de los métodos anticonceptivos.....	86

ÍNDICE DE ANEXOS

ANEXOS	85
ANEXO 1: Eficacia de los métodos anticonceptivos.....	86
ANEXO 2: Voto Concurrente doctor Ramiro Ávila, sentencia No. 34-19-IN...90	

RESUMEN

CARRERA AGUIÑO NORA PAMELA. “La inconstitucionalidad del aborto”. Trabajo para optar al título de magister en Derecho Constitucional. Universidad de Otavalo. Programa de Maestría en Derecho Constitucional – Tercera Cohorte. Otavalo, Imbabura, Ecuador, 2021.

Esta investigación surge a partir de un tema controvertido como es la penalización del aborto. El objetivo general se basó en analizar si es inconstitucional la penalización del aborto de acuerdo a la Constitución Ecuatoriana vigente. Se pretendió brindar una respuesta jurídica a la inconstitucionalidad de penalizar el aborto, sin necesidad de exacerbar las posturas que suelen generarse alrededor de este tema, por cuanto en esta problemática confluyen una serie de factores que pueden ser reguladas desde el derecho constitucional, sin necesidad de vulnerar los derechos de las mujeres gestantes. Se realizó una investigación con enfoque cualitativo, de tipo no experimental, documental y explicativo a través de la aplicación de las técnicas de observación y revisión documental, lo que a su vez permitió realizar un análisis doctrinario, jurisprudencial, para establecer las categorías en conflicto que confluyen en la problemática del aborto. El Estado tiene la obligación de garantizar la provisión de un acceso adecuado a la salud, esto es servicios de educación, acceso a servicios médicos y métodos anticonceptivos, sin embargo, al no cumplirse, provoca que exista una limitante profunda que impide a las mujeres ejercer de forma responsable la toma de decisiones sobre su vida sexual y reproductiva. Por ello, la propuesta de esta investigación busca demandar la inconstitucionalidad de penalizar el aborto y exigir el cumplimiento de las obligaciones estatales que garanticen un ejercicio adecuado de los derechos de salud sexual y reproductiva para todas las personas.

PALABRAS CLAVE: derechos sexuales y reproductivos, mujeres, aborto, inconstitucionalidad.

ABSTRACT

CARRERA AGUIÑO NORA PAMELA. "The unconstitutionality of abortion". Thesis to obtain a Master's Degree in Constitutional Law. University of Otavalo. Master's Program in Constitutional Law - Third cohort. Otavalo, Imbabura, Ecuador, 2021.

This research arises from a controversial issue such as the criminalization of abortion. The general objective was based on analyzing whether the criminalization of abortion is unconstitutional according to the current Ecuadorian Constitution. It was intended to provide a legal response to the unconstitutionality of criminalizing abortion without the need to exacerbate the positions usually generated around this issue since this problem involves several factors that can be regulated from the constitutional law without needing to violate the rights of pregnant women. A qualitative research of a non-experimental, documentary and explanatory type was carried out through the application of observation and documentary review techniques which, at the same time, allowed for a doctrinal and jurisprudential analysis to establish the categories in conflict that converge in the abortion issue. The failure of the State to comply with its obligation to provide education services, access to medical services and contraceptive methods was verified, which in turn becomes a great limitation that impedes women from making responsible decisions about their sexual and reproductive life. Furthermore, it is not an efficient measure to protect the life of the unborn child. Therefore, the proposal of this research seeks to demand compliance with state obligations that guarantee an adequate exercise of sexual and reproductive health rights for all people.

KEYWORDS: sexual and reproductive rights, women, abortion

INTRODUCCIÓN

El derecho constitucional ecuatoriano a partir de 2008 ha generado grandes avances y se ha establecido como un referente de vanguardia en la protección de derechos fundamentales en beneficio del ser humano, teniendo a este como eje fundamental, es el objeto y fin de la aplicación del derecho. Incluso, se ha introducido novedades como la concepción de la naturaleza como sujeto de derechos, además de la aceptación de varios tipos de democracia que incluyen de forma activa y protagónica la participación ciudadana como principal fiscalizador de las actuaciones estatales y en el uso de los fondos públicos. Inclusive entre los recursos incorporados esta la configuración del bloque de constitucionalidad concentrando los presupuestos de derechos y garantías suscritos en instrumentos internacionales de derechos humanos, buscando la aplicación del más beneficioso para las personas.

Considerando la validación de los tratados e instrumentos internacionales es necesario señalar que desde 1979 se lleva a cabo la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que, con el posterior desarrollo e inclusión de otros instrumentos tales como la Convención Belem do Para y de la Beijing solicitan a los Estados entre otras cosas, que se eliminen todas las formas de discriminación contra la mujer, se erradiquen aquellas normas que supongan detrimento de sus derechos y que se fortalezca el acceso a educación objetiva sobre salud sexual y se permita el acceso a métodos anticonceptivos que garanticen una facultad de decisión respecto de cuándo y cuántos hijos tener, ya que los embarazos no deseados, maternidades precoces; el abandono y deserción escolar a causa de asumir responsabilidades en el hogar generan un alto costo social y económico que perjudica a las mujeres y las margina de su incorporación a la vida política y social de los países además del evidente detrimento y prolongación de los círculos de pobreza crónica.

A pesar de las suscripciones y ratificaciones del Estado Ecuatoriano a estos instrumentos de derechos humanos, no se han cumplido con los presupuestos que permitan acceder de forma integral a los derechos de salud sexual y reproductiva e incluso se mantiene penalizado el ejercicio de las decisiones de planificación

familiar sexual de las mujeres, sobre todo al existir un embarazo no deseado en etapas tempranas sin que se pudiese acceder a la prestación de abortos seguros y que a la fecha, se sanciona con penas de privación de la libertad para la mujer que cometa este delito.

En el desarrollo de esta investigación se pretende demostrar que el cuidado y protección de la vida desde la concepción no se garantiza al tipificar el aborto como delito, sino que esta penalización solamente restringe los derechos de las mujeres y no evita de forma adecuada que las mujeres aborten ni tampoco salvaguarda la vida del nasciturus, sino que las expone a llevar a cabo abortos clandestinos que ponen en riesgo su integridad, por lo que la penalización del aborto resultaría inconstitucional. Además, no debería sancionarse a las mujeres por decidir sobre su salud sexual y reproductiva al haber incumplimiento por parte del Estado además de omitir sus obligaciones para brindar educación clara, objetiva y transparente con enfoque de género respecto de la salud sexual y reproductiva así como tampoco brinda de forma adecuada y oportuna los servicios de salud que permitan una adecuada planificación familiar antes, durante y después de los periodos gestacionales que pudieran cursar las mujeres, por tanto, esta investigación pretende dilucidar de forma clara los elementos doctrinarios y jurisprudenciales para evidenciar si resulta inconstitucional tipificar el aborto.

CAPÍTULO I
SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

CAPÍTULO I

SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

1. LA PROBLEMÁTICA

1.1. CONTEXTO DE ESTUDIO

La evolución de la sociedad ha permitido que se legisle priorizando los derechos y garantías de las personas como eje fundamental de los textos normativos, entre estos derechos y garantías fundamentales se reconocen aquellos correspondientes al libre desarrollo de la personalidad, entendiéndose estos como los derechos subjetivos inherentes al ser humano: a la dignidad y a la individualidad, así como los derechos que garantizan la libertad, los derechos sociales, los derechos de participación, entre otros. Anteriormente, de acuerdo a lo dicho por el jurista Luis Alejandro Franco Orozco (2020), se catalogaba a los derechos como de primera, segunda y tercera generación, obedeciendo a un criterio de surgimiento cronológico que determina que los derechos de primera generación son los germinados durante la Revolución Francesa, los de segunda generación son los que se crean como resultado de la Revolución Industrial; y, los de tercera generación tienen su génesis en el espacio contemporáneo; sin embargo, actualmente todos los derechos gozan de la misma relevancia y es el juzgador quien, en caso de hallarse frente a una confrontación de derechos quien debe decidir cuál es el más beneficioso a aplicarse de acuerdo al caso concreto.

En la legislación ecuatoriana está previsto que la aplicación de las normas vigentes, de conformidad a lo que determina la Constitución de la República (2008), en adelante CRE, que en su artículo 425 determina que:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de

las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.
(p.127)

Sin embargo, a pesar de que normativamente se promueve la aplicación de normas que generan la inclusión y un trato más equitativo entre las personas, siguen existiendo brechas que impiden un pleno ejercicio de los derechos fundamentales. En el caso particular de esta investigación, el reconocimiento e incorporación de los derechos sexuales y reproductivos en el texto constitucional ha sido un gran avance, pero a pesar de que ya son considerados como derechos fundamentales, siguen existiendo límites para su plena exigibilidad y aplicación.

En Ecuador, el límite respecto del ejercicio pleno de estos derechos sexuales y reproductivos, se consolida con el precepto constitucional del cuidado y protección de la vida desde la concepción, encarnado en la penalización del aborto consentido. Al respecto es necesario señalar que el derecho a la vida, desde las categorizaciones cronológicas de los derechos, se considera como el primero de los derechos, porque es a partir de este que se permite la existencia y desarrollo de todos los demás, incluso la jueza constitucional Carmen Corral, en su voto salvado de la sentencia 34-19-IN/21, manifestó lo siguiente:

El nasciturus tiene derecho a que no se interrumpa su existencia, a desarrollarse biológicamente, a que se no se interfiera en su proceso de formación genética; a nacer y contar con la oportunidad de existir como un ser único e irrepetible y con un proyecto de vida trascendente. (Corral, 2021, p. 73).

Se eleva a este criterio de cuidado y protección de la vida desde la concepción como si se tratase de un derecho superior a otros, desde su origen hasta su fin, sin que sea necesario ningún otro requisito para su categorización. Pero este derecho a la vida no es absoluto, sino que se debe tener en consideración el cuidado y protección desde la concepción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, al respecto señala que:

...la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser

humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, 2012, p. 60)

Lo expresado por la CIDH es fundamental puesto que permite precisar de forma más adecuada a partir de qué momento ocurre la concepción y se puede hablar del cuidado y protección a la vida desde este instante, esto es a partir de la implantación del ovulo fecundado en el útero de la gestante, caso contrario, sin que exista esta precisión no puede hacerse una consideración objetiva sobre el momento biológico exacto a partir del cual se ofrece la protección y cuidado. Por lo que así puede comprenderse que es la mujer gestante quien tendría prioridad respecto del ejercicio de sus derechos frente a los derechos que son susceptibles de protección para el feto o embrión.

A nivel internacional, se han efectuado diversos foros y convenciones que han devenido en la suscripción y ratificación de tratados internacionales, donde se ha determinado la relevancia de señalar que los derechos sexuales y reproductivos de las personas deben ser una prioridad para que los Estados promuevan y garanticen el ejercicio de estos derechos, sobre todo en el caso de las mujeres, puesto que se ha determinado que un ejercicio ignorante de los derechos sexuales y reproductivos deviene en conductas sociales discriminatorias hacia la mujer.

Desde las organizaciones feministas y especialmente desde la Red de Salud de la Mujer de América Latina y el Caribe, se dieron elementos que inspiraron reformas a los modelos sanitarios desde una perspectiva de respeto a los derechos de las mujeres, impulsando modificaciones que favorecen el derecho de las pacientes a estar informadas y a decidir con la mayor libertad posible, favoreciendo políticas intersectoriales y asignándole cada vez mayor importancia al potenciamiento de las mujeres (Montaño,s/f, p. 9)

Se pretenden garantizar los derechos sexuales y reproductivos, principalmente de las mujeres quienes muchas veces ven limitado su desarrollo personal por ser vistas principalmente como posibles madres, nulitando casi por completo su existencia fuera de ese imaginativo. Al respecto, se han realizado diversos análisis, entre los cuales podemos destacar que:

El estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que incluye datos de 75 países que comprenden a un 80% de la población mundial, destaca que, pese a décadas de progreso hacia la igualdad entre hombres y

mujeres, cerca del 90% de la población mantiene algún tipo de prejuicio contra las mujeres. El informe se vale de un Índice de Normas Sociales de Género para medir cómo dichos preceptos pueden obstaculizar la equidad de género en ámbitos dispares como la política, el trabajo y la educación. De acuerdo con el índice, “aproximadamente la *mitad* de los hombres y las mujeres del mundo consideran que los hombres son mejores líderes políticos que las mujeres. Asimismo, más del 40% opina que los hombres son mejores ejecutivos empresariales y que tienen más derecho a ocupar un empleo cuando el trabajo escasea. El 28% de las personas creen que está justificado que un marido le pegue a su esposa”... Sólo el 14% de las mujeres y el 10% de los hombres del mundo no tienen ningún sesgo para aceptar las normas sociales de género, apunta un nuevo informe de la ONU que analiza el “techo de cristal” de las mujeres y cómo romperlo. El análisis sugiere que este techo abarca todos los aspectos de las vidas de las mujeres, incluido el hogar.(ONU, 2020)

Incluso, este tipo de criterios han sido una constante dentro del imaginario colectivo de la sociedad ecuatoriana, viéndose así expresado en los debates de la Asamblea Nacional, efectuados en 2019 cuando se propuso nuevamente la discusión respecto de la despenalización del aborto. Por ejemplo, en la sesión No. 611 convocada para el primer debate de las reformas del COIP, la Asambleísta Lourdes Cuesta manifestó:

Garanticemos las dos vidas. Apoyemos, ayudemos a esas mujeres que van a ser madres y que se sienten solas, démosles contención psicológica. Que el Estado si garantice su salud, que garantice la salud de sus hijos que le ayude a viabilizar procedimientos de adopción en caso de que no quiera o no pueda mantener a su niño. La solución no es el aborto. Con el aborto, está probado que no baja el nivel de violaciones, no bajan las violaciones. Y el trauma de una violación jamás va a ser borrado con algo tan agresivo como es un aborto. Un aborto ahonda ese tipo de traumas. Señores legisladores, en nuestras manos está salvar las dos vidas. (Cuesta Orellana, Lourdes; 2019, p. 109)

No es posible que se pretenda encasillar a la mujer dentro del escenario único de madre, sino que se le debe dar todas las herramientas que permitan un acceso y ejercicio eficaz de sus derechos sexuales y reproductivos para permitir un desarrollo integral de la personalidad sin que exista intromisiones respecto de la esfera íntima en la toma de sus decisiones de vida, considerando que se debe garantizar este acceso a través de políticas públicas que sean eficientes y objetivas para alcanzar una correcta determinación individual de la mujer al decidir.

La Constitución del Ecuador (2008), reconoce también el derecho a una vida digna y a la libertad de decisión frente a la salud sexual y reproductiva, en los artículos 66.2 y 66.9; lo cual implica que tanto hombres como mujeres, tienen la

posibilidad de escoger cuándo y cuántos hijos tener de acuerdo a una orientación e información previa, tal como se ha fijado en los tratados y convenciones internacionales.

Pero, en el contexto actual, en Ecuador y en varios países de la región se sigue negando el acceso a métodos anticonceptivos, así como la información que se ofrece respecto de la planificación familiar está sesgada y restringida a tener la maternidad como el único fin de la mujer, considerando como delito el aborto voluntario sin importar si es producto de violación o incesto.

En 2020 se llevó a cabo el monitoreo del estado de los Servicios de Salud Sexual y Reproductiva durante la Emergencia Sanitaria por COVID-19 en Ecuador, develan la falta de acceso a métodos anticonceptivos, anticonceptivos de emergencia y a servicios de atención médica en salud sexual y reproductiva, lo que evidencia las deficientes aplicaciones estatales que limitan a las mujeres respecto de su salud reproductiva y que impiden un manejo adecuado y responsable de su salud sexual, traduciéndose en maternidades no deseadas, que son impuestas ya que no se provee de forma oportuna de la atención en salud que permita ejercer un control previo y oportuno sobre la natalidad y en caso de producirse un embarazo, no se les permite abortar en condiciones seguras sino que son investigadas, procesadas y criminalizadas. Por tanto, existe una evidente vulneración a los derechos sexuales y reproductivos, a decidir cuándo y cuántos hijos tener.

Incluso en datos oficiales, se sigue negando la realidad al hacer estudios sesgados que no evidencian la situación real sobre los abortos efectuados. De acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), determinó que:

...en el Ecuador las mujeres que más abortan son menores de 25 años, tienen menos años de educación formal, son más pobres y viven en lo que los ciudadanos llamamos provincia. Por otro lado, no podemos dejar de lado que más de 45 de cada 100 mil mujeres mueren cada año a causa de un aborto en el Ecuador — la provincia que más registra por cada 1000 nacimientos es Pastaza (186/1000) seguido por Pichincha (174/1000) Guayas (166/1000) Galápagos (165/1000) y Esmeraldas (164/1000). Si bien estos números de abortos oficiales parecen ser muy claros y transparentes, también nos imposibilitan abordar un tema clave: los abortos auto inducidos o los abortos clandestinos. Una de nuestras mayores limitaciones fue no poder diferenciar cuando un aborto fue auto inducido (por la mujer, con medicamentos para este fin) o clandestino (por gente no preparada y en lugares poco adecuados). (Ortiz, 2016, p. 15)

Frente a esta situación se han hecho varios llamados de organismos internacionales, sobre todo de los secretarios Relatores de la Organización de Naciones Unidas, el último efectuado en septiembre de 2019, que han sido desatendidos por las autoridades quienes se niegan a mejorar el acceso a información objetiva, adecuada y oportuna de planificación familiar, así como tampoco han accedido a despenalizar el aborto.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

En Ecuador, a través de los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, en adelante CRE, (2008), es posible verificar una colisión entre dos disposiciones constitucionales, por una parte, el artículo 45 que determina el cuidado y la protección de la vida desde la concepción; frente a lo determinado en los artículos 66.9 y 66.10 del mismo cuerpo normativo sobre el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

Esta colisión se ve reflejada con la superposición de la protección y cuidado a la vida desde la concepción, expresada en los artículos 159 y 150 del Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, que determina lo siguiente:

Artículo 149.- Aborto consentido. - La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. Artículo 150.- Aborto no punible. - El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos: 1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental. (COIP, 2014, p. 26)

Es decir que el Estado Ecuatoriano, a través de sus legisladores han tomado la decisión de ponderar y de anteponer la protección y el cuidado de la vida desde la concepción ante el derecho de las mujeres a decidir de forma libre, responsable e informada sobre su salud sexual y reproductiva y a cuándo y cuántos hijos tener. Al

respecto, es necesario mencionar lo determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

...una consideración indebida de la protección de la vida prenatal o con base en que el derecho de la futura madre al respeto de su vida privada es de menor rango no constituye una ponderación razonable y proporcional entre derechos e intereses en conflicto. (Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, 2012, p. 86)

Es decir, en el Ecuador a pesar de que existen derechos constitucionales que garantizan la independencia en las capacidades de decisión de las mujeres, ha optado por tomarse atribuciones completamente invasivas sobre la vida privada de las mujeres y ha dado características absolutas y superiores al cuidado y protección de la vida desde la concepción, de forma irracional y desproporcionada considerando que se da una protección superior a la vida del nasciturus frente a la vida de la mujer gestante a pesar de que el Estado debe garantizar el ejercicio eficaz de los derechos de salud y educación, los cuales se concretan a través de una provisión de servicios educativos y de salud que permitan tomar decisiones informadas sobre la salud sexual y reproductiva de las mujeres, sin embargo el acceso a métodos de anticoncepción aún es limitado, tal como lo evidencia el Informe del Monitoreo del Estado de los Servicios de Salud Sexual y Reproductiva durante la emergencia sanitaria por COVID-19 en Ecuador, que entre sus conclusiones señala:

La pandemia del COVID-19 ha supuesto una grave crisis para el Sistema Nacional de Salud (SNS) Ecuatoriano, agudizando la precariedad en la que se encontraba antes de la Emergencia sanitaria por su desmantelamiento progresivo y la falta de presupuestos adecuados. Esto ha tenido impactos significativos en el ejercicio del derecho universal a salud de la población en su conjunto, y en particular de las mujeres, niñas, adolescentes y población LGBTIQ+... En cuanto a la provisión de métodos anticonceptivos, las restricciones del acceso presencial a los centros de salud y las medidas del estado de excepción han tenido un impacto directo en el uso de anticoncepción. Solo entre marzo y julio de 2020, el consumo de preservativos masculinos descendió un 36,09%, y la AOE tuvo un decremento del 33,84%, respecto al mismo período del 2019. La falta de acceso a MAC junto a otras circunstancias como la incidencia de violencia sexual, se relaciona estrechamente con el aumento de embarazos no deseados y forzados. (Surkuna, Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos, 2021)

Esto ha devenido en una degradación de la prestación de servicios de salud, negando el acceso oportuno a métodos anticonceptivos y el respectivo acompañamiento médico, generando estados de desprotección de las mujeres, y

peor aún, se configuran a través de la criminalización del aborto, las únicas excepciones que permiten esta práctica determinan que no serán sancionados cuando se trate de: a) que la vida de la madre esté en peligro y b) cuando sea producto de una violación a una mujer con discapacidad mental. Es decir, se está inobservando el derecho a decidir respecto de cuándo y cuántos hijos tener, primando la expectativa de vida del nasciturus. Es pertinente señalar que, al respecto, existen varios criterios sobre los derechos sexuales y reproductivos que deben ser observados, por ejemplo:

aun cuando la protección a la vida desde la concepción es un valor primordial dentro de la Constitución, este no puede ser interpretado de forma aislada o absoluta, sino que debe ser entendido sistemáticamente con otros derechos y principios también reconocidos en la CRE. (Corte Constitucional, 2021, p. 27).

De acuerdo a estas consideraciones, se refleja la importancia de respetar la vida del ser humano por nacer, pero debe tenerse siempre en consideración los derechos de la persona que ya existe, esto es, de la mujer que está gestando y que también debe poder ejercer sus derechos de autonomía y libertad de determinación acerca de sus decisiones personales a lo largo de toda su vida, además de que el Estado debe garantizarle el acceso a servicios de salud y educativos que permitan una toma de decisiones responsables e informadas.

Han existido múltiples llamados instando al Estado Ecuatoriano para que se despenalice el aborto, al menos en casos de violación, incesto y malformaciones del nasciturus, por parte de la Organización Mundial de las Naciones Unidas, pero no han sido atendidos y, en consecuencia, las mujeres que optan por terminar su embarazo de forma anticipada siguen siendo procesadas y sancionadas penalmente. Al menos, 435 mujeres han sido procesadas y sentenciadas por este delito entre 2013 y 2019 (Carranza Jimenez, 2019). Recientemente, el relator de salud de las Naciones Unidas en su visita realizada a Ecuador en septiembre de 2019, recomendó que:

k) Modifique urgentemente el Código Penal con el fin de despenalizar el aborto en los casos de violación, incesto y malformaciones fetales graves, y cree un entorno propicio para garantizar que todas las mujeres y niñas puedan practicarse un aborto sin complicaciones y tengan acceso a atención posterior al aborto, garantizando el acceso a los servicios correspondientes. Respete la obligación de confidencialidad en el sistema de salud; adopte protocolos con base empírica; elabore cursos de derechos humanos dirigidos a los prestadores

de servicios de salud sobre su obligación de ofrecer abortos legales, en particular cuando la vida o la salud física y mental corran peligro, y respete la privacidad y confidencialidad de las mujeres que utilizan los servicios de salud sexual y reproductiva (Piuras, 2020, p. 20)

Hasta ahora no existe un pronunciamiento expreso del Estado frente a estas recomendaciones realizadas y se mantiene penalizado el aborto voluntario incluso en los casos de incesto y violación, a pesar de que la Corte Constitucional en la sentencia No. 34-19-IN de 29 de abril de 2021 (p.50), determinó la inconstitucionalidad del aborto por violación y dispuso a la Asamblea Nacional para que conozca y discuta sobre el proyecto que regule la interrupción voluntaria del embarazo producto de una violación sexual, sin embargo se omitió la exigencia hacia el Ministerio de Salud Pública para que actualice las políticas públicas así como la implementación de programas de salud que permitan hacer exigibles los derechos de salud sexual y reproductiva de conformidad a los derechos garantizados por la CRE que permitan acceder a información, educación y métodos de planificación familiar que faculten tomar decisiones informadas respecto de la salud sexual y reproductiva.

1.3. PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Es inconstitucional la penalización del aborto?

2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

La línea general de esta investigación es el Derecho Constitucional Ecuatoriano y comparado.

La línea específica está contenida en los Análisis iusfilosóficos y doctrinales sobre cuestiones en debate actual con anclaje constitucional como el pluralismo jurídico, el *sumak kawsay* como concepto jurídico indeterminado, la prohibición del aborto, la venta de alimentos transgénicos en contraposición con determinados derechos humanos, así como otros relacionados con la bioética o la Filosofía del Derecho en general, pero siempre buscando la perspectiva constitucional, ya que la investigación está relacionada directamente con la despenalización del aborto,

puesto que se pretende analizar y demostrar que se vulneran los derechos constitucionales cuando se aplica la norma establecida en el artículo 150 del COIP, ya que su aplicación interfiere directamente con los derechos de libertad de decisión sobre cuándo y cuantos hijos tener garantizados en la constitución.

2.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL

Esta propuesta de investigación, se desarrolló desde agosto de 2020 hasta febrero de 2022.

2.3. DELIMITACIÓN ESPACIAL

La presente investigación se realizó sobre legislación nacional ecuatoriana vigente además teniendo en cuenta los tratados internacionales y demás documentos que conforman el bloque de constitucionalidad.

3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar si es inconstitucional la penalización del aborto de acuerdo a los artículos 45, 66.9 y 66.10 de la Constitución Ecuatoriana vigente (2008).

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Describir los elementos teóricos y jurídicos del cuidado y protección de la vida desde la concepción a partir de la doctrina y la jurisprudencia.
- Identificar los elementos teóricos y jurídicos del derecho a la salud sexual y reproductiva en la Constitución Ecuatoriana vigente.
- Determinar los elementos teóricos y jurídicos de la penalización del aborto en la legislación ecuatoriana vigente en concordancia a los derechos constitucionales de protección y cuidado de la vida desde la concepción y de libertad sexual y reproductiva.
- Explicar si es inconstitucional limitar el derecho a la salud sexual y reproductiva a través de la penalización del aborto.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. TEÓRICA

La Constitución de Ecuador (2008), se ha consolidado a través de los múltiples aportes ciudadanos expresados por los asambleístas constituyentes además de considerar e incorporar las garantías y derechos sustentados por los convenios y tratados internacionales, cuya finalidad es la de proteger a las personas y garantizarles condiciones óptimas para su desarrollo integral. De este modo, en la Constitución se han incorporado un catálogo de derechos que, entre otros, procuran garantizar la vigencia del principio de igualdad formal y material, gestionando la protección y mejores condiciones para obtener niveles de desarrollo similares a grupos tradicionalmente excluidos, esto es tanto a mujeres, niños, adolescentes, lesbianas, gays, bisexuales, personas transgéneros, intersexuales (lgbti), adultos mayores, personas privadas de la libertad entre otros.

En este marco normativo constitucional que garantiza el acceso universal de derechos, se destaca para esta investigación el derecho a la salud, que abarca, como se explica más adelante un enfoque físico, social y mental, por tanto, para conseguir un ejercicio pleno de derechos de salud de las personas, deben atenderse de forma integral las necesidades no sólo de forma paliativa, sino preventiva procurando la estabilidad y el bienestar en el estado de integral de las personas.

La importancia de esta investigación radica en la difusión de los derechos de salud sexual y reproductiva constantes en la CRE (2008), que deben ser garantizados plenamente por el Estado y exigibles por las personas sin que existan restricciones a su pleno ejercicio, sobre todo puedan tomar decisiones sobre su salud sexual y reproductiva de forma integral sin que exista penalización sobre las decisiones que radican en la esfera íntima de la personalidad, es decir que se permita un ejercicio tanto de los derechos individuales, así como del Estado cumpla

con su obligación de prestar las facilidades necesarias para implementar y hacer exigibles los derechos fundamentales.

2.2. PRÁCTICA

A pesar de estar reconocidos en la CRE (2008), las mujeres no pueden hacer efectivos sus derechos sexuales y reproductivos porque sus decisiones no se dan en un ambiente informado y objetivo, sino que se restringe a través de la normativa penal para que limiten su actividad con fundamentos subjetivos y teológicos, vulnerando el principio de mínima intervención penal, por lo cual esta investigación pretende generar una herramienta crítica que proporcione un soporte directo de aplicación de los derechos fundamentales sin que haya normas que de forma inconstitucional sancionen las decisiones personales.

Además, debe destacarse que el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, desde el enfoque de derechos de salud, debe hacerse de forma preventiva, oportuna y con la adecuada publicidad que permita un acceso pertinente a información objetiva, certera; así como también es necesario enfatizar respecto de la obligación estatal de prestar servicios de salud apropiados que brinden orientación respecto de las opciones más convenientes para las personas en el desarrollo de sus planes de vida, en este caso sobre la planificación familiar, los métodos anticonceptivos a los cuales deben poder acceder, la forma correcta de uso de dichos métodos, la interrupción de embarazo o la gestación a término en condiciones óptimas.

3. CONCEPTOS ESTRUCTURALES DE LA INVESTIGACIÓN

Los elementos estructurales de esta investigación están conformados por el derecho a la libertad sexual y reproductiva, el cuidado y protección de la vida desde la concepción y el aborto, que previo a determinar si existe inconstitucionalidad respecto de la aplicación de los unos sobre los otros, es necesario hacer un análisis que abarque integralmente las nociones conceptuales, así como su enfoque respecto del derecho constitucional.

3.1. CUIDADO Y PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN

Sobre el cuidado y protección de la vida desde la concepción, es necesario precisar primero que cuidado y protección de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua (2021) es “Cuidado. - 1. m. Solicitud y atención para hacer bien algo.”; y, la protección se concibe como “Amparar, favorecer, defender”. Por tanto, entendemos que se debe amparar y defender, con la debida atención para hacerlo bien, a la vida desde la concepción. Incluso la Corte Constitucional Colombiana, dice al respecto:

la vida debía ser protegida y, por tanto, el Poder Legislativo debía adoptar todas las medidas requeridas para lograr tal protección. Sin embargo, ello no significaba que estuvieran justificadas todas las que dictara con esa finalidad, pues a pesar de su relevancia constitucional la vida no era un valor o derecho de carácter absoluto, sino que debía ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales. Adicionalmente, la referida Corte señaló que había que “establecer una distinción entre la vida como bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental (...) El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición. (Proceso de inconstitucionalidad contra los artículos 122,123,124 y 32 numeral 7 del Código Penal, 2006, p. 35)

Del pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia, se puede verificar que se pretende garantizar la protección de la vida y que deben tomarse todos los resguardos necesarios para tal fin, pero eso no significa que este derecho deba ser aplicado de modo absoluto, sino, que deben considerarse otros derechos que pudiesen colisionar con este. Además de que debe distinguirse que a pesar de que la vida se trate de un bien jurídico protegido, no existe la titularidad del derecho como tal, por cuanto el nasciturus no es considerado persona.

Al respecto de la concepción se señala:

...la concepción equivale a la fecundación o fertilización del óvulo por el espermatozoide (de modo inmediato o en algo más de 1 día); y, ésta se constituye en el evento crucial para el inicio a la vida del ser humano, ya que genera entre estas dos células un embrión a partir de que los gametos inician un intercambio genético o singamia para la formación del cigoto con un genoma o genotipo humano único...(Corte Constitucional, 2021, p.75)

Por tanto, a pesar de que se configure el inicio de una nueva vida desde que el óvulo fecundado es implantado en el útero de la mujer gestante, no se puede considerar ni otorgar la calidad de sujeto de derechos a este embrión ya que no posee las características de autonomía e independencia que le permitan hacer exigibles sus derechos.

Biológicamente, es posible determinar que el inicio de la vida se establece desde el proceso de fecundación, mórula, embrión, cigoto y feto y, por tanto, existe una vida humana que debe ser cuidada y protegida, teniendo en cuenta que el nasciturus es un objeto de derechos ya que no ha alcanzado el estatus de persona, como individuo de la especie humana que le faculta ser considerado sujeto de derechos. Es necesario enfatizar que no se niega el estatus de ente humano vivo del nasciturus, sin embargo, no alcanza para ser considerado persona y ejercer los derechos inherentes.

Es necesario tener en cuenta que a pesar de que se configure el inicio de una nueva vida desde que el ovulo fecundado es implantado en el útero de la mujer gestante, no se puede considerar ni otorgar la calidad de sujeto de derechos a este embrión ya que no posee las características de autonomía física e independencia que le permitan hacer exigibles sus derechos puesto que su existencia y desarrollo dependen exclusivamente de la supervivencia dentro del útero de la mujer gestante.

Además, para lograr una mejor comprensión de los componentes de este derecho debe analizarse los criterios doctrinarios que sustentan el cuidado y la protección de la vida desde la concepción.

3.1.1. DERECHO DE CUIDADO

El cuidado es, por su propia naturaleza, un concepto asociado estrechamente al de vulnerabilidad, referida no sólo a las personas necesitadas y receptoras de cuidado, sino también a las condiciones en las que las personas cuidadoras ejercen y proveen esos cuidados. Esa comprensión de la relación ente vulnerabilidad y cuidado debería servir para darle un sentido más profundo, transformador y democrático. En palabras de David Engster: Cuando el cuidado se redefine como una forma de mitigar la vulnerabilidad, la dificultad conceptual para enmarcar la protección como una forma de cuidado se resuelve. La protección es claramente una forma de cuidado bajo esta nueva definición porque el cuidado implica más que atender y responder ante situaciones de dependencia. Implica reducir la vulnerabilidad en todas sus formas.(Derecho al cuidado: un abordaje desde los derechos humanos.2022. p.182)

El cuidado se ha formulado como un criterio vinculado a la vulnerabilidad de otro, se ha desarrollado incluyendo a las personas que merecen recibir este cuidado, así como a las personas cuidadoras y las condiciones en que se ejerce este derecho. De este modo, las actividades relativas al cuidado deberían verse de forma integral, considerando todos sus elementos para incorporarlos a la sociedad y no relegarlos a los ámbitos privados. Es decir, el cuidado es el proceso para reducir la vulnerabilidad de otros, y abarca el proceso de protección para lograr equiparar condiciones y reducir estas situaciones de vulnerabilidad.

el cuidado es un derecho, definido como derecho humano que reconoce que toda persona tiene derecho a “cuidar, a ser cuidado y a cuidarse (autocuidado)”, que no sólo sitúa y empodera de manera distinta a cada uno de sus titulares, sino que desvincula el ejercicio del derecho de la condición o posición que ocupe. (Pautassi, 2018, p. 731)

Entonces, el derecho al cuidado se define como un derecho humano que abarca a totalidad de la existencia humana, que implica no sólo la necesidad de recibir cuidado sino también de proporcionarlo y de estar en capacidad de satisfacer esta necesidad individualmente. Y, por tanto, debe ser parte de las políticas públicas la incorporación de lineamientos que permitan el desarrollo de este derecho, no sólo presuponiendo cuestiones de género, sino considerando la igualdad material que debe conseguirse a través de la igualdad formal para la aplicabilidad de este derecho.

Es necesario señalar que este derecho de cuidado se ha desarrollado doctrinariamente, enfocándose en la persona que está en capacidad de ejercer este derecho y obligación, esto es respecto de hombres y mujeres, por tanto, al carecer el estatus jurídico de persona el nasciturus no puede ser parte activa del ejercicio de este derecho sino únicamente puede ser objeto de este cuidado siempre y cuando así sea la decisión de la mujer gestante que lo lleva en su útero.

3.1.2. DERECHO A LA PROTECCIÓN

Así como el derecho al cuidado doctrinariamente ha sido enfocado desde el punto de vista de la mujer gestante, el derecho de protección también se enfoca en los hombres y mujeres, considerando que previo a priorizar el cuidado y protección del nasciturus, debe cuidarse y protegerse a la vida de las mujeres que ya existen

y son sujetos de derecho. Por tanto, no puede anteponerse el supuesto marco de cuidado y protección del nasciturus por sobre la vida y existencia de las mujeres.

En políticas públicas como garantías de derechos, la determinación concreta de las obligaciones se ha realizado a través del sistema de indicadores, que ha tenido un considerable avance en el sistema universal y regional de protección de derechos humanos y a nivel doctrinario. (Corte Constitucional, 2020, p. 54)

Los derechos de protección comprenden un conjunto de parámetros, normas, políticas públicas, programas y demás, que tienen como finalidad garantizar que las personas accedan en igualdad de condiciones a los derechos humanos de supervivencia, desarrollo y a la participación, entre otros, en consideración de las características de cada individuo y también en las características de los colectivos a los cuales pertenezca y que le suponga un estado de doble vulnerabilidad.

3.2. DERECHOS DE LIBERTAD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

Los derechos de libertad sexual y reproductiva son derechos humanos fundamentales, e incluyen el derecho de toda persona a vivir y tener control sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, decidiendo libre y responsablemente sobre estas cuestiones, sin coerción, discriminación y violencia. (Pérez, 2020). Es decir, se trata del reconocimiento de derechos humanos sobre la educación, orientación y acceso de las personas a información objetiva sobre salud sexual que les permitan decidir de forma adecuada y responsable sobre su vida sexual. Estos derechos están plasmados en la CRE (2008) y deben ser de obligatorio cumplimiento y plenamente exigibles, por ello constan también en el Plan Nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva (2017), que en su parte pertinente expresamente determina que:

Los derechos sexuales y los derechos reproductivos son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todas las personas. Están relacionados entre sí y coexisten en la vida de los seres humanos, en sus cuerpos y mentes. (p.14)

Se consideran a los derechos reproductivos, según Montaña (s/f) como el derecho fundamental de todas las personas ya sea como individuos o parejas, a decidir de forma libre e informada el número de hijos, cuándo tenerlos hasta alcanzar el nivel más elevado de salud (p.23).

Además, es necesario señalar que la Libertad sexual se establece como:

Dentro de las libertades en el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, encontramos la autonomía que poseen las personas para adoptar decisiones sobre su sexualidad, como el decidir si se quiere o no iniciar la vida sexual; tener una vida sexual activa; expresar libre y autónomamente la orientación sexual; poder vivir la sexualidad sin violencia, coacción, abuso, explotación o acoso; formar familia; tener hijos; poder acceder a información y educación en los temas planteados, y un adecuado acceso a la salud sexual y reproductiva. (Pérez, 2020, p.439)

Es decir, expresa la capacidad que tienen las personas para desarrollar su vida sexual con los propios límites de su individualidad y voluntad para aceptar diversas prácticas sexuales bajo decisiones conscientes, responsables e informadas.

Al respecto de los derechos de libertad sexual y reproductiva, también es necesario conceptualizar la salud sexual y reproductiva es:

La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia [...] el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permiten los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. (Montaño,s/f, p. 13)

No obstante, lo anteriormente expuesto, tampoco establece un límite para que la decisión respecto de cuándo y cuantos hijos tener se haga antes de que exista una posible concepción. Además, se puede establecer también que, de acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la salud sexual y reproductiva implica que:

las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuando y con qué frecuencia”. La salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables. (Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, 2012, p. 49)

Es decir, que los derechos de salud sexual y reproductiva son derechos humanos que facultan a las personas, hombres y mujeres, a tener una vida sexual plena, satisfactoria, segura y responsable, en la que puedan decidir de forma informada respecto de cuándo y cuantos hijos tener y que la atención de salud que reciban se

haga en servicios adecuados que no generen riesgos en los embarazos y que den las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

Sin embargo, es preciso señalar que el derecho constitucional a decir **CÚANDO Y CUÁNTOS HIJOS TENER** no se agota en etapas previas a que surja una concepción sino que se debe aplicar de forma indistinta a la temporalidad, ya que si bien es cierto lo óptimo sería que se tome esta decisión antes de que ocurra un embarazo, existe una serie de falencias que imposibilitan la perfección respecto de esta decisión previa, por ejemplo la falta de acceso a métodos anticonceptivos adecuados, la falta de información adecuada, la inoportuna o nula accesibilidad a los servicios de salud, e incluso la falla de los métodos anticonceptivos(véase Anexo 1).

3.3. ABORTO

Es necesario que se defina adecuadamente los criterios conceptuales que abarcan el aborto, así, la Organización Mundial de la Salud (1978) ha determinado que es la interrupción del embarazo antes de la viabilidad fetal con medios adecuados. Adicionalmente, dentro de estos parámetros, la OMS, ha definido al aborto de acuerdo en las condiciones en que se realice, siendo aborto seguro, aborto no seguro y aborto peligroso, así:

Se considera que un aborto es seguro cuando lo practica una persona con las competencias necesarias que aplica los métodos recomendados por la OMS acordes con el tiempo de embarazo de la paciente. Estos abortos pueden ser farmacológicos (administrando comprimidos) o quirúrgicos, gracias a un simple procedimiento ambulatorio. En cambio, el aborto no es seguro cuando lo practica una persona carente de la capacitación necesaria, cuando se hace en un entorno que no cumple las normas médicas mínimas, o cuando se combinan ambas circunstancias... El aborto es peligroso cuando se emplean métodos obsoletos como el legrado instrumental —incluso si la persona que lo practica está cualificada para ello— o cuando la usuaria que toma la medicación no ha sido correctamente informada o no tiene acceso a una persona cualificada en caso de que necesite ayuda. (OMS, 2020)

El aborto seguro se produce en un ambiente controlado, con personal sanitario capacitado de acuerdo a los protocolos establecidos por la Organización Mundial de la Salud, con las competencias necesarias para aplicar el procedimiento más adecuado dependiendo del estado particular de la gestante, estos pueden ser con fármacos o a través de intervenciones quirúrgicas.

Ahora, respecto del aborto no seguro y el aborto peligroso, es el que se produce por personal carente de capacitación, en ambientes insalubres y peligrosos, sin que las mujeres tengan información adecuada de los procedimientos a realizarse y exponiendo su vida a riesgos, este de abortos es el que se practica por parte de las mujeres que no tienen forma de acceder ya sea por sus condiciones económicas o porque la legislación de países, como el nuestro, lo restringen.

4. REFERENTES TEÓRICOS

Los temas desarrollados en esta investigación han sido planteados con anterioridad en tesis magistrales nacionales e internacionales. La primera tesis de Flores, (2020), titulada: Consecuencias socio-jurídicas de la penalización del aborto en mujeres víctimas de violación, cuyo objetivo general fue demostrar que mantener tipificado el aborto como un delito lejos de impedir que las mujeres aborten, que fomenta la clandestinidad y en condiciones insalubres, sobre todo para las mujeres más pobres. Esta investigación se ejecutó con el tipo no experimental con enfoque cualitativo, a través de los métodos descriptivos y explicativos por medio de descripción de casos. Entre las conclusiones obtenidas se evidenció que la penalización del aborto causa mayores problemas entre las mujeres pobres porque no pueden acceder a servicios de salud adecuado, y al practicar abortos en condiciones insalubres y clandestinas incluso fallecen. Este trabajo resulta relevante puesto que permite notar las consecuencias de las limitaciones en el ejercicio pleno de sus derechos reproductivos al ser penalizado el aborto.

A continuación, se analiza la tesis de Capurro, (2019), su investigación se denominó la penalización del aborto en casos de violación ocurrida a mujeres sin discapacidad mental ¿colisión de derechos? un análisis desde el derecho comparado, su objetivo fue constatar la falta de correspondencia del artículo 150 del COIP numeral 2 con el marco constitucional Ecuatoriano y los principales estándares internacionales de protección. Esta investigación se desarrolló en el tipo comparativo enfoque cualitativo, a través del derecho comparado. Entre las conclusiones que se pueden destacar que la protección absoluta de una vida frente a la otra hace que la norma se vuelva ineficaz al no cumplir con la finalidad de persuadir, bajo la amenaza de una pena, la práctica de abortos en el Ecuador. Este

trabajo investigativo permitirá tener un antecedente importante respecto de una de las variables respecto del derecho Constitucional y Tratados Internacionales.

Crespo (2017) presenta su tesis magistral denominada: Supremacía Constitucional y Despenalización del Aborto, cuyo objetivo fue establecer los elementos que deben observarse en la norma constitucional para identificar los casos en los que debe despenalizarse el aborto. El tipo de investigación utilizado es cuali-cuantitativa, correlacional aplicada a través del método analítico documental y deductivo-inductivo. La conclusión obtenida en esta investigación fue que, despenalizar el aborto, como una verdadera garantía que permita que la integridad física de la mujer, su autonomía reproductiva, intimidad, decisión y su misma vida sea compatible con la igualdad que se busca fuera de toda forma de discriminación y tortura, derechos humanos que se han vulnerado frente a una irrazonable criminalización frente a mecanismos que fuera de ser idóneos protegen la vida del nasciturus sin haberse observado su legitimidad desde otras perspectivas como las constitucionales que debería fijar su despenalización como mecanismo idóneo incluso necesario para proteger la vida de la mujer y de sus derechos humanos.

Por otra parte, Lema (2020), en su tesis magistral denominada: La despenalización del aborto por la causal de violación en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, presentó como objetivo Elaborar y presentar una propuesta de normativa que reforme la problemática entorno al delito de aborto por la causal de violación en el Código Orgánico Integral Penal, que incluya a todas las mujeres sin distinción de su situación mental, y que permitan que se respete el derecho de libertad de decisión de la mujer. El tipo de investigación aplicada se realizó a través de un estudio socio jurídico y de entrevistas a tres expertos. La conclusión que resulta de mayor utilidad en este trabajo, es que:

La penalización del aborto no ha logrado disminuir la cantidad de abortos en los países donde está penalizado este acto, sino que más bien ha influido en la estigmatización social y legal de las mujeres, la criminalización del aborto no ha servido para proteger los derechos constitucionales tanto de las mujeres como del nasciturus, sino que más bien ésta justificando la inoperancia del Estado para la formulación de políticas públicas reales y efectivas que protejan la vida del embrión, además, ha avalado la violación de 154 los derecho de la mujer a la vida, la integridad personal, salud integral, autonomía reproductiva, intimidad

personal, libre desarrollo de la personalidad, vida digna, y principios como la igualdad, dignidad humana y prohibición de no discriminación (p. 153-154)

Es necesario hacer mención, además de Narváez (2017), con su tesis titulada: El discurso de Presidente de la República de Ecuador frente al proceso legislativo sobre penalización del aborto en casos de violación sexual, su objetivo principal es identificar cómo el discurso del Presidente de la República, actor fundamental en las políticas públicas, incide para frenar la consideración de un problema como una situación negativa que merece intervención desde el Estado y por ende, a través de la utilización de mecanismos informales, impide que el ciclo de las políticas públicas en este caso avance. Se realiza un tipo de investigación de tipo cualitativo, no experimental, con apoyo en método analítico y documental. Además, se concluye, que:

Ecuador con la Constitución de 2008 se convierte en uno de los pocos países de América Latina, región altamente influenciada por la Iglesia Católica como lo indica Lamas, en reconocer el derecho a la libertad de decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener. En este sentido cabe afirmar que en el país existe un fundamento constitucional para exigir la despenalización de aborto.(p.62)

5. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

La CRE (2008) se ha caracterizado por ser garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y en ese contexto, las leyes orgánicas, normas, reglamentos y de más inferiores se han adecuando para tener concordancia con los derechos fundamentales expresados en la carta magna. Por tanto, en la presente investigación, se analizará los cuerpos normativos que hagan referencia a los conceptos estructurales de la misma, partiendo por la CRE.

5.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (2008)

El texto constitucional entró en vigencia en el año 2008, según el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. En el mismo se recogen los derechos, deberes y obligaciones de los ecuatorianos y del Estado para el cumplimiento de estos. Incluso, desde el preámbulo se enuncia la pretensión de convivir en armonía, respetando en todas sus dimensiones la dignidad humana y de los colectivos que componen el Estado.

Para efectos del cumplimiento de este catálogo de derechos, en el artículo 11 de la CRE (2008), se manifiesta que:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento. 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado (...) ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...) Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. (p.11)

Así, la Constitución reconoce que los derechos podrán ser ejercidos y exigidos por los ciudadanos ante las autoridades responsables del cumplimiento de estos, sin que haya de por medio condiciones que los excluyan y discriminen del reconocimiento y goce de los derechos, e incluso el Estado se compromete a tomar las acciones afirmativas necesarias para obtener una igualdad material. Además, de conformidad al principio pro homine, se reconoce los derechos y garantías contenidos en tratados internacionales suscritos por el Estado para que sean incorporados al boque de constitucionalidad e igualmente gocen del nivel de ejercicio, promoción y exigibilidad en su cumplimiento.

En esta investigación cabe destacar lo establecido en los siguientes artículos:

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción (p.21)

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener. (p.29-30)

5.2. PROGRAMA DE ACCIÓN DEL CAIRO (1994)

Es importante considerar que la CRE (2008) valora, reconoce e incorpora a los tratados e instrumentos internacionales como parte del bloque de constitucionalidad y se consideran también como fuente del derecho, así que en base al principio pro homine, determina que, si existe algún instrumento internacional que contemple derechos en mejores condiciones que los contenidos en la legislación ecuatoriana, se aplicarán sin restricción y de forma directa.

Por lo tanto, es relevante mencionar que dentro de la Guía de Derechos Sexuales y Reproductivos (2009) recoge que el Fondo de Ayuda a la Población – UNFPA– identificó varios principios relevantes de acuerdo generado en el Programa de Acción del Cairo de 1994, respecto de los derechos sexuales y reproductivos, entre los cuales destacan los siguientes:

1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en derechos y dignidad
2. Los seres humanos son el centro del desarrollo sostenible
3. El derecho al desarrollo es un derecho universal e inalienable – la ausencia de desarrollo nunca puede ser invocada para justificar las violaciones de los derechos humanos
4. Las piedras angulares de los programas de población son la igualdad de género, la equidad y el empoderamiento de las mujeres, la eliminación de la violencia contra las mujeres y la capacidad de las mujeres para controlar su propia fertilidad
8. Los estados deberían tomar todas las medidas apropiadas para asegurar, sobre una base de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de salud incluidos aquellos relativos a los cuidados en salud sexual y reproductiva.
10. Cada ser humano tiene derecho a la educación. Debe prestarse especial atención a la educación de mujeres y niñas.
11. Todos los estados y las familias deberían priorizar lo máximo posible a los niños
14. Los estados deberían reconocer y apoyar la identidad, la cultura y los intereses de las personas indígenas y capacitarles para participar completamente en la vida política, económica y social del país.
15. El crecimiento debería basarse en igualdad de oportunidades para todas las personas. Los países desarrollados deberían continuar mejorando sus esfuerzos para promover crecimientos sostenido y equitativo que beneficie a los países en desarrollo(p.40).

5.3. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (2014)

El poder punitivo del Estado se encuentra contenido en las disposiciones establecidas en el Código orgánico Integral Penal (COIP). En 2014, el COIP fue publicado en el suplemento No. 180 del Registro Oficial de 10 de febrero de 2014. En este cuerpo legal constan los delitos tipificados y las sanciones que reciben las personas que actúen dentro de las conductas delictivas tipificadas. Así que de

conformidad al artículo 424 de la CRE (2008) debe mantener concordancia con las garantías, deberes y derechos contenidos en la Carta Magna, así mismo el artículo 76 de la CRE (2008), determina que se debe establecer una adecuada proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, además señala que deben existir sanciones no privativas de la libertad, y estas sanciones tienen que respetar los derechos de las personas y ser impuestas mediante procedimientos adversariales, transparentes y justos.

Adicionalmente, es necesario considerar que, entre los principios rectores del COIP (2014) consta el de mínima intervención penal:

Art. 3.- Principio de mínima intervención. - La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales. (p.8)

En los antecedentes de esta investigación se ha mencionado que el límite del pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos es la penalización del aborto, por lo tanto, es necesario incorporar la normativa que sanciona esta conducta, porque prioriza de forma desproporcionada el cuidado y protección de la vida desde la concepción y se encuentra tipificado en los siguientes artículos del mencionado cuerpo normativo:

Artículo 149.- Aborto consentido. - La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. (p.26)

Artículo 150.- Aborto no punible. - El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos: 1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental. (p.26)

Es claro que, al tipificar y sancionar las decisiones de las mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva, a través de la sanción de pena privativa de la libertad contemplada en el COIP, se contradicen y vulneran los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y el principio de mínima intervención penal.

5.4. SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL CASO 34-19-IN

Esta sentencia expedida por la Corte Constitucional el 28 de abril de 2021, marca un hito de suma relevancia en la práctica procesal por cuanto despenaliza el aborto por violación, lo que muestra un notable avance en el entendimiento de la aplicación de la norma para la protección y el cuidado del nasciturus por nacer. La Corte Constitucional parte estableciendo los límites bajo los cuales debe garantizar la protección del bien jurídico protegido por parte del legislador:

En esta línea, el poder punitivo del Estado debe respetar los derechos de las personas racionalizando su ejercicio. Así, el *ius puniendi* únicamente será compatible con los principios, valores y fines del ordenamiento, si existe una utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal. (Sentencia Despenalización del aborto en caso de violación, 2021, p. 24)

La Corte Constitucional ratifica el valor que poseen los derechos humanos contenidos en la CRE y Tratados de Derechos Humanos; además, las actuaciones del Estado en ejercicio del poder punitivo debe limitarse por los principios, derechos y garantías, por lo que debe aplicarse justicia de forma justa y ponderada.

la protección a la vida desde la concepción es un valor primordial dentro de la Constitución, este no puede ser interpretado de forma aislada o absoluta, sino que debe ser entendido sistemáticamente con otros derechos y principios también reconocidos en la CRE¹⁸, en este caso con aquellos derechos de las mujeres que han sido violada. (p.27)

La Corte refiere que la protección de la vida desde la concepción posee un valor intrínseco pero que no puede ser tomado de forma absoluta sino que debe actuar en concordancia a los demás derechos constantes en la Carta Magna. Ratificando la interdependencia de los derechos, y que todos poseen la misma jerarquía, es decir que no hay supremacía de los unos versus los otros.

137. Así, esta Corte reconoce y enfatiza que las mujeres, como titulares de los derechos a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a tomar decisiones libres sobre su sexualidad y vida sexual, ejercen autonomía para adoptar decisiones informadas, libres, responsables, sobre su propio cuerpo, así como respecto a su salud, vida sexual y reproductiva, y a su vez se encuentran protegidas de interferencias arbitrarias por parte del Estado o de terceros.¹³⁸ En este sentido, la maternidad forzada en casos de violación anula también el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía reproductiva de las mujeres, quienes son despojadas completamente del control de su sexualidad y reproducción. Es decir, se les priva de libertad para ejercer su sexualidad de manera saludable, sin ningún tipo de abuso, coerción, violencia o discriminación, así como de la capacidad para decidir si tener o no hijos, la cantidad y el

espaciamiento entre ellos, el tipo de familia que quieren formar, y a acceder a información y planificación para hacerlo acorde a su voluntad. (p.33)

La Corte reconoce que las mujeres al ser sujetos de derechos, son titulares de los derechos humanos de integridad personal, del libre desarrollo de la personalidad y que tienen la facultad de tomar decisiones libres e informadas sobre su salud sexual y reproductiva, decisiones personalísimas que no deben verse afectadas por intromisiones de terceros o peor aún del Estado.

Además, en el caso concreto, al tratarse de casos de embarazos no deseados producto de la violación, se produce una completa vulneración a sus derechos ya que las mujeres que terminan en estado de gestación producto de un ultraje se ven sometidas a forzar sus cuerpos a gestar y parir un producto sobre el cual no han tenido la posibilidad de decidir, mucho menos de procurar mantener relaciones sexuales que desemboquen en un embarazo que se ven obligadas llevar a término para posteriormente ejercer una maternidad que no fue deseada, planificada restando completamente las características de independencia humana y de decisión a la mujer relegándola al papel de incubadora y madre de un hijo que nunca deseo tener.

141. En principio, dado que la medida busca proteger un valor constitucional contenido en la CRE, como es la protección a la vida del nasciturus, podría considerarse que se trata de una medida con una finalidad constitucionalmente válida. No obstante, aun teniendo un objetivo constitucional, no basta simplemente con invocar la protección del nasciturus por sí sola, pues para restringir los derechos de las personas, en este caso los de las mujeres víctimas de una violación que han sufrido afectaciones graves a su derecho a la integridad, deben existir razones de peso que justifiquen de forma exhaustiva cómo, para este caso, el uso del poder punitivo del Estado no es arbitrario o excesivo al punto que vacía de contenido a sus derechos constitucionales. (p.34)

El COIP, busca proteger los bienes jurídicos a través de la sanción a las conductas dañosas que afecten la integridad de estos bienes, sin embargo, no sólo evocar dicha protección del bien jurídico basta para considerar la penalización del aborto dentro del catálogo de delitos, sino que debe existir una justificación plena que deje absoluta claridad de la necesidad de incorporar la penalización del aborto en el COIP para que el Estado interfiera en las decisiones íntimas y personales de las mujeres sin que esto signifique la vulneración de los derechos fundamentales de estas últimas.

146. En segundo lugar, la Corte Constitucional enfatiza que la criminalización de esta conducta y la imposición de una pena privativa de libertad no constituye la única manera de hacer efectiva la protección constitucional de la vida del no nacido. En tal sentido, del artículo 45 de la CRE no se desprende ninguna obligación estatal de punición o criminalización de las mujeres víctimas de violación. 147. Al contrario, para concretizar la protección constitucional del nasciturus -de forma efectiva y respetuosa con los demás derechos y valores consagrados en la Constitución- pueden existir otras medidas más idóneas. Así, por ejemplo, un adecuado diseño de políticas públicas y medidas legislativas de tipo prestacional que, en determinadas circunstancias, podrían proteger de mejor forma el fin que persigue el legislador con la configuración actual del tipo penal en cuestión. (p.35)

5.5. SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL CASO 3-19-JP

La Corte Constitucional, también ha desarrollado el derecho de cuidado, enfocándolo precisamente sobre las mujeres gestantes, e incluso considerando a los padres para el ejercicio de este derecho, tal como consta en la sentencia del caso 3-29-JP:

El cuidado puede definirse como: ...una actividad específica que incluye todo lo que hacemos para mantener, continuar y reparar nuestro mundo, de manera que podamos vivir en él tan bien como sea posible. Ese mundo incluye nuestros cuerpos, nuestro ser y nuestro ambiente, todo lo que buscamos para entretener una compleja red del sostenimiento de la vida. (Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, 2020, p. 23)

Por tanto, el cuidado es toda actividad que permite a la especie humana permanecer, existir, reproducirse y perpetuar su existencia como especie, garantizando una convivencia armonica que permita una convivencia sostenible entre las personas, como individuos y como colectivo frente al medio natural que los rodea. Además, esta misma sentencia menciona que como fundamentos de la existencia humana son la producción y la reproducción:

El modelo de organización dominante ha privilegiado y valorado las actividades de producción. No casualmente las labores de producción han sido desarrolladas mayoritariamente por hombres, y las labores de reproducción y cuidado han sido atendidas por mujeres. Este desequilibrio es el nudo central que determina las desigualdades entre hombres y mujeres, frenando la inserción laboral remunerada, la posibilidad de encontrar mejores empleos, la participación en la vida social y política, y disponer de tiempo propio. Esta división sexual del trabajo recluye a las mujeres al mundo privado, mientras que lo público se asigna a los hombres, generando diversas inequidades (Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, 2020, p. 24)

Es precisamente esta distribución de tareas: de producción al hombre y de reproducción a la mujer, lo que ha perpetuado las relaciones desiguales entre hombres y mujeres, sobre todo en los aspectos de la vida pública, política y social, por cuanto, por la propia naturaleza biológica se encargó a la mujer el cuidado de los niños, sin embargo, no sólo se le encargó el cuidado y protección de los niños, sino que además se le asignó de forma desproporcionada el cuidado y responsabilidad de las demás tareas del hogar, lo que inhibe la participación de la mujer en la esfera pública, la invisibiliza y la mantiene al margen de la toma de decisiones.

Es importante que exista un equilibrio de relaciones, responsabilidades, obligaciones, derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, y con esto no se pretende decir que la condición biológica de gestar y parir es contraria a la inserción femenina en la vida social; pero, si lo es que, a más de cuidar a sus hijos, también deban encargarse de otras tareas no remuneradas dentro del hogar que impiden su desarrollo personal y profesional, la mantienen al margen de la independencia económica y la vuelven sumisa y vulnerable sin que pueda tener la capacidad de visibilizar sus problemas y generar oportunidades que permitan alcanzar la tan anhelada igualdad formal y material frente a sus pares masculinos, e incluso lo que en la práctica se ha dado es que ni siquiera pueda acceder a métodos efectivos de control natal y planificación y ante el fallo de esos métodos sea obligada a mantener y perpetuar su rol como madre, negándole el acceso a espacios públicos, políticos y sociales, y en caso de decidir sobre un embarazo en curso, se le pretende sancionar y privar de la libertad.

Un derecho reconocido, como en el presente caso el derecho al cuidado, permite a una persona o grupo de personas hacer o no hacer algo, y reclamar a terceros (funcionarios públicos o particulares) que hagan o no hagan algo. El o la titular, en base a un derecho reconocido en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o derivado de la dignidad, puede tener una expectativa positiva (acción) y negativa (omisión) por parte de un sujeto que tiene obligaciones correlativas al derecho. El derecho otorga poder a su titular y condiciona o restringe el accionar de la persona o entidad obligada, sea estatal o privada (Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, 2020, p. 29).

En este caso, resulte evidente la interdependencia de los derechos constitucionales, ya que el derecho al cuidado de la vida del nasciturus y de la

mujer, quien puede estar en periodo de gestacion o no, no responden unicamente a su propia voluntad individual, sino que implican de forma imperativa la responsabilidad del Estado para brindar educación sexual de calidad de forma oportuna, que permita la atención médica y psicológica de las personas para que puedan acceder a planificación familiar y métodos anticonceptivos, y que, en caso de no poder prestar adecuadamente estos y que la mujer no desee continuar con el proceso de gestación, se le permita acceder a un aborto en condiciones seguras, que no pongan en riesgo la vida de las mujeres. Todo esto, con la finalidad de alcanzar iguales oportunidades a las personas de desarrollarse plenamente, de cuidarse y protegerse, de acceder a los mismos espacios públicos y de poder, lo que finalmente permita mejorar y satisfacer el desarrollo integral de esta y de las generaciones venideras.

6. SISTEMA DE RELACIONES TEÓRICAS

Matriz de categorización descompuesta en objetivos específicos, elementos, categorías y subcategorías que sirvieron para la construcción del marco teórico.

Figura 1. Matriz de categorización

Tema	Problema de Investigación	Interrogante de Investigación	Objetivo General	Objetivos Específicos	Categorías	Subcategorías
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE PENALIZAR EL ABORTO	El Estado Ecuatoriano, a través de sus legisladores han tomado la decisión de ponderar y de anteponer la protección y el cuidado de la vida desde la concepción ante el derecho de las mujeres a decidir de forma libre, responsable e informada sobre su salud sexual y reproductiva y a cuándo y cuántos hijos tener penalizando el aborto en contra de los derechos constitucionales	¿Es inconstitucional la penalización del aborto?	Analizar si es inconstitucional la penalización del aborto de acuerdo a la Constitución Ecuatoriana vigente.	OBJETIVO 1.- Describir los elementos teóricos y jurídicos del cuidado y protección de la vida desde la concepción a partir de la doctrina y la jurisprudencia	- El enfoque constitucional del cuidado y protección de la vida desde la concepción	- Definición Constitucional del derecho de Cuidado - Definición constitucional del derecho de Protección - Consideraciones jurisprudenciales sobre el Inicio de la vida - Definición de sujeto y objeto de derecho respecto del nasciturus
				OBJETIVO 2.- Identificar los elementos teóricos y jurídicos del derecho a la salud sexual y reproductiva en la Constitución Ecuatoriana vigente.	- El enfoque constitucional de la salud sexual - El enfoque constitucional de la salud reproductiva	- La salud sexual: alcances y garantías permitidas de conformidad al marco constitucional - a salud reproductiva desde las garantías constitucionales
				OBJETIVO 3.- Determinar los elementos teóricos y jurídicos de la penalización del aborto en la legislación ecuatoriana vigente en concordancia a los derechos constitucionales de protección y cuidado de la vida desde la concepción y de libertad sexual y reproductiva.	-El tipo penal del aborto como protección al bien jurídico protegido de la vida desde la concepción y limitante de los derechos de libertad sexual y reproductiva	- El aborto como tipo penal que garantiza el cuidado y protección a la vida desde la concepción -El aborto como tipo penal que limita los derechos de salud sexual y reproductiva - Proceso parlamentario de tipificación del aborto en el COIP: verificación de elementos normativos, jurisprudenciales, doctrinarios y subjetivos, formales y materiales que fueron parte del debate de aprobación del delito de aborto en el COIP
				OBJETIVO 4.- Explicar si es inconstitucional limitar el derecho a la salud sexual y reproductiva a través de la penalización del aborto.	- Inconstitucionalidad del aborto como conducta típica, antijurídica y culpable en relación con el texto constitucional	-¿Existió un adecuado ejercicio de ponderación al momento de tipificar el aborto? - ¿La constitución permite acceder al aborto sin que se configure una conducta penal tipificada? - Consideraciones a favor de la despenalización del aborto desde tratados y jurisprudencia internacional

Fuente: Elaboración propia, 2021

CAPÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación se desarrolló con un enfoque cualitativo, determinado del siguiente modo:

El enfoque cualitativo de investigación parte del supuesto ontológico (acerca de la naturaleza de la realidad) que concibe una realidad subjetiva, el cual, contrario al supuesto positivista de una realidad objetiva, propio del enfoque cuantitativo, justifica el carácter interpretativo de la investigación cualitativa. En términos epistemológicos, es decir, respecto a la relación entre el investigador y su objeto de estudio, el enfoque cualitativo parte del supuesto de que quien investiga no es un ente ajeno a la realidad que estudia. (Mata, 2019)

Es decir, que el enfoque cualitativo aplicado en esta investigación fue el más adecuado puesto que permitió analizar el fenómeno jurídico en un contexto integral y analizar individualmente sus componentes, esto es los derechos de libertad sexual y reproductiva y el respeto a la vida desde la concepción, para llegar a una mejor comprensión del tema, considerando las relaciones entre los conceptos indicados, sus similitudes y puntos divergentes en el análisis jurídico concreto.

4. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación desarrollado en este trabajo fue de tipo No experimental, documental, explicativa.

En el caso de los estudios no experimentales, no existe ningún tipo de incidencia, por parte de quien investiga, sobre las variables independientes; por tanto, contrario a la experimentación, se realizan análisis causa-efecto sin mediación alguna sobre las causas.(Mata, 2019)

Al ser una investigación de tipo no experimental, se realizó en plena correlación con el análisis del fenómeno jurídico estudiado, sin que se produjesen alteraciones de ningún tipo.

Respecto del tipo de investigación documental, se la define como:

La investigación de tipo documental es una estrategia de comprensión y análisis de realidades teóricas o empíricas mediante la revisión, cotejo, comparación o comprensión de distintos tipos de fuentes documentales referentes a un tema

específico, a través de un abordaje sistemático y organizado. (Uriarte, 2020, p. 3)

Por tanto, este tipo de investigación resulta bastante adecuada, ya que permitió realizar una recopilación de información de tipo documental, información que a su vez fue analizada y expuesta en el capítulo respectivo.

Así mismo, se efectuó una investigación de tipo explicativo, la cual se define como:

El nivel explicativo es el más alto nivel de alcance o profundidad de una investigación. Su propósito es el abordaje de las causas a partir de las cuales se presenta un determinado fenómeno o hecho; tendiendo como base conocimiento e información abundante de alcance tanto descriptivo como correlacional, o bien, implicando etapas correspondientes a su obtención. (Mata, 2019)

Este tipo de investigación permitió dar un paso más allá de la mera descripción de los fenómenos y permitió que se realice un proceso analítico, mental y lógico profundo y serio, que brindó explicaciones, respuestas y soluciones adecuadas respecto de la concurrencia de los fenómenos sociales.

5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Las técnicas que se utilizadas en el desarrollo de la investigación fue:

5.1.1. REVISIÓN DOCUMENTAL

La revisión documental permite identificar las investigaciones elaboradas con anterioridad, las autorías y sus discusiones; delinear el objeto de estudio; construir premisas de partida; consolidar autores para elaborar una base teórica; hacer relaciones entre trabajos; rastrear preguntas y objetivos de investigación; observar las estéticas de los procedimientos (metodologías de abordaje); establecer semejanzas y diferencias entre los trabajos y las ideas del investigador; categorizar experiencias; distinguir los elementos más abordados con sus esquemas observacionales; y precisar ámbitos no explorados. (Valencia Lopez, s/f.p.1)

De la definición indicada anteriormente se tiene que la revisión documental es técnica que, para la investigación, permitió recabar con precisión investigaciones previas que fueron de utilidad para delimitar el objeto, así como se dio la posibilidad de construir un acervo bibliográfico a fin de analizar, comparar y abstraer los elementos que resultaron de utilidad para la construcción del marco teórico.

5.2. INSTRUMENTOS

5.2.1. MATRIZ DE ANÁLISIS DE CONTENIDO

(...) el Análisis de Contenido, también denominado Análisis de texto o Análisis del Discurso, es una técnica que nos permite recoger información en base a una lectura científica (metódica, sistemática, objetiva) de un texto escrito, hablado, grabado, pintado, filmado, etc., para luego analizarlo e interpretarlo. Esta técnica de tratamiento de la información contenida en los textos de variada codificación comunicativa ha cobrado importancia con el auge de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), medios que hacen posible que el flujo de mensajes se distribuye globalmente con la finalidad de producir una serie de efectos en el público receptor (Ñaupas, 2014, p. 301).

La matriz de análisis de contenido al ser una herramienta de procesamiento de la información, permitió tener un mayor control respecto de la información analizada, recabando las partes más esenciales de un documento y optimizando el trabajo para canalizar y sistematizar la información obtenida.

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El presente trabajo de investigación, se planteó como objetivo general demostrar si es inconstitucional penalizar el aborto. A fin de demostrarlo, se realizó una investigación de tipo documental que permitió recabar la información necesaria para validar los objetivos específicos que fueron:

- 1.- Describir los elementos teóricos y jurídicos del cuidado y protección de la vida desde la concepción a partir de la doctrina y la jurisprudencia
- 2.- Identificar los elementos teóricos y jurídicos del derecho a la salud sexual y reproductiva en la Constitución Ecuatoriana vigente
- 3.- Determinar los elementos teóricos y jurídicos de la penalización del aborto en la legislación ecuatoriana vigente en concordancia a los derechos constitucionales de protección y cuidado de la vida desde la concepción y de libertad sexual y reproductiva
- 4.- Explicar si es inconstitucional limitar el derecho a la salud sexual y reproductiva a través de la penalización del aborto.

A continuación, se presenta el análisis de los resultados obtenidos en base a la investigación realizada.

4.1. OBJETIVO ESPECÍFICO 1:

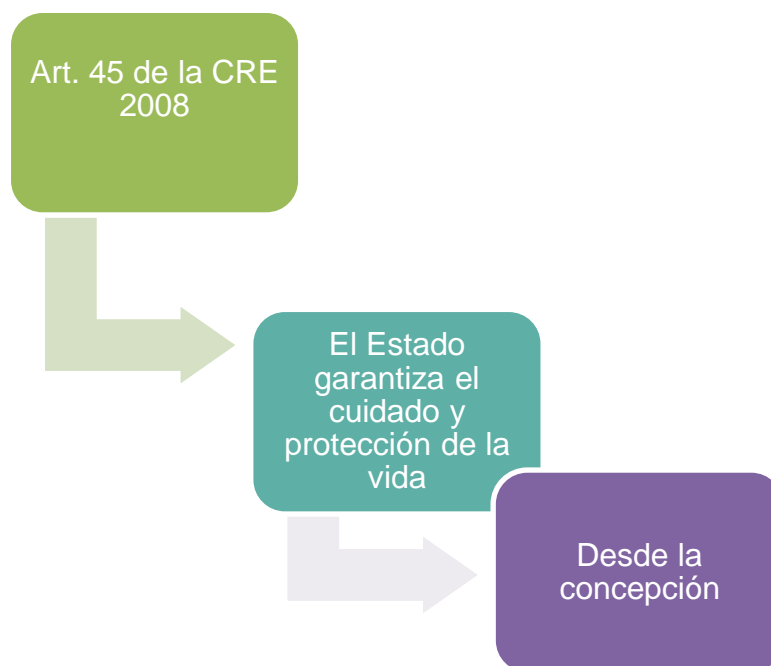
Describir los elementos teóricos y jurídicos del cuidado y protección de la vida desde la concepción a partir de la doctrina y la jurisprudencia.

Figura 2:

Cuidado y Protección de la vida desde la concepción	
Normas	CRE (2008) Art. 45.- (...) El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción
Jurisprudencia	Caso 34-19-IN, Corte Constitucional del Ecuador Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Fuente: Elaboración Propia, 2021

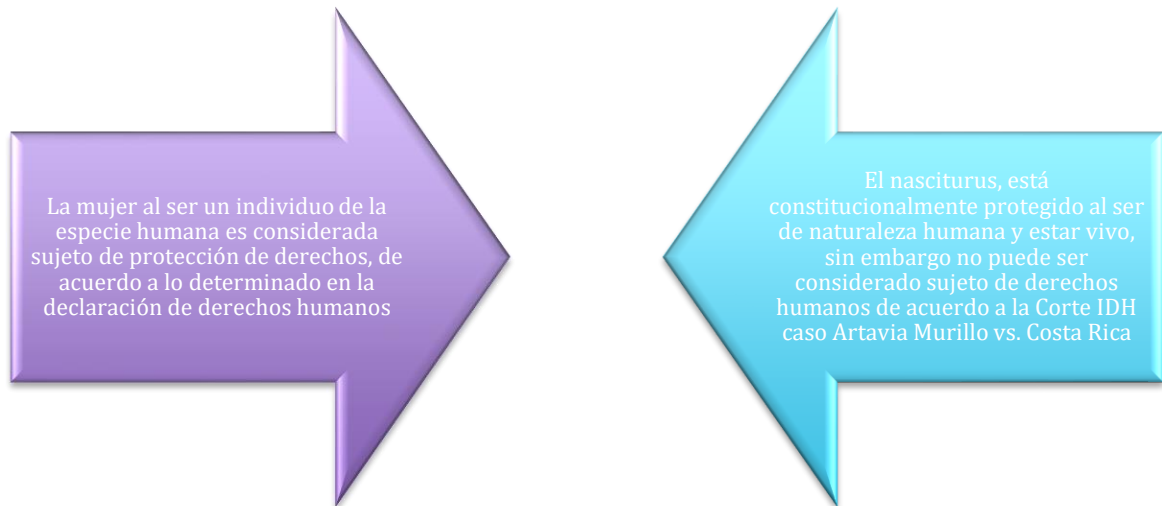
Figura 3: Sustento constitucional sobre la garantía del cuidado y protección de la vida desde la concepción:



Fuente: Elaboración propia 2021

El Estado Ecuatoriano, a través de la Constitución de la República expone una serie de derechos, garantías y obligaciones de las que son susceptibles las personas en calidad de sujetos de derechos a fin de procurar el marco legal suficiente para el desarrollo integro de la personalidad en armonía con la sociedad y la naturaleza, y el alcance de esta protección incluye a la vida del nasciturus, siendo así que el texto constitucional en su artículo 45 propone el cuidado y la protección de la vida desde la concepción.

Figura 4: La mujer y el nasciturus como sujetos de derechos



Fuente: Elaboración propia, 2021

Es necesario también considerar que se establece una relación en la cual existe un nasciturus que debe ser cuidado y protegido desde la concepción, pero así mismo existe una mujer gestante que debe tener la capacidad de decidir y planificar respecto de su vida sexual y reproductiva, incluyendo cuando y cuantos hijos tener. Entonces, previo a determinar si existe un conflicto de normas que pueda ser objeto de una ponderación, es necesario observar el estatus de cada una de las partes intervinientes, en este caso tenemos a una mujer, persona sujeto de derechos humanos y a un nasciturus, que si bien está vivo y es de naturaleza humana, para efectos legales no se le puede considerar sujeto de derechos, tal como determinó la Corte Constitucional en su sentencia No. 34-19-IN, así como la Corte Interamericana de Derechos en el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica.

Al realizar la búsqueda doctrinaria y jurisprudencial es claro que dicha protección y cuidado se enfoca exclusivamente en el sentido literal del cuidado y protección, por cuanto al realizar la investigación correspondiente se verificó que el derecho de cuidado obedece al derecho que tienen las personas de autocuidado, cuidarse y cuidar a otros. Sin embargo, al existir una transversalidad del enfoque de género se pudo determinar que este ejercicio de cuidado es satisfecho mayormente por las mujeres y que, a decir de los postulados expuestos en la Conferencia de Beijing, Belen do Para y otras, se trasladan como discriminadores ya que inciden directamente y afectan a la mujer para la consecución de su participación en la vida pública y social, ya que es reglada a las actividades domésticas no remuneradas

que imposibilitan su independencia y el acceso a iguales oportunidades frente a sus pares masculinos.

DEL CUIDADO Y PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN

La CRE (2008) reconoce entre otros, el derecho a la vida garantizando incluso el cuidado y la protección desde la concepción. Este precepto se ha procurado cumplir a través de programas y políticas gubernamentales que puedan hacer efectivo este cuidado hasta llegar a la tipificación y penalización de aquellas conductas que puedan poner en peligro la vida del nasciturus a través de la penalización del aborto.

El derecho a la vida se encuentra reconocido en varios documentos y tratados internacionales, por ejemplo, el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (1969), es decir, los derechos humanos están garantizados no sólo en el texto constitucional, sino que también en los instrumentos internacionales que refuerzan la protección de la vida incluso desde la concepción.

De acuerdo con la jurisprudencia nacional e internacional, que forma parte del bloque de constitucionalidad, el derecho a la vida debe ser entendido como un derecho humano fundamental, prerequisite para el goce y ejercicio del resto de derechos humanos, razón por la que el mismo no puede ser interpretado restrictivamente. (Acción Pública de Inconstitucionalidad del artículo 150 del COIP, 2020, p.66)

Existe un amplio aparataje normativo internacional y nacional que respalda la inviolabilidad, cuidado y protección de la vida desde la concepción, constituyéndolo como un derecho fundamental, básico e inherente a la persona para exigir el goce de los demás derechos humanos, por lo que su interpretación no puede hacerse en un marco restrictivo. Sin embargo, es necesario realizar ciertas precisiones que permitirán evidenciar el real conflicto entre la garantía del cuidado a la vida desde la concepción frente a los derechos de libertad sexual y reproductiva, ya que no puede tomarse un derecho como absoluto, ni siquiera el del cuidado y protección de la vida desde la protección, ya que este va incrementando su grado de

protección de forma gradual y paulatina de conformidad al desarrollo fetal y posterior nacimiento.

4.1.1. DEL DERECHO A LA VIDA: CONCEPTO

Esa construcción jurídica se adhiere al Ser Humano de forma natural con la concepción sintiente de su vida fetal que, en todo caso, puede tomarse como nacimiento de la personalidad jurídica humana, manifestada inicialmente como derechos del nasciturus, y con el nacimiento, con la plenitud jurídica del concepto salvo las restricciones hasta la mayoría de edad. (Ceballos, 2021, p. 16)

El derecho a la vida se concibe desde el ius naturalismo como el derecho esencial para hacer exigibles todos los derechos humanos, es condicional ser poseedor del derecho a la vida, es decir de existir para poder exigir y ser titular de los demás derechos fundamentales. La existencia de este derecho se asocia a la existencia del ser, sin discriminación de ningún orden, ya que es aplicable para todos los individuos de la especie humana. Este derecho se entiende asociado a la existencia misma de la persona, siendo entendido desde la concepción hasta la muerte del titular. Al ser este derecho a la vida el que permite el acceso a los demás, no puede otorgarse por grados, es decir, se tiene o no, y esto es de forma absoluta, sin que haya ninguna otra condición.

Al ser un derecho que subsiste por sí mismo en el individuo humano, la tarea del Estado frente a este consiste en prestar las garantías necesarias para que sea ejercido en condiciones de respeto y compromiso con la conservación de la vida. Este compromiso de respetar y mantener este derecho se ve reflejado con las condiciones de dignidad que deben ser inherentes a toda existencia humana, no sólo la del nasciturus en proceso de gestación, sino también de las mujeres.

4.1.1.1. Del origen biológico

El derecho regula relaciones humanas y el cumplimiento de obligaciones entre las personas para lograr una convivencia social armónica, en ese sentido el cuidado y protección de la vida desde la concepción tiene un origen biológico que debe tenerse en consideración, por lo que no se busca definir el inicio de la vida para, a partir de ello, justificar ciertas decisiones respecto de esta vida, sino que se pretende establecer la necesidad jurídica de que las personas puedan tomar decisiones sobre su vida íntima, que incluye las decisiones de libertad sexual y de

conformación familiar, sin que exista la intromisión del Estado en estas decisiones y mucho menos la penalización de las mismas, y de acuerdo al mismo jurista, Franco Ceballos:

la función del concepto de persona es sustraer al ser humano de su condición real (biológica, cultural, psíquica) hacia la abstracción jurídica de un sujeto de derechos, una suerte de avatar o máscara, una artificialidad que designa, según Kelsen, “un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas [...]”. La persona es tal en cuanto entra en relación con el mundo desde la libertad y la voluntad, pues dice Puchta citado por Kelsen, que la “[...] noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad [de cada individuo humano] de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad”, que lo distingue de los demás seres vivos, en particular aquellos que más se le parecen como seres sintientes y que actúan, en contraposición, guiados solo por el instinto. (Ceballos, 2021, p. 16)

4.1.2. EL NASCITURUS: SUJETO U OBJETO DE DERECHO

Existe un fuerte debate respecto de si el nasciturus puede ser considerado sujeto u objeto de derecho, para de acuerdo a esto intentar determinar la gravedad de la vulneración del bien jurídico protegido, al respecto se manifiesta que

teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (supra párrs. 186 y 187), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer... la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión. (Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 2012, p. 69)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, señaló enfáticamente que al producirse la concepción dentro de útero de la mujer gestante, no se puede separar y darle una categoría superior a la existencia del nasciturus, esto es, sin negar el hecho de existe vida humana, esta expectativa de existencia no puede primar ni considerarse absoluta frente a los derechos que también posee la mujer gestante, por lo que determinó con basta amplitud jurisprudencial que el nasciturus no puede ostentar la categoría persona y por tanto, no se le puede dar preferencia en la aplicación de derechos.

El 29 de abril de 2021, la Corte Constitucional en la sentencia No. 34-19-IN resolvió despenalizar el aborto por violación, y adicionalmente, el juez Constitucional, Ramiro Ávila en su voto concurrente manifestó:

11. Argumentos en contra del aborto sostienen que el cigoto (célula resultante de la unión de un espermatozoide con un óvulo) es una vida humana y que el aborto es un asesinato. No es el espacio para discutir esta afirmación y creo que posiciones como la expresada son respetables. Considero, y esa es mi representación, que la vida de una persona no es comparable con la de un embrión. (p.55)

Es decir, si bien se pretende garantizar el cuidado y protección de la vida desde la concepción, no puede hacerse a expensas de la mujer gestante ni mucho menos relegar su vida, sus derechos y su integridad por una desmedida protección al nasciturus.

4.2. OBJETIVO ESPECÍFICO 2:

Identificar los elementos teóricos y jurídicos del derecho a la salud sexual y reproductiva en la Constitución Ecuatoriana vigente.

Figura 5:

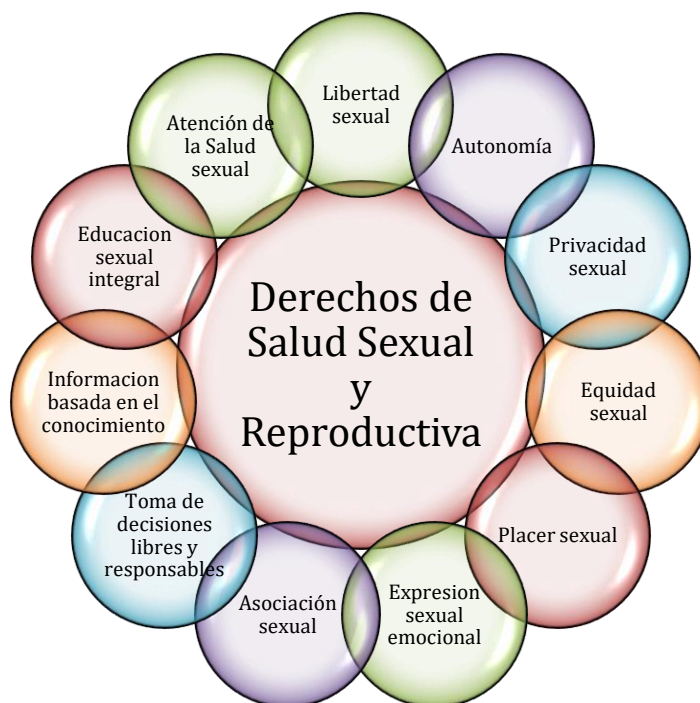
Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva	
Nor Mas	CRE (2008) Art. 66.- (...)9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener
Tratados internacionales	Declaración del 13avo. Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, WAS, el 26 de agosto de 1999, en el 14º Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China.
Estudios	Costos de Omisión en Salud Sexual y Salud Reproductiva en Ecuador (2017) Informe de resultados del Monitoreo del Estado de los Servicios de Salud Sexual y Salud Reproductiva durante la Emergencia Sanitaria por COVID-19 en Ecuador (2021)

Fuente: Elaboración propia, 2021.

Los derechos de salud sexual y reproductiva enmarcan varios derechos en sí mismos, que al ser derechos fundamentales están estrechamente relacionados y

son interdependientes, además de que para su goce y ejercicio se requiere de la activa participación del Estado garantizando los derechos prestacionales incluidos. Los derechos de salud sexual y reproductiva que pueden considerarse son los siguientes:

Figura 6: Derechos de Salud Sexual y Reproductiva



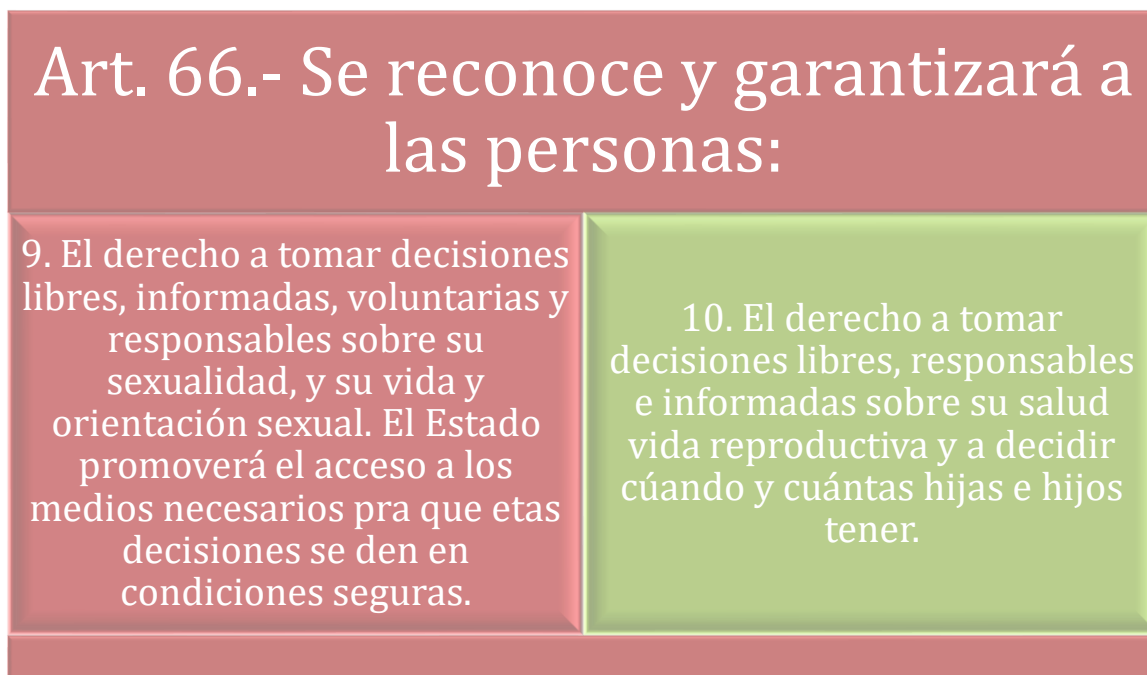
Fuente: Elaboración propia, 2021

El abanico de derechos presentados como parte del desarrollo de derechos de salud sexual y reproductiva incorporados por la Declaración del 13^a. Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, WAS, el 26 de agosto de 1999, en el 14^o Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China, han sido aceptados y tratados de forma conjunta para su ejercicio. Incluso es posible evidenciar que este amplio espectro de derechos se maneja y enuncia grupalmente en el Plan Nacional de Salud Sexual y Reproductiva (2017).

Se procura que estos derechos sean conocidos y ejercidos por las personas, sin embargo, no todos estos derechos dependen exclusivamente del individuo, sino que para su efectivo uso y goce dependen directamente de la responsabilidad del Estado para acceder a ellos, por ejemplo, es claro que los derechos de toma de decisiones libres y responsables, acceso a la información basada en el

conocimiento, educación sexual integral y atención sexual integral dependen plenamente de la ejecución estatal.

Figura 7: Derechos sexuales y reproductivos constitucionalmente reconocidos:



Fuente: Elaboración propia, 2021

Por lo antes mencionado es clara la obligación del estado de cubrir con la infraestructura y las políticas públicas adecuadas, tanto en el sistema educativo como en el de salud para cumplir los presupuestos que permitan lograr que las personas toman decisiones responsables, libres e informadas, es decir, después de tener un acceso a información objetiva que les permita decidir y cuidar de sí mismos y concretar sus proyectos de vida.

Además, es necesario incorporar parte del Informe de resultados del Monitoreo del Estado de los Servicios de Salud Sexual y Salud Reproductiva durante la Emergencia Sanitaria por COVID-19 en Ecuador (2021), llevado a cabo por la organización Surkuna y el Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos, concluyó que:

(...) el acceso a métodos anticonceptivos se ha reducido en Ecuador un 35,97% entre marzo a junio de 2020; y un 30,94% entre julio y septiembre de 2020. 8. (...) La falta de acceso a MAC junto a otras circunstancias como la incidencia de violencia sexual, se relaciona estrechamente con el aumento de embarazos no deseados y forzosos. Al respecto, el MSP informó que entre los meses de marzo y julio había identificado un incremento de 3320 embarazos más, respecto al año anterior en el mismo período; de los cuales 486 se refieren a niñas y

adolescentes, y 190 de ellos se ubican en niñas entre los 10 a 14 años. (p.47-48)

De los datos antes expuestos es claro que hubo una reducción significativa en el acceso a los métodos anticonceptivos, lo que incide directamente en el aumento de embarazos no deseados, incluso, el Ministerio de Salud Pública señaló un incremento de 3320 embarazos respecto de los producidos el año pasado y que, de estos, 486 eran de niñas y adolescentes. Adicionalmente, es necesario incorporar lo expuesto por el estudio de “Costos de Omisión en Salud Sexual y Salud Reproductiva en Ecuador” (2017) citado por el medio, expresamente señalan:

Figura 8:

Costo de omisión vs. Prevención					
Costos médicos por atención		Costos de prevención		Costo social	
Planificación Familiar	19.70	Satisfacción de la demanda por planificación familiar	26.7	Morbilidad materna	63.59
Embarazo no intencionado	67.84	Evitar la morbi-mortalidad prevenible	0.88	Deserción escolar	316.7
Complicaciones obstétricas	4.14	Atención aborto legal	0.09	Subtotal	380.29
Subtotal	92.7	Costo médico por prevención	27.67	Total	472.9

Fuente: Estudio de "Costos de Omisión en Salud Sexual y Salud Reproductiva en Ecuador", 2017.
* costos en millones de dólares

Fuente: Estudio de Costos de Omisión en Salud Sexual y Reproductiva en Ecuador, 2017.

El costo para el estado Ecuatoriano, al producirse embarazos no deseados tiene varias implicaciones, de carácter económico, vinculadas a los costos médicos de atención que incluye controles prenatales, partos y cesáreas, abortos, complicaciones vinculadas al parto, muerte fetal entre otros, que alcanza los 67.84 millones de dólares. Además, también se realiza el cálculo social, vinculado a las pérdidas por ingresos futuros relacionados al abandono escolar de las adolescentes de 15 a 19 años.

Frente a estos costos, la inversión que debería realizarse es mucho menor, en este cálculo efectuado en el estudio antes citado, se contemplan las consultas médicas, el seguimiento y la correspondiente provisión de métodos anticonceptivos llega a los 26.70 millones de dólares, por lo que es claro que se produce un ahorro

de más de 445 millones de dólares si el Estado cumpliera a satisfacción con la provisión de servicios de salud y de métodos anticonceptivos de forma oportuna

Figura 9:

Costo médico por atención y costo social	Costo médico por prevención
472,9	27,67
Ahorro para el Estado: 445,32	

Fuente: Estudio de "Costos de Omisión en Salud Sexual y Salud Reproductiva en Ecuador". 2017
* costos en millones de dólares

Fuente: Estudio Costos de Omisión en Salud Sexual y Reproductiva en Ecuador, 2017.

DERECHOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

4.2.1. ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

La salud, está definida de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, como un estado de completo bienestar físico, mental y social. Así, se contempla un estado integral de bienestar, tanto anatómico, psicológico y socio-culturales. Sin embargo, el desarrollo y ejercicio de estos derechos han evolucionado a través de múltiples instrumentos y tratados internacionales que han garantizado la creación de marco legal para la satisfacción plena de estos derechos, puede señalarse a los más relevantes:

- Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos, efectuada en Teherán en 1968. Aquí se reconoció como un derecho humano básico a determinar libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos, sin embargo, este derecho estaba restringido únicamente a los padres y madres.
- Primera Conferencia Internacional en Población, llevada a cabo en Bucarest en 1974, se extienden los derechos contemplados en Teherán y se incluye a la planificación familiar como un derecho fundamental de todas las parejas e individuos.

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979. Entre los aspectos más relevantes se insta a los Estados suscriptores a:

modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres y garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos...todas las medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, incluidos los relativos a la planificación de la familia, así como garantizar a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario incluida la nutrición adecuada durante embarazo y lactancia(p.34-35).

- Conferencia Internacional en Población, realizada en 1984 en México. Como aspectos relevantes se acordó que los hombres también son responsables en la planificación familiar y en la crianza de los hijos, a fin de que permitan a la mujer contar con el espacio y tiempos necesarios para conseguir su desarrollo personal y participar de la vida en la sociedad; se convino que el aborto no debía ser equiparado ni promocionado como un método anticonceptivo sino que debía proporcionarse un mayor acceso a los métodos anticonceptivos y de planificación familiar ; además se evidenciaron las falencias en la planificación familiar respecto del acceso a los métodos anticonceptivos.

- Convención sobre los Derechos del Niño, efectuada en 1989. Los alcances más relevantes obtenidos son los de reconocer el derecho de acceso a los servicios de planificación familiar; también se insta a los Estados a adoptar las medidas que sean más eficaces y apropiadas a fin de proteger y cuidar a los niños y niñas, así como abolir las prácticas tradicionales que operen en perjuicio de estos. Reconoce además el derecho de los niños y niñas a acceder a esta información.

- Conferencia de Derechos Humanos, realizada en Viena en 1993. En esta conferencia se generó la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, que determina que los Estados parte de conformidad con su legislación interna deben procurar prevenir, investigar y sancionar los actos de violencia que vulneren a las mujeres, ya sea que sean cometidos por el Estado o por particulares. También se enunció que

El disfrute por parte de las mujeres de los derechos -incluido el acceso en condiciones de igualdad a los recursos- es a la vez un fin en sí mismo y un factor esencial para la potenciación del papel de la mujer, la justicia social y el desarrollo social y económico en general. (p.37)

Es decir, no sólo se protege a la mujer de posibles vejaciones y vulneraciones de derecho, sino que también se reconoce que es parte del proceso de consecución de igualdad el disfrute de los derechos como un fin en sí mismo, que además le permitirá a la mujer un desarrollo social, económico general.

- Conferencia Internacional en Población y Desarrollo (CIPD), en 1994 en el Cairo. De este encuentro se consensuó respecto de la conceptualización de derechos de salud sexual, reproductiva y por derechos reproductivos. Además, se estableció una política global de servicios de salud reproductiva que contemplaba a la planificación familiar, la educación sexual, salud materna y protección ante las enfermedades de transmisión sexual.

Entre los derechos reconocidos uno de los más importantes es el que determina que todas las parejas e individuos tienen la potestad de decidir libremente y de forma responsable el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, el intervalo entre cada hijo, además de disponer de la información adecuada para conseguir el nivel más alto en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Es notorio señalar que no se establece únicamente el límite al ejercicio de cuándo y cuántos hijos tener de forma preventiva, sino que se considera la posibilidad de decidir aun cuando exista algún embarazo en curso.

- IV Conferencia Mundial de las Mujeres, organizada en 1995 en Beijín, los aspectos más relevantes de esta conferencia son el reconocimiento de que el control de los derechos de salud, especialmente el de su fertilidad es un aspecto básico para su empoderamiento, se determina que debe existir igualdad en el manejo de las responsabilidades del hogar entre hombres y mujeres para el bienestar individual, familiar y alcanzar la consolidación de la democracia; además, se busca garantizar la igualdad de acceso y trato tanto para hombres y mujeres respecto de la educación sexual y reproductiva, así como asegurar el acceso a servicios médicos que incluyen la privacidad, confidencialidad, respeto y consentimiento informado. Se reconoce además que:

Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y

reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. (p.42)

- Revisión de la CIPD, en 1999, en la Asamblea General se buscó dar seguimiento a los acuerdos previos, además se instó a los gobiernos, entre otras, a reducir las tasas de aborto y atención en salud en casos de aborto inseguro.
- Cumbre del milenio, efectuada en Nueva York en el año 2000, se acordaron serios compromisos que debían verificarse en 2015, entre estos se determinaron 8 objetivos entre los cuales destacan la promoción de igualdad entre los sexos y autonomía de la mujer, mejorar la salud materna.
- La oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y la UNFPA, en Ginebra en el año 2001, se reunieron a fin de valorar el progreso de los compromisos fijados anteriormente para mejorar los derechos de las mujeres y en particular los referentes a la salud sexual y reproductiva. En este encuentro, se aseveró que el fracaso de las condiciones de igualdad de las mujeres repercute directamente en amenazas contra la salud de las mismas, a través de prácticas y tratos que mantienen un estatus de subordinación, por ejemplo, en casos de maternidad forzada, violencia sexual, matrimonios forzados, gestación precoz, entre otros.

Además, se determinó que es parte de las obligaciones estatales en el marco de los derechos humanos el cumplimiento de los derechos de salud sexual y reproductivo por lo que resultaba imperante vincularlos a los instrumentos internacionales.

- Consenso de Quito sobre participación política de las mujeres, llevado a cabo en agosto de 2007, que expresamente determinaron:

Reconociendo las inequidades de género como determinantes sociales de la salud conducentes a la precariedad de la salud de las mujeres en la región, en especial en los ámbitos relacionados con los derechos sexuales y reproductivos, lo que se expresa en el avance y la feminización de la epidemia del VIH/SIDA y en las altas tasas de mortalidad materna, en virtud de, entre otros, el aborto en condiciones de riesgo, los embarazos de adolescentes y la provisión insuficiente de servicios de planificación familiar, lo que demuestra las limitaciones aún existentes del Estado y de la sociedad para cumplir con sus responsabilidades relativas al trabajo reproductivo (2007)

Ha quedado bastamente sustentado que una de las constantes preocupaciones de las organizaciones internacionales ha sido establecer derechos humanos en favor de las mujeres para un efectivo ejercicio y goce, sin discriminaciones que las

afecten y releguen, puesto que se ha asociado el avance de las sociedades directamente con el alcance y goce pleno de los derechos por parte de todos los integrantes de la sociedad.

Es así mismo, es necesario señalar que para que se permita una correcta exigibilidad y aplicación de estos derechos deben lograrse las condiciones de igualdad tanto formal como material entre hombres y mujeres, que no se presenten situaciones que afecten la prestación y la protección de estas garantías, ya sea por parte de particulares o por parte del Estado.

Al estar tan estrechamente ligados los derechos de salud sexual y reproductiva al empoderamiento, libertades y desarrollo de la personalidad de las mujeres se procura garantizar un acceso adecuado, informado y seguro a los servicios de salud en todo el proceso, para que de forma preventiva incluso, a través de las políticas públicas y programas educativos, los Estados cumplan con el acompañamiento e impartan información objetiva, a través de los servicios de salud promociónen y provean de métodos anticonceptivos y en caso de que ocurra una gestación, se dé el acompañamiento necesario para que las mujeres puedan decidir de modo seguro si desean llevar a término o no los embarazos, dada cuenta que los derechos de cuidado, al estar encargados en su totalidad a las mujeres las excluyen de los espacios de la vida pública, social y política, relegándolas y subordinándolas al hogar donde se reproducen condiciones de subordinación y vejación de derechos.

4.2.2. DERECHOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

Los derechos sexuales y reproductivos incluyen una serie de componentes que han sido tratados en varias conferencias, encuentros y se han plasmado en varios tratados internacionales, sin embargo, han sido recogido a través de la Declaración del 13^a. Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, WAS, el 26 de agosto de 1999, en el 14^o Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China y se enuncian así:

1. El derecho a la libertad sexual. La libertad sexual abarca la posibilidad de la plena expresión del potencial sexual de los individuos. Sin embargo, esto excluye toda forma de coerción, explotación y abuso sexuales en cualquier tiempo y situación de la vida.

2. El derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexuales del cuerpo. Este derecho incluye la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre la propia vida sexual dentro del contexto de la ética personal y social. También están incluidas la capacidad de control y disfrute de nuestros cuerpos, libres de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo.
3. El derecho a la privacidad sexual. Este involucra el derecho a las decisiones y conductas individuales realizadas en el ámbito de la intimidad siempre y cuando no interfieran en los derechos sexuales de otros.
4. El derecho a la equidad sexual. Este derecho se refiere a la oposición a todas las formas de discriminación, independientemente del sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o limitación física o emocional.
5. El derecho al placer sexual. El placer sexual, incluyendo el autoerotismo, es fuente de bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual.
6. El derecho a la expresión sexual emocional. La expresión sexual va más allá del placer erótico o los actos sexuales. Todo individuo tiene derecho a expresar su sexualidad a través de la comunicación, el contacto, la expresión emocional y el amor.
7. El derecho a la libre asociación sexual. Significa la posibilidad de contraer o no matrimonio, de divorciarse y de establecer otros tipos de asociaciones sexuales responsables.
8. El derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables. Esto abarca el derecho a decidir tener o no hijos, el número y espaciamiento entre cada uno, y el derecho al acceso pleno a los métodos de regulación de la fecundidad.
9. El derecho a información basada en el conocimiento científico. Este derecho implica que la información sexual debe ser generada a través de la investigación científica libre y ética, así como el derecho a la difusión apropiada en todos los niveles sociales.
10. El derecho a la educación sexual integral. Este es un proceso que se inicia con el nacimiento y dura toda la vida y que debería involucrar a todas las instituciones sociales.
11. El derecho a la atención de la salud sexual. La atención de la salud sexual debe estar disponible para la prevención y el tratamiento de todos los problemas, preocupaciones y trastornos sexuales(p.1-2)

Es claro que los derechos sexuales y reproductivos enuncian una serie extensa de otros derechos que cumplen con el presupuesto de ser interdependientes y su pleno ejercicio garantiza el desarrollo integral de las personas a través de la libertad, la autonomía, la privacidad, la equidad, el placer, la expresión, la libre asociación, la toma de decisiones, la información, la educación y a la atención a la salud sexual.

Los derechos antes expuestos contemplan un espectro amplio, que requiere para su ejercicio no bastan con la sola intencionalidad de la persona sino, que muchos de ellos se transforman en derechos de carácter prestacional que son exigibles y justiciables ante el Estado.

4.2.3. FALTA DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA: OMISIÓN DEL ESTADO

El estado de bienestar integral determinado en los tratados internacionales se traduce no sólo en enunciados, sino que se encuentran constitucional y legamente respaldadas, es así que a CRE (2008) recoge los derechos fundamentales expresados previamente en la Convención Belen do Para, y de Beijing (1995), entre otros tratados internacionales, en los cuales se expresa la necesidad de considerar el acceso a la salud como un derecho y además, estos derechos deben estar garantizados para ser proveídos por los estados, expresamente, en el artículo 32 de la CRE (2008), dice:

Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustenten el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional. (p.17)

De lo expresado anteriormente se verifica que la Salud es un derecho fundamental que el Estado debe garantizar de forma prestacional y proyectado no sólo de forma paliativa, sino preventiva, es decir, que el ejercicio de este derecho depende de las actuaciones positivas del gobierno para proveer estos servicios, en el entendido de que esta provisión de salud, incluye políticas sociales, culturales, educativas, además de la promoción y publicidad de estos servicios, así como el acceso a una atención integral de salud sexual y reproductiva, entre otras. Sobre el derecho a la salud, la Corte IDH en el caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, ha señalado lo siguiente:

esta Corte ya ha reconocido que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos, y

que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general de protección a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población. (Corte IDH, 2018, p.39)

Ecuador, debe considerar que, para cumplir efectivamente con la prestación de estos derechos debe hacerse de forma integral, que permita la consecución de este estado de bienestar integral, con miras a un óptimo estado de salud mental, física y social. Además de que debe hacerse con un enfoque de género que abarque de forma transversal la prestación y acceso a estos derechos fundamentales de salud.

4.3. OBJETIVO ESPECÍFICO 3:

Determinar los elementos teóricos y jurídicos de la penalización del aborto en la legislación ecuatoriana vigente en concordancia a los derechos constitucionales de protección y cuidado de la vida desde la concepción y de libertad sexual y reproductiva.

Figura 10:

PENALIZACION DEL ABORTO	
Normas	CRE (2008) Art. 66.- (...)3. B. Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual; Art. 76.-6.La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
Jurisprudencia	Caso 34-19-IN, Corte Constitucional del Ecuador

Fuente: Elaboración Propia, 2021

Como quedó reflejado en capítulos anteriores, el Estado al ejercer su facultad punitiva, aplica penas con la finalidad de proteger los bienes jurídicos. En este caso, en su afán de proteger el bien jurídico de la vida desde la concepción ha extremado medidas a fin de evitar que se produzcan abortos voluntarios bajo la penalidad de

sancionar con privación de la libertad a quien cometa esta conducta. Pero, como ha sido evidente, los legisladores al momento de adecuar este tipo de conducta como una tipificación penal, obviaron la responsabilidad del Estado como agente activo en los procesos de prevención de embarazos no deseados y de posibles abortos. Por ello, en su sentencia 34-19-IN, la Corte Constitucional analizó la falta de medidas más adecuadas, idóneas para que el Estado cumpla con los deberes que le corresponde y pueda generar y aplicar las políticas públicas tanto educativas como de salud además de la provisión de métodos anticonceptivos que eviten la toma de decisiones peligrosas para acceder a abortos clandestinos.

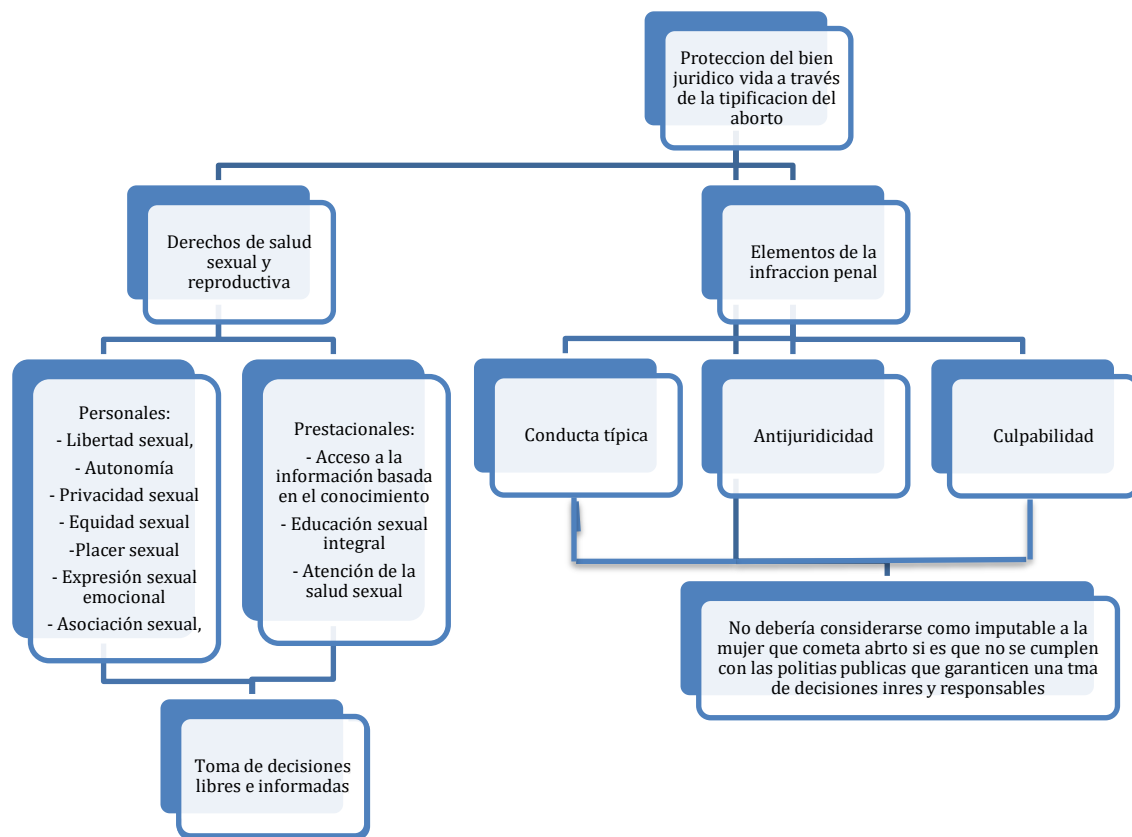
Es necesario considerar que según nuestra legislación se sancionan las conductas típicas, antijurídicas y culpables, sin embargo, en el delito de aborto se conjugan no sólo las de la conducta típica que lesiona el bien jurídico de la vida del nasciturus, sino que también debe considerarse la imputabilidad de la mujer gestante para verificar su efectiva responsabilidad en el cometimiento del delito de aborto.

En ese sentido, rememorando el catálogo de derechos sexuales y reproductivos hay varios que son autónomos y dependen exclusivamente de la persona para su goce y pleno ejercicio como son los derechos de libertad sexual, autonomía, privacidad sexual, equidad sexual, placer sexual, expresión sexual emocional, asociación sexual, sin embargo existen otros derechos que para ser ejercidos y exigidos dependen de la infraestructura estatal tales como los de acceso a la información basada en el conocimiento, educación sexual integral, atención de la salud sexual, todo esto con la finalidad de que pueda ejercerse uno de los derechos sexuales más relevantes, esto es la toma de decisiones libres y responsables, ya que para su ejercicio dependen del autoconocimiento pero así mismo del acceso a la información y servicios de salud sexuales integrales que permiten a las personas contar con la información objetiva para realizar un ejercicio responsable de su vida sexual y reproductiva.

Pero, como puede evidenciarse en los datos reflejados en el Informe de Resultados del Monitoreo del estado de los servicios de salud sexual y salud reproductiva durante la emergencia sanitaria por COVID-19 (2021) y el Estudio de Costos de Omisión en Salud Sexual y Salud Reproductiva en Ecuador (2017), existen omisiones del Estado Ecuatoriano respecto del cumplimiento de prestar acceso a la información basada en el conocimiento científico, el impartir educación

sexual integral, el prestar servicios de atención de salud sexual para que las personas, en especial las mujeres tengan la potestad de ejercer el derecho de tomar decisiones reproductivas libres y responsables.

Figura 11:



Fuente: Elaboración propia, 2021

El cumplimiento y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos al ser una decisión multifactorial con plena injerencia del Estado respecto del cumplimiento de derechos prestacionales no puede endilgarse la responsabilidad únicamente en la mujer cuando se enfrenta a situaciones que le son imposibles de resistir, ya que el estado de gestación ocurre producto de una relación sexual, pero si la mujer no recibe la adecuada información de salud sexual y reproductiva no se le puede exigir una conducta responsable que evite el cometimiento de conductas penalmente

sancionables puesto que no cuenta con las herramientas que le permitan decidir de forma libre y responsable.

El COIP, en el artículo 17, reconoce que la infracción penal es la conducta típica, antijurídica y culpable. Además, es relevante señalar que el artículo 34 del mismo código dispone que para que una persona sea responsable penalmente debe ser imputable.

El derecho penal y procesal penal, establecidos en este COIP permite la protección de los bienes jurídicos protegidos por el Estado al limitar las conductas que pudieran afectar los bienes jurídicos protegidos, pero a la par busca garantizar un trato digno y en el marco de derechos a los procesados, procurando establecer límites objetivos que justifiquen un proceso de equidad, que repare el daño producido a la víctima y que sancione la conducta del infractor.

4.4. OBJETIVO ESPECÍFICO 4:

Explicar si es inconstitucional limitar el derecho a la salud sexual y reproductiva a través de la penalización del aborto.

La acción de inconstitucionalidad, es una garantía que permite ejercer el control de constitucionalidad, y, después del análisis de la Corte Constitucional para verificar la coherencia y concordancia de las normas con el articulado constitucional, y en caso de que no obedezcan a estos preceptos constitucionales, expulsar del ordenamiento jurídico a la norma que es contraria a la Constitución o a otras pertenecientes al bloque de constitucionalidad. De conformidad a la LOGJCC, esta acción se configura como una herramienta de control constitucional que puede ser presentada por cualquier persona y el plazo para hacerlo será de un año después de su entrada en vigencia si se trata por razones de forma, en cambio, si se presenta por razones de contenido pueden ser interpuestas en cualquier momento. Además, de acuerdo al art. 42 de la misma ley, los efectos de la inconstitucionalidad son generales y abstractos.

En el caso en particular, debemos considerar que se puede establecer un conflicto de aplicación normativa, por cuanto el artículo 66.9 y 66.10 de la CRE (2008) puede entrar en conflicto con los art. 149 y 150 del COIP (2014) que tipifican el aborto voluntario como delito, norma que es a su vez, cristaliza lo establecido en el art. 45 de la misma Constitución, sin que esto signifique una contradicción en el articulado

constitucional. Por lo tanto, para verificar si es inconstitucional penalizar el aborto, es necesario considerar que CRE (2008) en el art. 76, señala que debe existir una adecuada proporcionalidad entre las penas y las conductas sancionadas.

4.4.1. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

De acuerdo al principio de proporcionalidad establecido en el art. 76.6 de la CRE (2008) y analizado por la Corte Constitucional en la citada sentencia 34-19-IN, se puede referir que el Poder Legislativo tipificó el aborto como delito, priorizando y buscando dar una protección superior a la vida del nasciturus para garantizar su nacimiento. Sin embargo, a la luz del principio de proporcionalidad, las normas penales no sólo deben tener una finalidad de protección del bien jurídico sino, que también deben cumplirse los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La idoneidad, a decir de la Corte Constitucional, consiste en que una medida normativa cumplirá este parámetro si la norma es eficaz para el cumplimiento del fin constitucional por el cual fue establecida. En este caso, la norma contenida en los artículos 149 y 150 del COIP (2014) tiene como finalidad proteger la vida desde la concepción, evitar que las mujeres aborten voluntariamente y lleven sus embarazos a término. Aunque, al verificar la eficacia de esta norma, se puede evidenciar que no cumple el fin propuesto, ya que las mujeres continúan abortando año a año, sin considerar los peligros legales y de salud a los que se exponen al practicarse abortos en la clandestinidad, como se verifica en las estadísticas expuestas anteriormente, ya que sus decisiones suelen obedecer a decisiones personalísimas que no se vinculan con la finalidad propuesta por el legislador de lograr proteger la vida desde la concepción.

Sobre el parámetro de la necesidad, la Corte Constitucional señaló en la sentencia N.º 003-14-SIN-CC, que:

Es evidente que toda medida legislativa que conlleva la imposición de una sanción implica una limitación de derechos al infractor, la cual solamente será inconstitucional si se evidencia que la limitación impuesta no es equivalente al riesgo de vulneración del derecho constitucional que la norma pretende garantizar.

Existen alternativas más eficientes y menos invasivas que permiten proteger la vida desde la concepción y a su vez garantizar un ejercicio pleno y responsable de los derechos de salud sexual y reproductiva, es decir, existen medidas menos gravosas

que pueden cumplir con la protección del bien jurídico, tales como la aplicación de políticas públicas adecuadas, programas de educación, acceso a servicios de salud y a métodos anticonceptivos adecuados, entre otros. Aquí es necesario señalar también que en la penalización del aborto se vulnera el principio de mínima intervención penal y se pretende presentar al derecho penal como la solución a los problemas sociales, en lugar de darles un tratamiento adecuado que respete efectivamente los derechos humanos.

Respecto de la proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo a la mencionada sentencia 34-19-IN, se trata de equilibrar el sacrificio y el beneficio conseguido, es decir, se requiere verificar que el grado de satisfacción del fin legítimo sea proporcional al grado de afectación del derecho. Aquí es necesario recalcar lo ya dicho anteriormente, el nasciturus va adquiriendo derechos y protección de forma progresiva y gradual hasta el momento de su nacimiento, mientras que las mujeres gestantes son ya sujetos plenos de derecho, lo cual no implica que una vida valga menos que otra; pero, si es necesario considerar que las mujeres gestantes son personas con plena capacidad de decisión que tienen derecho de acceder a educación para decidir, de recibir atención médica adecuada y acceder a métodos anticonceptivos en caso de que así lo requieran para evitar quedar en un estado de embarazo no deseado, y esta debería ser la premisa que impulse las decisiones estatales y normativas, esto es, evitar que se produzcan embarazos no deseados, ni maternidades forzadas, no solamente primar de forma absoluta la vida del nasciturus sin considerar las condiciones de vida de sus progenitores, generando una irrupción excesiva del Estado frente a las decisiones individuales de cada ser humano.

4.4.2. SENTENCIA C-055-22 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Recientemente, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-055-22 de 21 de febrero de 2022, despenalizó de forma total el aborto hasta las 24 semanas, haciendo el siguiente análisis:

...como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional e interamericana, la vida es un bien jurídico que se protege en todas las etapas de su desarrollo, pero no con la misma intensidad. Es por esto que su protección mediante el derecho penal, como finalidad constitucional imperiosa, también es gradual e incremental, según la etapa de desarrollo en que se presente un atentado contra ella y las circunstancias concomitantes con este. (Corte Constitucional de Colombia, 2022, p.6)

La Corte Constitucional de Colombia analizó, considerando los preceptos constitucionales y la jurisprudencia interamericana, que, en efecto, la vida es el bien jurídico que el estado debe proteger desde su inicio hasta su fin, sin embargo, no con la misma intensidad. Por tanto, recurrir al derecho penal a fin de garantizar la protección de la vida no obedece a la gradualidad incremental.

a pesar de pretender realizar una finalidad constitucional imperiosa, como es la protección del bien jurídico de la vida en gestación, la disposición demandada afecta intensamente el derecho a la salud contemplado en el artículo 49 superior y los derechos reproductivos pese a existir medios más efectivos para proteger, respetar y garantizar aquella finalidad constitucional y que no generan una afectación tan intensa en estos derechos, como la adopción de políticas públicas orientadas a proteger la vida en gestación por otros medios que brinden verdaderas. (Corte Constitucional de Colombia,2022,p.6)

La penalización del aborto implica contraponer el derecho a la vida, frente a los de salud sexual y reproductiva, dando como resultado un grave detrimento de los derechos de salud, de salud sexual y reproductiva en especial de las mujeres, por cuanto, aquellas que deciden por terminar voluntariamente sus embarazos, las exponen a practicar abortos en sitios clandestinos, inseguros e insalubres, poniendo en grave riesgo su integridad. Además, se verifica que desde el ejecutivo pueden adoptarse medidas más efectivas y menos gravosas para conseguir el objetivo de protección de la vida, entre ellos la aplicación de políticas públicas que garanticen el cumplimiento de este fin.

La norma demandada permite juzgar y sancionar a alguien que decide actuar conforme a sus juicios morales o íntimas convicciones, lo que afecta de manera intensa la citada libertad ya que da lugar a la imposición de una manera específica de proceder, que en este caso implica tener que asumir la maternidad –finalidad última que pretende realizar el tipo penal–, aun en contra de la propia voluntad, aspecto que afecta de manera intensa la libertad de conciencia de las mujeres, las niñas y las personas gestantes. (Corte Constitucional de Colombia,2022,p.8)

La penalización del aborto implica que el Estado tenga una intromisión absoluta en las decisiones personales de las mujeres gestantes, ya que está haciendo exigible un único tipo de decisión y de conducta, esto es, forzar la gestación, parto y maternidad, obstruyendo los proyectos y planes de vida personalísimos y sancionando penalmente a quien no actúe bajo este deber ser impuesto, negando las particularidades y la libertad de toma de decisión de cada persona.

4.4.3. CONSIDERACIONES

Del análisis documental de la información recabada para esta investigación, se ha podido determinar que el libre ejercicio y goce de los derechos de salud sexual y reproductiva no implica una separación, y mucho menos supone una contradicción normativa respecto de la protección y cuidado de la vida desde la concepción, al contrario, con el adecuado manejo y aplicación de las políticas públicas claras, así como el cumplimiento global de los compromisos asumidos en los tratados e instrumentos de derechos humanos por parte del Estado permiten un ejercicio y protección eficiente de los derechos antes mencionados.

Ya lo ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia que despenaliza el aborto por violación, caso No 34-19-IN, el cuidado y protección de la vida desde la concepción debe realizarse considerando no sólo la aplicación de sanciones privativas de la libertad, sino tomando medidas integrales que contemplen el proceso antes, durante y después del proceso de gestación que transcurre en la mujer sin que esta vea menoscabados sus derechos y mucho menos resulte excluida de la sociedad por falta de acceso a las oportunidades de desarrollo en la vida pública.

La Corte Constitucional, en la mencionada sentencia 34-19, indicó que criminalizar el aborto y privar de la libertad a las sancionadas por esta infracción no es la manera en la que se protege la vida del nasciturus, además de que lo determinado en el texto constitucional no implica imponer sanciones privativas de la libertad, sino que la protección de la vida del nasciturus debe hacerse a través de vías más idóneas tales como políticas públicas adecuadas, medidas legislativas que garanticen el acceso a los derechos prestacionales y servicios públicos de calidad que pueden incidir de mejor manera en la protección final de la vida del nasciturus y de la mujer gestante.

153. En el caso concreto, como ha quedado anotado previamente, esta Corte considera que efectivamente existen otras medidas menos gravosas que la pena privativa de libertad para proteger al nasciturus. La interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación deviene como consecuencia de la existencia de un acto de violencia como un problema estructural y multidimensional, por lo que a consideración de esta Corte las medidas para evitar la interrupción voluntaria del embarazo deben estar focalizadas a erradicar la violencia contra la mujer, la prevención y sanción de los delitos de violencia sexual, fortalecer la educación sexual y desarrollar políticas integrales sobre salud sexual y reproductiva, eliminando estereotipos de género relacionados a consideraciones de inferioridad de la mujer.(p.37)

Se pudo verificar que existen otras medidas menos severas que privar de la libertad a las mujeres para obtener la protección del nasciturus, ya que esta grave sanción supone una afectación que violenta los derechos de las mujeres poniéndolas en un escenario donde coexisten varios factores que las vulneran de forma sistemática, y a consideración de la Corte, para evitar abortos voluntarios, las medidas que deben llevarse a cabo y aplicarse son aquellas tendientes a erradicar la violencia contra la mujer, los delitos sexuales, además de fortalecer la educación y un adecuado acceso a servicios de salud sexual y reproductiva de calidad, manteniendo el enfoque de género.

La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo establece una conexión clara entre la salud reproductiva, los derechos humanos y el desarrollo sostenible. Cuando no se satisfacen las necesidades en materia de salud sexual y reproductiva, se priva a las personas del derecho a elegir opciones cruciales sobre su propio cuerpo y su futuro, lo que produce un efecto dominó en el bienestar de sus familias y de las futuras generaciones. Y, dado que las mujeres son las que dan a luz a los hijos y las que en muchos casos son también responsables de alimentarlos, las cuestiones relativas a la salud y los derechos sexuales y reproductivos no pueden separarse de las relativas a la igualdad de género. Y, por efecto acumulativo, la negación de estos derechos agrava la pobreza y la desigualdad basada en el género. (Fondo de Población de las Naciones Unidas, 2016)

Es evidente la conexión existente entre la salud reproductiva, los derechos humanos y el desarrollo socioeconómico de los países, si se deja de cubrir alguno de estos ejes se vulneran derechos fundamentales y se expone a las personas a ser excluidas de la toma de decisiones esenciales en el desarrollo de sus proyectos de vida, precarizando sus condiciones de vida y condenándolas a repetir ciclos de pobreza crónica que afectan directamente el desarrollo y la economía de las sociedades. Además, al ser las mujeres quienes suelen cargar con las responsabilidades en el ejercicio de la maternidad, así mismo son ellas quienes quedan marginadas de la vida social y política, relegando su función social a ser meras reproductoras y cuidadoras que pierden la capacidad de participación y representación social, lo que genera una constante discriminación y menoscabo de sus derechos.

Por tanto, es claro que en consideración con las normas constitucionales y legales citadas, así como los tratados internacionales, los estudios e informes de organizaciones de protección de derechos humanos así como la jurisprudencia incorporada supone una norma inconstitucional la penalización del aborto, dejando

claro que para garantizar la protección del bien jurídico el Estado debe ser capaz de cumplir con los derechos prestacionales respecto de la educación en salud sexual y reproductiva así como la prestación de servicios de salud adecuados; ya que si bien, con la tipificación de esta conducta se protege la vida del nasciturus desde la concepción, sin la prestación adecuada de estos derechos sexuales y reproductivos se excluye a la mujer de la ecuación de protección de la vida y se le endilgan responsabilidades y un deber objetivo de cuidado que no le corresponde asumir por cuanto existe incumplimiento de parte del Estado Ecuatoriano para cumplir adecuadamente con sus obligaciones.

CAPÍTULO V
PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO V

MODELO DE PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN

En el desarrollo del trabajo de investigación, ha quedado evidenciado que las mujeres al ser sujeto de derechos, deben acceder de forma integral a los servicios de salud que garanticen un adecuado cuidado de su salud física, mental y social. Y para la prestación de estos servicios de salud, es necesario que los Estados, incorporen a su legislación el marco legal necesario para que se instauren estos procesos a través de políticas públicas que salvaguarden la integridad de las mujeres.

En el caso de Ecuador, no sólo consta como parte del catálogo de derechos el acceso oportuno, de forma preventiva, así como el acompañamiento durante su vida, para que haya una toma informada de decisiones sobre su salud sexual y reproductiva, sino que de acuerdo a la CRE (2008) las personas tienen el derecho de acceder a servicios de salud que garanticen un cuidado integral de la misma, por tanto, esto incluye las acciones de forma pública, objetiva, oportuna, segura y de calidad frente al acceso a educación, prestación de servicios médicos así como el acceso a métodos anticonceptivos que permitan controlar y decidir sobre su vida sexual.

5.1. TÍTULO DE LA PROPUESTA:

Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal que penalizan el aborto consentido.

5.2. ANTECEDENTES:

Como antecedentes, pueden considerarse los siguientes instrumentos internacionales:

- La Recomendación General No. 35 sobre violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general No.19, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 26 de julio de 2017. Especialmente el contenido del párrafo 29: El comité recomienda que los Estados partes apliquen las siguientes medidas legislativas: c) Derogar en particular en las leyes consuetudinarias, religiosas e indígenas, todas las disposiciones jurídicas que discriminan a la mujer y, de ese modo, consagran, alientan, facilitan, justifican o toleran toda forma de violencia por razón de género. En particular, se recomienda derogar lo

siguiente: i) Las disposiciones que permitan, toleren o condonen cualquier forma de violencia por razón de género contra la mujer, incluido el matrimonio infantil o forzado y otras prácticas tradicionales nocivas, las disposiciones que permitan realizar procedimientos médicos a mujeres con discapacidad sin su consentimiento informado y las disposiciones que penalicen el aborto, la condición de lesbiana, bisexual o transgénero y a las mujeres que ejercen la prostitución y el adulterio, o cualquier otra disposición penal que afecte a las mujeres de manera desproporcionada, en particular aquellas que conlleven la aplicación discriminatoria de la pena capital a las mujeres.

- La observación final contenida en las Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el tercer informe periódico de Ecuador, aprobada en su 58° sesión, celebrada el 30 de noviembre de 2012: El comité recomienda que el Estado Parte implemente la reforma al código penal con el fin de establecer excepciones a la penalización del aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una violación, aunque no se trate de mujeres con discapacidad, así como cuando se ha establecido la existencia de malformaciones congénitas.
- La observación final contenida en las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, sobre el sexto informe periódico del Ecuador, en su 3294° sesión, celebrada el 11 de julio de 2016: 16. El Estado parte debe revisar el Código Orgánico Integral Penal a fin de introducir excepciones adicionales a la interrupción voluntaria del embarazo incluyendo, cuando el embarazo sea consecuencia de un incesto o una violación, aun cuando la mujer no padezca de discapacidad mental, y en caso de discapacidad fatal del feto, y asegurar que las barreras legales no lleven a las mujeres a recurrir a abortos inseguros que puedan poner en peligro su vida y su salud.
- La observación final contenida en las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador, aprobado en su 225° sesión, que tuvo lugar el 29 de septiembre de 2017: 35. En relación con su observación general núm. 4 (2003) sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes, el Comité recomienda que el Estado parte: c) Vele porque las niñas tengan acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, entre ellos el aborto terapéutico, y estudio la posibilidad de despenalizar el aborto, prestando especial atención a la edad de la niña embarazada y los casos de incesto o violencia sexual.
- La observación final contenida en las Observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre el séptimo informe periódico del Ecuador, en su 1490 sesión celebrada el 28 de noviembre de 2016: 45. En vista de los altos índices de violencia de género y violencia sexual que se registran en el país (...), preocupan al Comité las restricciones al aborto establecidas en la legislación penal del Estado parte que sólo permite la interrupción voluntaria del embarazo cuando peligre la vida o la salud de la mujer y ese peligro no pueda ser evitado por otros medios y cuando el embarazo sea consecuencia de la violación de una mujer con una discapacidad mental. El Comité observa con preocupación el serio riesgo que dichas restricciones comportan para la salud de las mujeres víctimas de una violación que deciden abortar, así como las consecuencias penales que pueden derivarse, que incluyen penas de prisión tanto para las mujeres que se someten a abortos como para los médicos que los practican. 46. El Comité recomienda al Estado parte que

vele por que las mujeres víctimas de una violación que voluntariamente decidan interrumpir su embarazo tengan acceso a abortos legales y en condiciones seguras.

5.3. OBJETIVOS:

5.3.1. OBJETIVO GENERAL:

- Despenalizar el delito de aborto tipificado en los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal.

5.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Demandar la inconstitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal.
- Solicitar al Poder Ejecutivo, a los Ministerios de Salud y de Educación, se emitan las políticas públicas necesarias de salud sexual y reproductiva para que se eviten los embarazos no deseados y las mujeres conozcan y ejerzan de forma objetiva, libre y voluntaria sus derechos.

5.4. DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA

En el marco legal y constitucional del Ecuador, tomando en cuenta lo determinado en el Plan Nacional de Salud Sexual y Reproductivo, en la Constitución de la República, así como en los tratados internacionales y las recomendaciones realizadas al Ecuador que son consideradas dentro del bloque de constitucionalidad, queda claro que el Estado debe garantizar las condiciones que garanticen una igualdad material de los derechos de las mujeres en comparación de los derechos de los hombres, sobre todo en el aspecto de la decisión sobre sus cuerpos y el ejercer sus derechos sexuales y reproductivos.

Si bien, la penalización del aborto pretende salvaguardar y proteger la vida del nasciturus hasta su nacimiento a término, no considera la vulneración que efectúa el Estado a los derechos de las mujeres, ya que al no poder acceder a una educación clara y objetiva, a servicios médicos, así como a los métodos anticonceptivos adecuados, no puede evitarse que ocurran embarazos no deseados, y el Estado extralimita sus facultades punitivas para hacer exigible un único tipo de conducta a las mujeres, esto es exigiéndoles que ejerzan una maternidad aún en contra de su voluntad.

Por tanto, al someter al test de proporcionalidad al artículo 149 y 150 del COIP (2014) no se verifica que se tome las medidas más eficaces para proteger la vida del nasciturus, no se toman decisiones más adecuadas que eviten los embarazos no deseados y se desechan completamente los derechos de libertad de decisión de las mujeres primando de forma absoluta el derecho a la vida del nasciturus, por lo que la norma demandada al no estar en concordancia con lo dispuesto por la Constitución y por los instrumentos que conforman el bloque de constitucionalidad, debe ser expulsada del ordenamiento jurídico, después de que la Corte realice el control de constitucionalidad correspondiente.

Todo esto con la finalidad de garantizar una igualdad formal y material que permita el desarrollo de las niñas, adolescentes y mujeres a la par de los hombres, el Estado debe evitar usar como herramienta principal de solución a los problemas sociales, como el embarazo no deseado, recurrir al derecho penal, que finalmente no cumple con la protección de la vida, sino que debe recurrir a la adopción de medidas más eficaces que garanticen el cumplimiento de protección de la vida y del pleno ejercicio de derechos de salud sexual y reproductiva.

5.5. FACTIBILIDAD DE LA PROPUESTA

La aplicación de la propuesta es plenamente factible por cuanto depende de su presentación ante la Corte Constitucional, quien de conformidad a lo dispuesto en el artículo 74 y siguientes de la LOGJCC, dispone en lo pertinente:

Art. 74.-Finalidad.-El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.(Asamblea Nacional, 2009, p. 19).

En el presente proyecto de investigación se ha podido evidenciar que debe expulsarse del ordenamiento jurídico las normas contenidas en los artículos 149 y 150 del COIP(2014), ya que no es posible exigir un tipo de conducta específico a las mujeres, esto es continuar con un proceso de maternidad en contra de su voluntad. En la investigación se verificó que se utiliza primordialmente el derecho penal para garantizar y salvaguardar la vida del nasciturus, sin considerar la eficacia de esta norma, si resulta o no idónea, además de que existen otras medidas más beneficiosas que no suponen un sacrificio extremo de un derecho frente a otro.

Es necesario que el enfoque de la problemática presente soluciones reales, pero para dar una solución efectiva es necesario vislumbrar el problema y el problema no es el aborto per se, sino la existencia de embarazos no deseados que en cuyo caso, el Estado no afronta sus responsabilidades para prevenir que se llegue a este escenario de gestación.

Es imperativo exigir al Estado que brinde un adecuado y oportuno acceso a los servicios de salud, por lo que la penalización del aborto pierde el elemento objetivo de identidad y responsabilidad del causante de la conducta típica, antijurídica y culpable, ya que al no contar con el elemento de voluntad y consciencia, esto es, la mujer al no contar con las herramientas adecuadas para procurar una adecuada salud sexual y reproductiva, mal podría reprochársele y privársele de la libertad por la conducta del aborto, ya que el acceso a la prestación de servicios de atención médica en salud sexual y reproductiva no es universal, y son medidas que el Estado puede mejorar a través de políticas públicas que eviten los embarazos no deseados y los abortos clandestinos.

5.6. CONCLUSIONES

El Estado Ecuatoriano tiene la obligación de dar cumplimiento a lo estipulado en la CRE (2008) así como los compromisos internacionales asumidos a través de la suscripción de tratados internacionales que son incorporados al bloque de constitucionalidad, y por ello evitar y erradicar toda acción que concluya en discriminación y menoscabo de derechos hacia las mujeres.

La demanda de inconstitucionalidad exige que la Corte Constitucional realice el respectivo control constitucional de las normas contenidas en los artículos 149 y 150 del COIP a fin de que se realice el test de proporcionalidad adecuado, se expulse el contenido de las mismas que vulnera los derechos de salud sexual y reproductiva de las mujeres; y que se exhorte al Gobierno Central, a los Ministerios de Educación y salud a fin de que adopten las políticas públicas necesarias para evitar los embarazos no deseados y los abortos clandestinos.

CONCLUSIONES

En el desarrollo de esta tesis, se recabó variada información con la finalidad de contribuir a la generación de nuevos contenidos que enriquezcan los aportes que se realizan al derecho constitucional, por tanto, al finalizar esta investigación se ha podido concluir que:

- El cuidado y protección de la vida desde la concepción está considerado en el artículo 45 de la CRE (2008), se considera que el nasciturus es un ente vivo de naturaleza humana que va alcanzando niveles de protección conforme a su desarrollo, sin embargo de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Idh, no puede considerarse al nasciturus como sujeto de derechos; y el sentido en el que se ha desarrollado el derecho de cuidado y protección refiere un enfoque de género que evidencia las inequidades en la distribución de las tareas asociadas a estereotipos de género que discriminan y excluyen a la mujer de su participación en la vida social y pública, relegándola a espacios domésticos en calidad de cuidadora y madre.
- Los derechos sexuales y reproductivos están contemplados normativamente en el artículo 66 numerales 9 y 10 de la CRE (2008), además de que se consideran en conjunto en el Plan Nacional de Salud Sexual y reproductiva (2017), sin embargo, al realizar el análisis correspondiente se evidencia que el ejercicio y desarrollo de estos derechos está estrechamente ligados no solo a la facultad personal, sino que es necesaria la ejecución estatal de proveer la información adecuada, transparente y objetiva además del acompañamiento de los servicios de salud de calidad para que las personas, sobre todo las mujeres puedan tomar decisiones libres e informadas sobre su vida sexual y reproductiva, en particular sobre cuándo y cuantos hijos tener.
- Si bien la CRE(2008) garantiza el cuidado y protección de la vida desde la concepción, no señala que debe existir una sanción privativa de la libertad para lograr esta protección, sino que de acuerdo al análisis realizado por la Corte Constitucional en la sentencia 34-19.IN existen varias medidas que pueden prevenir y proteger la vida sin sancionar penalmente la conducta, además de que se deja claro la misión del Estado de prestar los servicios educativos y de salud adecuados sin los cuales se pierde el elemento de

imputabilidad de la mujer que comete esta conducta por cuanto no le puede ser exigida una responsabilidad sobre la cual no se le han otorgado plenas herramientas para observar y actuar con el objetivo deber de cuidado en su conducta y toma de decisiones sexuales y reproductivas.

- De ningún modo pretende equipararse el aborto a un método anticonceptivo regular, sin embargo queda evidenciado que no se está atacando al problema real, que son los embarazos no deseados, sino que a través de un excesivo uso del derecho penal se pretende proteger la vida desde la concepción sin que se haga un enfoque adecuado y eficaz de la problemática para lograr soluciones reales que garanticen el ejercicio de derechos de ambos, tanto del nasciturus en forma gradual y progresiva, como de la mujer gestante y sus decisiones libres dentro del marco de derechos de salud sexual y reproductiva.
- No es constitucional que se limite el ejercicio de decisión de la salud sexual y reproductiva a través de la penalización del aborto, puesto que previo a tipificar estas conductas el Estado debe tomar medidas más efectivas y conducentes para garantizar el acceso a información objetiva, a la prestación de servicios de salud de calidad y el acceso a métodos anticonceptivos que permitan una toma de decisiones de forma responsable y libre por parte de las personas, por lo que previo a tipificar esta conducta el Estado debe cumplir sus obligaciones prestacionales y no endilgar la responsabilidad de sus omisiones a la penalización de la mujer que no ha recibido educación sexual, no ha sido atendida en los servicios de salud, no se le han provisto métodos anticonceptivos de calidad, tiene un embarazo no deseado y decide abortar.

RECOMENDACIONES

Al concluir esta tesis, se ha podido evidenciar que es necesario lo siguiente:

- Es necesario que existan las capacitaciones adecuadas en todos los niveles, tanto laborales como educativos, para que todas las personas de Ecuador, comprendan la relevancia del ser humano dentro de la Constitución como eje normativo así como dentro del Estado, puesto que al tener un enfoque neo constitucional la razón de ser del Estado Ecuatoriano y del aparato normativo es procurar el bienestar del ser humano mas no la permanencia y beneficio absoluto del ente jurídico ficticio, así que se debe satisfacer y procurar la responsabilidad de cumplimiento de derechos y obligaciones que beneficien a las personas, no a las instituciones.
- Se recomienda a la Asamblea Nacional que, al momento de discutir la legislación pertinente a la despenalización del aborto tenga en consideración que no se puede sacrificar los derechos de la mujer gestante sin considerar medidas más eficaces que garanticen la protección de la vida desde la concepción, considerando las constantes deudas del Estado frente a la provisión de servicios de educación, salud y vivienda que debe cubrir, que al ser trasladados a la mujer gestante al ser responsable del bebé e imponerle el ejercicio de la maternidad no deseada, precariza aún más el acceso y conlleva a reproducir los círculos de pobreza crónica. Es decir, no se puede tener al aborto como una herramienta para reducir los índices de pobreza, sin embargo, si debe reforzarse los servicios de orientación sexual, planificación y de salud para que, al momento de construir una familia, las personas puedan tomar decisiones libres, responsables e informadas.
- Es necesario instar al Ministerio de Educación y al Ministerio de Salud Pública, a fin de que se articulen adecuadamente las mallas curriculares y programas de educación sexual para que contengan un enfoque objetivo que faculte la toma de estas decisiones sobre la salud sexual y reproductiva de forma independiente, libre, objetiva y responsable.
- Además, el Ministerio de Salud Pública debe garantizar en todo el territorio nacional, el acceso a métodos de planificación familiar con la guía y orientación adecuadas, lejos de sesgos religiosos u ortodoxos que generan desconocimiento, acciones arriesgadas e irresponsables producto de la

propia desinformación y acceso a métodos de planificación familiar. Debe capacitarse al personal de salud para que brinde esta información y guía de manera objetiva a todas las personas.

- El Estado cuenta con los recursos para optimizar la protección de los derechos tanto de las mujeres, futuras gestantes, así como procurar el cuidado y protección del nasciturus sin penalizar el aborto, por tanto se recomienda que garantice y provea de un óptimo acceso a educación sexual de calidad, provisión de métodos anticonceptivos y orientación sobre planificación familiar; y, en caso de que exista la necesidad de efectuar un aborto, este ocurra en lugares seguros, sin exponer a las mujeres al reproche, criminalización y practicas inseguras en lugares clandestinos.

El Estado Ecuatoriano al incorporar la CRE (2008) al marco normativo contemplado en el neoconstitucionalismo se consolida como un Estado de derechos y justicia social, cuyo objeto y fin es el bienestar y armonía del ser humano con sus semejantes y con la naturaleza, por tanto el cumplimiento de los derechos contemplados en el texto normativo así como en los tratados e instrumentos internacionales incorporados al bloque de constitucionalidad procuran garantizar el desarrollo y bienestar integral de las personas como mandantes del Estado Ecuatoriano.

Durante el desarrollo de esta investigación, se ha configurado un criterio que ratifica y valora los derechos exigibles de las mujeres como seres humanos pero así mismo reconoce el valor de la vida desde la concepción, en tanto representa la génesis de la persona al ser parte de la especie humana y estar vivo, sin embargo, el desarrollo de esta vida al ser progresivo y dependiente del cuerpo de la mujer gestante no puede primarse su existencia y protección marginando los derechos, independencia y autonomía en la toma de decisiones de la mujer, esto es cuando y cuantos hijos tener, ya que todos los derechos están al mismo nivel y no existe jerarquía que brinde primacía a unos derechos por sobre otros.

Es necesario que se procure proteger la vida desde la concepción, pero a través de herramientas eficaces que no anulen la capacidad volitiva y determinación de la madre, sino que la consideren y brinden a la mujer todas las herramientas para que

esta pueda decidir por sí misma, de forma independiente, libre, objetiva y responsable las oportunidades de conformación y planificación familiar de acuerdo a sus propias expectativas, planes y proyectos de vida, sin necesariamente llegar al aborto.

La propuesta tiene la intención de que a través de las políticas públicas necesarias y eficaces, las mujeres puedan decidir, por medio de la adecuada orientación médica y psicológica para que accedan a servicios médicos de calidad y métodos anticonceptivos brindados de forma gratuita por el Estado Ecuatoriano para controlar eficientemente la natalidad, sin necesidad de sacrificar sus derechos sexuales, ya que al ser seres humanos también tienen derecho de gozar de su sexualidad sin que este ejercicio se ligue imperativamente a la figura de la maternidad. Y en el caso de que surgiese un embarazo no deseado, la mujer pueda acceder a los servicios médicos y psicológicos que le ayuden a tomar la decisión de abortar o gestar sin que haya coacciones, discriminación se someta a prácticas clandestinas e inseguras que arriesguen su vida.

El Estado tiene la obligación de garantizar y proteger la vida tanto del nasciturus como de la mujer a través de medios idóneos que no necesariamente implican la aplicación de una política criminal populista que no resuelve los problemas sociales de acceso a abortos clandestinos, sino de la puesta en marcha de políticas públicas educativas y de salud objetivas, claras, transparentes, públicas y con enfoque de género que respeten y cuiden la vida de la mujer y eviten embarazos no deseados. Es necesario insistir que la aplicación del derecho penal debe ser de última instancia y solo cuando los demás medios con los que cuenta el Estado hayan demostrado ser poco eficaces, sin embargo, de lo expuesto en esta investigación, es claro que el Estado prefiere recurrir principalmente al derecho penal para solucionar conflictos sociales, generando costos por la omisión de aproximadamente más de 440 millones de dólares anuales, frente a los 27 millones que representan los costos de prevención.

Es importante tomar en cuenta que la mujer tiene derecho a que se erradiquen todas las formas de discriminación y aquellas normas legales que vulneren sus decisiones, como por ejemplo la penalización del aborto, ya que, esto significa que no hay políticas educativas y de salud adecuadas que permitan un acceso a

información clara y oportuna que le de las herramientas necesarias para planificar su proyecto de vida y contribuir a la participación en la vida social y política de los países.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional. (2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Quito, Ecuador: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador: Registro Oficial.
- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador: Registro Oficial.
- Asociación Mundial para la Salud Sexual. (1999). Derechos Sexuales. Recuperado de [espill.org: https://www.espill.org/wp-content/uploads/2016/01/Derechos-Sexuales-1997.pdf](https://www.espill.org/wp-content/uploads/2016/01/Derechos-Sexuales-1997.pdf)
- Capurro, M. (2019). La penalización del aborto en casos de violación ocurrida a mujeres sin discapacidad mental ¿colisión de derechos? un análisis desde el derecho comparado. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Carranza Jimenez, D. C. (2019). Más de 430 mujeres afrontaron un proceso legal en Ecuador por abortar. Recuperado de: <https://www.aa.com.tr/es/mundo/m%C3%A1s-de-430-mujeres-afrontaron-un-proceso-legal-en-ecuador-por-abortar/1593302>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2017). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>
- Comités Monitores de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (2018). Jurisprudencia sobre Derechos Humanos de las Mujeres 2018. Recuperado de: [https://cladem.org/jurisprudencia.cladem.org/categoria/ecuador/Comit%C3%A9 de los Derechos Humanos Observaciones referidas a las mujeres y las niñas/Comit%C3%A9 de los Derechos Humanos Observaciones referidas a las mujeres y las niñas.pdf](https://cladem.org/jurisprudencia.cladem.org/categoria/ecuador/Comit%C3%A9%20de%20los%20Derechos%20Humanos%20Observaciones%20referidas%20a%20las%20mujeres%20y%20las%20ni%C3%B1as/Comit%C3%A9%20de%20los%20Derechos%20Humanos%20Observaciones%20referidas%20a%20las%20mujeres%20y%20las%20ni%C3%B1as.pdf)

- Comité de los Derechos del Niño. (2017). Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador. Recuperado de: <https://acnudh.org/load/2017/10/G1732795.pdf>
- Comité contra la Tortura. (2017). Observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre el séptimo informe periódico del Ecuador, en su 1490 sesión celebrada el 28 de noviembre de 2016. Recuperado de: <https://www.dpe.gob.ec/wp-content/dpemnpt/2021/11/OPCAT-observaciones-finales-septimo-informe-periodico-ecuador.pdf>
- Consejo Económico y Social, C. (2012). Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe de Ecuador, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su cuadragésimo noveno período de sesiones (14 al 30 de noviembre de 2012). Recuperado de: https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.ECU.CO.3_sp.pdf
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). Proceso de inconstitucionalidad contra los artículos 122, 123, 124 y 32 numeral 7 del Código Penal, Sentencia 355/06. Recuperado de: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2006_sentenciac355_colombia.pdf
- Corte Constitucional de Colombia. (2022) Comunicado de Prensa 5, Sentencia C-055-22. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20de%20prensa%20Sentencia%20C-055-22%20-%20Febrero%202021-22.pdf>
- Corte Constitucional de Ecuador. (2021) Sentencia Despenalización del aborto en caso de violación, 34-19-IN Recuperado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidiZGE2NDE0YS1jNDI1LTQzMGMtYWVViNi1jYjY0ODQ1YTQ2NWUucGRmJ30=
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Sentencia Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, 3-19-JP. Recuperado de: <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2020/09/3-19-JP-y-acumulados-firmado-1.pdf>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, Serie C No. 257. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, Serie C No. 359. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf
- Ceballos, F. (2021) Teoría Heterogénea del concepto de persona en derecho. Medellín, Colombia: Estudios de Derecho.
- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (1969). Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Crespo, A. (2017). Supremacía Constitucional y Despenalización del Aborto. Ambato, Ecuador: UNIANDDES
- Cuevas, M. A. (s. f.). LAS TRES GENERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS. Recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/viewFile/5117/4490>
- Cuesta Orellana, Lourdes;. (2019). Acta 611. *Acta 611 Asamblea Nacional*, (pág. 108). Quito, Ecuador: Asamblea Nacional.
- Diccionario de la Real Academia. (2021). Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/cuidado>
- Flores, J. (2020). Consecuencias socio-jurídicas de la penalización del aborto en mujeres víctimas de violación. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Fondo de Población de las Naciones Unidas. (2016). *Salud sexual y reproductiva*. Recuperado de: <https://www.unfpa.org/es/salud-sexual-y-reproductiva>

- Gracia Ibáñez, J. (2022). Derecho al cuidado: un abordaje desde los derechos (humanos): (The right to care: A (human) rights approach). Recuperado de: <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1330>
- Gupta, R. C. (s. f.). Métodos anticonceptivos ¿Cuál es su grado de eficacia? Recuperado de Kidshealth.org website: <https://kidshealth.org/es/teens/bc-chart.prt-es.html>
- Lema, L. (2020). La Despenalización del aborto por la causal de Violación en el Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.
- Mata, L. (2019) Diseños de investigaciones con enfoque cuantitativo de tipo no experimental. Recuperado de: <https://investigaliacr.com/investigacion/disenos-de-investigaciones-con-enfoque-cuantitativo-de-tipo-no-experimental/>
- Mata, L. (2019). El enfoque cualitativo de la investigación. Recuperado de: <https://investigaliacr.com/investigacion/el-enfoque-cualitativo-de-investigacion/>
- Mata, L. (2019). Profundidad o alcance de los estudios cuantitativos. Recuperado de: <https://investigaliacr.com/investigacion/profundidad-o-alcance-de-los-estudios-cuantitativos/>
- Ministerio de Salud Pública del Ecuador. (2017). Plan Nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva. Quito, Ecuador: Viceministerio de Gobernanza de la Salud Pública.
- Montaño, S. (s.f.). Los derechos reproductivos de la mujer. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11999.pdf>
- Narváez, M. (2017). El discurso de Presidente de la República de Ecuador frente al proceso legislativo sobre penalización del aborto en casos de violación sexual. México, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Sede Académica México.
- OMS. (1978). Aborto Provocado. Informe de un grupo científico. Serie de Informes Técnicos N°623. Ginebra, Suiza: OMS.

- OMS. (2020). Prevención del aborto peligroso. Recuperado de: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/preventing-unsafe-abortion>
- ONU (2020) Nueve de cada diez personas tienen prejuicios contra las mujeres. Recuperado de: <https://news.un.org/es/story/2020/03/1470611>
- ONU Mujeres. (2016). Mujeres ecuatorianas dos décadas de cambios 1995-2015. Quito, Ecuador: ONU Mujeres Ecuador.
- Orozco, L. A. F. (2020). Una mirada a la evolución de los derechos humanos. Recuperado de: <https://www.amnistia.org/ve/blog/2020/04/14362/una-mirada-a-la-evolucion-de-los-derechos-humanos>
- Ortiz, E. (2016). Las escalofriantes cifras del aborto en Ecuador me convirtieron en pro-choice. Recuperado de <https://gk.city/2016/08/15/las-escalofriantes-cifras-del-aborto-ecuador-me-convirtieron-pro-choice/>
- Pautassi, L. (2018). El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato. México, México: *Revista de la Facultad de Derecho de México*.
- Perez, A. (2020). La protección de los derechos sexuales y reproductivos en tiempos de covid-19. Santiago, Chile: *Anuario de Derechos Humanos*.
- Piuras, D. (2020). Informe del Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/HRC/44/48/Add.1>
- Surkuna, Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos. (2021). Monitoreo de Políticas de Salud Reproductiva en el marco de respuestas al brote de COVID-19. Recuperado de: <https://saludreproductivavital.info/wp-content/uploads/2020/12/ECUADOR.-FINAL-la-salud-es-vital-2020-2.pdf>
- Uriarte, J. (2020). Investigación Documental. Recuperado de <https://www.caracteristicas.co/investigacion-documental/#ixzz6XsezfMzH>
- Valencia López, V. E. (s.f.). Revisión documental en el proceso de investigación. Recuperado de <https://univirtual.utp.edu.co/pandora/recursos/1000/1771/1771.pdf>

Tribunal Constitucional de Chile. (2017). Inconstitucionalidad del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, Boletín N°9895-11. Recuperado de: <http://bcn.cl/2l18w>

ANEXOS

ANEXO 1

Eficacia de los Métodos Anticonceptivos

De acuerdo a la MD, Rupal Cristine Gupta, ha señalado que:

Algunos métodos anticonceptivos son más eficaces que otros. La tabla de la página siguiente compara la eficacia de varios métodos anticonceptivos distintos.

La forma más eficaz de evitar el embarazo es la abstinencia sexual, es decir, abstenerse de mantener relaciones sexuales. De todos modos, durante el primer año de comprometerse en la abstinencia, muchas parejas se acaban quedando embarazadas porque acaban manteniendo relaciones sexuales no planificadas sin usar ningún tipo de protección. Por lo tanto, es una buena idea que hasta las personas que no tengan la intención de mantener relaciones sexuales se informen bien sobre los métodos anticonceptivos.

Las parejas que mantienen relaciones sexuales deben utilizar métodos anticonceptivos *de forma adecuada* y *cada vez* que mantengan relaciones sexuales para evitar el embarazo. Por ejemplo, comprimidos anticonceptivos (también llamados "anticonceptivos orales" o "anovulatorios") pueden ser muy eficaces para evitar el embarazo. Pero, si una chica se olvida de tomar sus comprimidos cuando le tocan, dejará de ser un método eficaz. Los condones también suelen ser una forma eficaz de evitar los embarazos. Pero, si un chico se olvida de utilizarlo o no lo utiliza correctamente, no será una forma eficaz de evitar el embarazo.

De cada cien parejas que utilizan cada tipo de método anticonceptivo, la tabla indica cuántas de esas parejas se quedarán embarazadas en un año. Esta información se refiere a *todas* las parejas, no solo a las parejas de adolescentes. Algunos métodos anticonceptivos pueden ser menos eficaces en los adolescentes. Por ejemplo, las adolescentes que utilicen el método Ogino (o de abstinencia periódica basada en el ciclo menstrual) seguramente tendrán más probabilidades de quedarse

embarazadas que las mujeres adultas, porque sus cuerpos aún no han establecido un ciclo menstrual regular.

Relacionaremos la eficacia de cada método anticonceptivo basándonos en su uso típico. "Uso típico" se refiere a cómo utiliza un método anticonceptivo una persona promedio (a diferencia del uso "perfecto", en el que no se comete ningún error).

Los métodos anticonceptivos pueden ser:

- **completamente eficaces**, lo que significa que ninguna pareja se quedará embarazada mientras utiliza el método
- **muy eficaces**, lo que significa que entre una y dos de cada 100 parejas se quedarán embarazadas mientras utilizan el método
- **eficaces**, lo que significa que entre dos y 12 de cada 100 parejas se quedarán embarazadas mientras utilizan el método
- **moderadamente eficaces**, lo que significa que entre 13 y 20 de cada 100 parejas se quedarán embarazadas mientras utilizan el método
- **poco eficaces**, lo que significa que entre 21 y 40 de cada 100 parejas se quedarán embarazadas mientras utilizan el método
- **no eficaces**, lo que significa que más de 40 de cada 100 parejas se quedarán embarazadas mientras utilizan el método

Aparte de evitar el embarazo, la abstinencia sexual y el uso de condones ofrecen protección contra las enfermedades de transmisión sexual (o ETS). De todos modos, la mayoría de los demás métodos anticonceptivos no sirven para proteger de las ETS, por lo que también se deben añadir los condones con esta finalidad.

Figura 12:

Métodos anticonceptivos	¿Cuántas parejas que utilizan este método se quedarán embarazadas en un año?	¿Cuál es su grado de eficacia para evitar el embarazo?	¿Puede proteger de las ETS?
-------------------------	--	--	-----------------------------

<u>Abstinencia sexual</u>	Ninguna	Completamente eficaz	Sí
Implante anticonceptivo	Menos de 1 de cada 100	Muy eficaz	No
DIU	Menos de 1 de cada 100	Muy eficaz	No
Parche anticonceptivo ("el parche")	9 de cada 100	Eficaz	No
<u>Comprimido anticonceptivo ("la píldora")</u>	9 de cada 100	Eficaz	No
<u>Anillo anticonceptivo ("el anillo")</u>	9 de cada 100	Eficaz	No
<u>Inyección anticonceptiva</u>	6 de cada 100	Eficaz	No
Contracepción poscoital de urgencia ("La pastilla del día después")	Hasta 11 de cada 100 (si se toma durante las primeras 72 horas después de un coito no protegido)	Eficaz	No
Preservativo masculino (o <u>condón</u>)	18 de cada 100	Moderadamente eficaz	Sí
Diafragma	12 de cada 100	Moderadamente eficaz	No
<u>Preservativo femenino</u>	21 de cada 100	Poco eficaz	Sí
<u>Método Ogino (o de abstinencia periódica basada en el ciclo menstrual)</u>	24 de cada 100	Poco eficaz	No
Espermicida	29 de cada 100	Poco eficaz	No
<u>Coitus interruptus ("la marcha atrás")</u>	27 de cada 100	Poco eficaz	No

Coito sin protección	85 de cada 100	No eficaz	No
----------------------	----------------	-----------	----

Fuente: <https://kidshealth.org/es/teens/bc-chart.html>, 2016

ANEXO 2

Voto Concurrente doctor Ramiro Ávila, sentencia No. 34-19-IN de 28 de abril de 2021, emitida por la Corte Constitucional

SENTENCIA No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS

VOTO CONCURRENTENTE

Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría

1. Estoy de acuerdo con todos los argumentos y con la decisión en la sentencia aprobada con ponencia de la jueza Karla Andrade Quevedo. Me permito razonar mi voto para resaltar la importancia del caso y el avance jurisprudencial que la Corte Constitucional ha realizado al aprobar, con el apoyo de siete jueces y juezas, el fallo.

2. Este voto concurrente, como lo he explicado en otra causa¹, debe entenderse como un voto a favor tanto de la decisión como de las razones que lo sustentan. La justificación de este voto permite resaltar aspectos relevantes de la sentencia, profundizar argumentos, destacar la importancia del precedente que se aprueba, y, también, dar algunas razones en contra de las objeciones realizadas a la sentencia de mayoría.

3. El voto razonado lo dividiré en tres partes: (1) el contexto y la importancia del caso; (2) las objeciones realizadas al precedente jurisprudencial; (3) el objeto de la sentencia: despenalización del aborto por violación.

(1) El contexto y la importancia del caso

4. La sentencia, cuando realiza la ponderación de derechos, recoge datos sobre la situación de la mujer que interrumpe voluntariamente el embarazo.

5. Entre otros datos, 3 de cada 4 mujeres realizaron de forma insegura un aborto; el 15.6% de muertes maternas corresponden a abortos clandestinos²; 1 de cada 4 mujeres ha sufrido violencia sexual durante su vida; solo en denuncias (que no son nunca todos los hechos de violencia acaecidos), 14.500 mujeres fueron violadas, de esas personas el 47.5% corresponde a mujeres menores de 14 años; diariamente hay 42 denuncias por violencia sexual; 65% de los casos fueron cometidos por un familiar; hay un promedio de 10 violaciones por día; 3.864 niñas menores de 14 años fueron madres por violencia sexual y el 11% de muertes maternas correspondió a adolescentes.³

6. La sentencia no es ajena a algo que suelen olvidar quienes están contra del aborto: las múltiples violencias, estructurales y multidimensionales, que es víctima la mujer.⁴ En el caso que se trata, la mujer es víctima de violación, también del sistema penal al criminalizarla por el aborto y de los servicios clandestinos de salud:

¹ Corte Constitucional, Voto concurrente de la sentencia No. 365-18-JH/21, párrafo 5.

² Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 144.

³ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 144, 176 y 178.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 153.

... tenía 13 años, comenzó a sentirse extraña y empezó a notar que su cuerpo cambiaba, pero no sabía lo que le pasaba... nunca recibió educación sexual... estaba embarazada de su padre... se deprimió y pensó en quitarse la vida, botándose de una quebrada...⁵

... sufrió violencia por parte del personal de salud... “cómo es posible que haya podido abrir las piernas antes y ahora para parir no quiere” ...⁶

... el agente policial... le preguntó cómo se había sentido durante las violaciones, si le había gustado, si las había disfrutado⁷.

...me dice desvístase... me hizo tomar unas pastillas y me puso unos como óvulos en la vagina... ...llegué a mi casa estuve recostada y sí que dolía, nunca he tenido cólicos, entonces sí fue doloroso, fue como que se te desgarraba algo por dentro...⁸

... me sedaron... ellos no te dicen nada con tal de que tú les pagues, hacen y ya, luego te dicen que hagas de cuenta que a ese lugar no... es algo feo, yo sentía como me iba sacando⁹.

... eso había sido la lavandería... había una camilla donde tú te acostabas y una camilla que era la camilla de operación, un baño horrible... te ponía anestesia general, sin haberte hecho ningún examen, ninguna prueba, nada, vos no sabes si te vas a despertar o no...¹⁰.

7. La clandestinidad para la práctica del aborto en casos de embarazo por violación “ponen en grave riesgo su vida, salud e integridad.”¹¹ Por proteger al nasciturus se atenta contra la vida y la salud de la madre gestante y esto, como afirma la sentencia, es una medida “en exceso gravosa”¹²:

Cuando estaba en primer semestre de la Universidad aborté. Estaba desesperada, no quería ser madre, recién empezaba a estudiar. El día del aborto, tuve que encerrarme en el baño de la Universidad... Yo solo quería gritar del dolor, pero lloré en silencio. Como el dolor era insoportable, tenía miedo de que al llegar a la casa lo noté mi familia, entonces fui acostada en la parte trasera de un taxi hacia

⁵ Human Rights Watch (HRW), “Criminalización de las víctimas de violación sexual”, disponible en <https://www.hrw.org/es/report/2013/08/23/criminalizacion-de-las-victimas-de-violacion-sexual/el-aborto-ilegal-luego-de-una>.

⁶ HRW, “Criminalización de las víctimas de violación sexual”, disponible en <https://www.hrw.org/es/report/2013/08/23/criminalizacion-de-las-victimas-de-violacion-sexual/el-aborto-ilegal-luego-de-una>.

⁷ HRW, “Criminalización de las víctimas de violación sexual”, disponible en <https://www.hrw.org/es/report/2013/08/23/criminalizacion-de-las-victimas-de-violacion-sexual/el-aborto-ilegal-luego-de-una>.

⁸ Olga Cristina Rosero Quelal, *Amicus Curiae*, 5 de abril de 2021.

⁹ Olga Cristina Rosero Quelal, *Amicus Curiae*, 5 de abril de 2021.

¹⁰ Olga Cristina Rosero Quelal, *Amicus Curiae*, 5 de abril de 2021.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 154.

¹² Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 154.

un hostel, aunque gritaba por dentro: llévenme a un hospital, ¡siento que me muero! Luego en el baño de esa habitación del hostel, sentía que me desangraba y después de un mareo intenso, pasó... El tiempo pasó, pero los gritos de dolor desde la clandestinidad permanecen. Actualmente, tengo terror de quedarme embarazada nuevamente. No disfruto completamente cuando tengo una relación sexual. Después de abortar, tuve una infección que duró años, y por la vergüenza y el miedo no acudí inmediatamente a la doctora. Tengo depresión y ansiedad, en algún momento tuve ideas suicidas.¹³

Hasta la actualidad, no me siento segura con mi cuerpo, me duele saber que en este país soy considerada un objeto, y mi existencia está condicionada por ser un cuerpo gestante¹⁴.

... en mitad del procedimiento desperté. Me dolía todo. Sentía como introducían las pinzas en mi cuello uterino y cómo se derramaban líquidos desde mi vagina. "No se mueva", "no se mueva que podemos perforarla" me decían. Mi cabeza daba vueltas y solo sentía un dolor intenso en el vientre y parecía que mi corazón se salía de mi pecho. No sé cuánto duró, pero fue una eternidad. Cuando terminó me llevaron a un cuarto con unas cinco camas más. Me dormí llorando. Desperté cuando otra chica llegaba a "descansar". No paraba de llorar... Le pregunté su nombre y me acerqué adolorida a ella. Nos abrazamos. Lloramos juntas y le dije "vamos a estar bien". Fue lo más humano que tuve durante el proceso¹⁵.

8. A veces los números nos hacen perder la sensibilidad y se pierde de vista que, atrás de cada cifra, existen mujeres de carne y hueso.

El día que aborté, corrí a la casa mientras me bajaba sangre por las piernas y tenía un dolor inmenso en el vientre... Si el aborto fuera legal, me hubiese sentido segura y además no me hubiese tomado pastillas, que nunca supe si afectaron mi salud y pase varias semanas sin dormir y con mucha tensión.¹⁶

Cuando aborté sentí que se me iba todo. Me dolía el alma y el cuerpo, hasta que no aguanté más y tuve que ir a un centro ginecológico, me hicieron un legrado porque no salió todos los restos del bebé, ese aborto fue por violación. Mi experiencia negativa fue que casi me muero desangrada o me podía quedar sin útero por los restos que quedaron del embarazo.¹⁷

9. Esas mujeres tienen vidas, sienten, sufren, mueren en la clandestinidad...

10. Sí. Muchas mujeres, por la penalización del aborto, mueren. Otras pierden para siempre sus proyectos de vida al ser privadas de la libertad.

¹³ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

¹⁴ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

¹⁵ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

¹⁶ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

¹⁷ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

11. Argumentos en contra del aborto sostienen que el cigoto (célula resultante de la unión de un espermatozoide con un óvulo) es una vida humana y que el aborto es un asesinato. No es el espacio para discutir esta afirmación y creo que posiciones como la expresada son respetables. Considero, y esa es mi representación, que la vida de una persona no es comparable con la de un embrión. Sin embargo, cuando entran en conflicto los derechos entre estas dos formas de vida, se debe ponderar los derechos.

12. Aún si se considera que es un acto de violencia “matar” un cigoto y que es también violencia cuando muere una mujer violada por someterse a una práctica de aborto inseguro, las cifras apuntan a que hay más violencia (más muertes y más daño) cuando se criminaliza el aborto.

13. Despenalizar el aborto no significa que la Corte promueve el aborto ni que se está invitando a las mujeres a que aborten. Despenalizar el aborto significa valorar la vida y dignidad de las mujeres y prevenir su muerte. Si una de las finalidades del Estado es garantizar la vida, desde la perspectiva de la salud pública, se debe optar por el medio que menos daño produzca. Uno de los medios, es descriminalizar el aborto, que no es sinónimo en modo alguno a legalizarlo o promoverlo.

14. Si se compara el número de abortos producidos antes y después en países donde se ha descriminalizado el aborto, no hubo incremento del aborto.¹⁸ Por otro lado, la criminalización no impide que las mujeres sigan optando por abortar, sino que promueve la búsqueda de alternativas al aborto. Lo que provoca, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), mayor morbilidad y mortalidad.¹⁹

15. Considero que este paso que ha dado la Corte Constitucional constituye una conquista histórica y jurídica por parte de los movimientos feministas del Ecuador y que el Estado tiene que brindar todas las condiciones para que las mujeres que abortan tengan acceso a un sistema salud digno y seguro, sin estigmatizas.

16. La Corte, una vez más, se decanta por la vida, por los derechos y por un Estado más inclusivo y menos violento contra las mujeres.

(2) Las objeciones realizadas al precedente jurisprudencial

17. Durante las diversas deliberaciones en la Corte, se esgrimieron diversas argumentaciones en contra de la decisión tomada por mayoría, sobre las que conviene argumentar, tal como se hicieron en los debates dentro de la Corte: i) la Corte asume competencias propias de la Asamblea Nacional, ii) la vida del *nasciturus* se protege mediante la criminalización del aborto y la interpretación literal de la norma constitucional, iii) existencia de una “agenda” en la Corte, iv) no hay regulación sobre

¹⁸ El caso de Holanda y Portugal es ejemplificador. En el caso de Portugal se compara con Brasil. Mientras en Portugal, país que despenalizó el aborto, disminuyó el número de abortos, en Brasil, país que criminaliza el aborto, aumento.

¹⁹ OMS. “Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud”, página 90.

todos los efectos de la sentencia y debería diferirse sus efectos; y v) la necesidad de una audiencia.

i) La Corte asume competencias propias de la Asamblea Nacional

18. La sentencia no evade uno de los debates más importantes para la comprensión del Estado y la democracia constitucional: la relación entre la función legislativa y la Corte Constitucional. La objeción democrática consiste en considerar que un “puño” de personas, a quienes se les designó como jueces y juezas, no tienen legitimación de origen (no son electos), no representan y deciden precedentes con fuerza normativa general.

19. La sentencia reconoce que la Función Legislativa “*es el órgano representativo por antonomasia*”²⁰, puede tipificar infracciones penales y tiene límites en el ejercicio de sus competencias. Entre los límites que señala la sentencia están la proporcionalidad, la mínima intervención penal y la armonía con la protección y garantías de derechos²¹.

20. Por su parte, la Corte Constitucional tiene la competencia para “*conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad.*”²² La esencia de esta competencia radica precisamente en la admisión de la posibilidad de que la Asamblea Nacional no respete los límites impuestos en la Constitución a su accionar legislativo.

21. La Corte Constitucional es garante de la Constitución. Si cualquier persona, entidad o función del Estado no respeta la Constitución, entonces la Corte puede declarar su violación mediante las acciones y garantías pertinentes.

22. La competencia para revisar la constitucionalidad de una ley, aún si se la aprueba por mayoría absoluta del Parlamento, forma parte de la Constitución y su ejercicio no significa una ruptura del orden jurídico, sino más bien una confirmación de la democracia constitucional que está vigente en el Ecuador.

23. Los derechos no se votan. Una mayoría parlamentaria no puede ni debe vulnerar derechos. Los derechos son límites a cualquier tipo de poder. Cuando los derechos no tienen la potencialidad de limitar los poderes, entonces el poder adquiere contornos que terminan acumulando poder, oprimiendo y vulnerando derechos.

24. Un conocido e importante profesor de derecho penal tiene una metáfora relacionada con el poder punitivo.²³ El poder punitivo es como las aguas turbias que anegan a una ciudad. Cuando las aguas no tienen límites arrasan la ciudad acabando con todo. Esos límites operan como diques inteligentes que permiten administrar las aguas de tal modo que la vida en la ciudad sea posible. Los límites son los derechos y garantías. La ciudad

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 97.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 107 al 110.

²² Constitución, artículo 436 (2).

²³ Eugenio R. Zaffaroni y otros, *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2002) página 83.

es la democracia y las personas que la habitan. Quienes administran esos diques inteligentes, los derechos y garantías, son en general los juristas y en particular los jueces y juezas. Las aguas turbias son el poder punitivo (cárceles, allanamientos, detenciones arbitrarias, prisión preventiva sin justificación, condenas desproporcionadas, ejecuciones extrajudiciales, masacres).

25. De lo que se trató en este caso es discernir si el poder punitivo, abierto mediante la tipificación de un delito, abusa cuando criminaliza a una mujer que ha sido violada y ha abortado por negarse a tener una maternidad forzada. Corresponde a la Corte Constitucional poner un dique o permitir que el poder legislativo legisle en contra de una mujer violada y se la pueda encarcelar.

26. Cuando una Corte, con la mayoría que permite el sistema jurídico para aprobar una decisión, decide en contra de una ley vigente, resuelve su validez al contrastar la norma legal con la Constitucional. No es tolerable, por más mayoría que apruebe una ley, tener leyes vigentes que vulneran los derechos.

27. La Corte ejerce una competencia constitucionalmente reconocida. No usurpa la competencia legislativa. La Corte Constitucional está para respetar, garantizar y promover derechos. Dentro de ese marco, también delibera y tiene el deber de argumentar (motivar) la sentencia. Una sentencia sería, entonces, arbitraria si es que permite la violación de derechos, es producto de la imposición (independencia interna y externa) y no argumenta.

28. La sentencia que ha aprobado la Corte ha sido el efecto de mucho estudio y trabajo por parte de la jueza ponente, se ha nutrido de múltiples *amici curiae* a favor y en contra de la norma impugnada, ha recibido, en sus borradores y discusiones internas, comentarios, críticas y sugerencias.

29. La sentencia cumple, desde mi opinión, con todos los criterios para que se considere que cumple con la finalidad para la cual se otorgó competencia a la Corte para invalidar una norma aprobada por la Asamblea Nacional (proteger derechos) y tiene argumentos jurídicos sólidos y coherentes (motivación). La sentencia, mirando la realidad y las vidas de muchas mujeres víctimas de violación, aplica normas con enfoque de derechos conforme ordena la Constitución a la Corte.

30. Afirmar que la Corte no tiene competencia para invalidar una norma aprobada por la Asamblea Nacional simplemente por el hecho de no estar de acuerdo con el contenido de un fallo, demuestra falta de argumentos y un desconocimiento de las normas constitucionales y legales.

ii) La vida del *nasciturus* se protege mediante la criminalización del aborto y la interpretación de la norma constitucional

31. El *nasciturus* tiene derecho al cuidado y protección de la vida, lo reconoce la Constitución. Concretamente establece que “[e]l Estado reconocerá la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.”²⁴

32. La objeción asume que las palabras “*cuidado y protección*” se las realiza mediante la criminalización a la mujer violada que aborta. Y que, en consecuencia, la Corte ha reformado la Constitución saltándose el procedimiento constitucional.

33. Desde la simple lectura del texto constitucional, no existe, como se ha afirmado por quienes se oponen al fallo aprobado por mayoría, un mandato de criminalización y, más bien, es cuestionable considerar que la ley penal protege bienes jurídicos.

La ley penal no protege bienes jurídicos

34. La sentencia adopta la teoría de los bienes jurídicos²⁵ y considera que son “*la protección de la vida del nasciturus como un valor constitucional*”, al igual que “*la libertad e indemnidad sexual que se relacionan con la integridad personal de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación.*”²⁶

35. Comparto la teoría del bien jurídico en materia penal, siempre que se entienda como tal un derecho o un principio de rango constitucional. En este sentido, el bien jurídico es un dique más para limitar el poder punitivo estatal. Permitir que la justicia penal opere, o sea que el mecanismo más violento permitido del Estado entre en funcionamiento, tendría legitimidad si se lo hace cuando se han vulnerado derechos y principios reconocidos constitucionalmente.

36. La Función Legislativa no tendría legitimidad para crear cualquier tipo penal si es que no hay un bien jurídico reconocido constitucionalmente.

37. El sistema jurídico reconoce mecanismos para tutelar y proteger derechos. Los mecanismos específicos para prevenir, proteger y reparar derechos son las garantías constitucionales.

38. El derecho penal liberal no tutela ni protege derechos porque no está concebido – desde su origen y sus finalidades- para reparar a las víctimas de violaciones de derechos. El derecho penal interviene cuando hay derechos ya lesionados y para proteger a la persona procesada y condenada del poder punitivo.

39. En el derecho constitucional las víctimas son las protagonistas para exigir sus derechos y repararlos. En el derecho penal las personas procesadas y condenadas son las protagonistas para exigir no ser condenadas si son inocentes o tener una pena proporcional si son culpables.

²⁴ Constitución, artículo 45.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 114.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 115.

40. Por lo dicho, considero que la función legislativa puede, mediante la ley penal, intervenir cuando se lesionan bienes jurídicos que están reconocidos en la Constitución. De lo contrario, ley penal carecería de legitimidad.

41. Ahora bien, por el principio del derecho penal mínimo establecido en la Constitución, conviene establecer si la criminalización es un medio o un fin para cuidar y proteger al *nasciturus* y si hay otros medios menos lesivos a los derechos para garantizar esos mandatos constitucionales.

El derecho penal como un medio no como un fin

42. La norma constitucional, que establece el mandato de “*cuidado y protección desde la concepción*”²⁷, tiene algunos elementos que merecen ser comentados: las obligaciones del Estado, el derecho a la vida, el momento desde el cual comienza la obligación.

43. La Constitución establece un mandato de fin: el cuidado y protección. La Constitución no establece el medio para cumplir ese fin. Al no establecer los medios, se entiende que las autoridades del Estado, en particular quienes representan la función ejecutiva y quienes conforman la función legislativa, tienen un amplio margen de apreciación para escoger los medios siempre que cumplan con el fin establecido constitucional.

44. El medio escogido debería ser el que garantice de manera más efectiva el cumplimiento del fin. La efectividad tiene que ver con la satisfacción del derecho con el menos coste posible. El coste tiene que ver con no sacrificar innecesariamente otros derechos y también con la mejor utilización de los recursos y servicios públicos. En este sentido, si el medio escogido vulnera derechos, genera sufrimientos, ocasiona desperdicio de recursos públicos y provoca más daños que beneficios, entonces ese medio debe ser abandonado y debe buscarse otros medios menos lesivos.

45. El escogimiento de medios, en particular cuando se trata de derechos reconocidos constitucionalmente, debe tomarse en serio, basarse en datos, y debe encuadrarse en un marco conceptual acorde con las normas y principios constitucionales.

46. Como bien establece la sentencia, “*del artículo 45 de la CRE no se desprende ninguna obligación estatal de punición o criminalización de las mujeres víctimas de violación.*”²⁸

Otros medios no penales para proteger la vida del nasciturus

²⁷ Constitución, artículo 45.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 146.

47. La sentencia sugiere, con propiedad, que un medio idóneo para proteger la vida del *nasciturus* y de las mujeres que han sufrido violencias es el diseño de políticas públicas.²⁹

48. Utilizar el sistema penal para proteger, como se explica más adelante, es una ficción y, en lugar de proteger derechos, lo que hace es multiplicar el dolor y sufrimiento de la gente. Urge esa política pública basada en derechos que tome medidas apropiadas y eficaces para prevenir las violencias.

49. Varias agencias de Naciones Unidas han recomendado medidas, que no son penales, para proteger la vida.

50. Entre ellas, la elaboración e implementación de una política pública integral sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, el acceso a la información en materia de planificación familiar, la educación sexual integral basada en derechos y evidencia científica (no en miedos y culpas), el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, la aplicación de planes y estrategias de acción nacional, la promulgación de leyes que prohíban violencia de género, la adopción de medidas para prevenir abortos en condiciones de riesgo, la prestación de asistencia y ayuda psicológica con posterioridad a los abortos, el acceso a medicamentos, equipos y tecnologías para la salud sexual y reproductiva, el aseguramiento a mecanismos de tutela efectiva de derechos.³⁰

51. En pocas palabras, “*la despenalización del aborto, junto con una reglamentación adecuada y la prestación de servicios seguros y accesibles, es el método más expeditivo para proteger íntegramente el derecho a la salud contra posibles violaciones cometidas por terceras partes*”.³¹

El derecho penal como solución a problemas sociales

52. La sentencia invoca el principio de mínima intervención penal y establece “*que la coerción estatal penal no puede ser vista como la solución para toda situación, pues por su afectación a la libertad el derecho penal es de última ratio*.”³²

53. La afirmación realizada en la sentencia nos lleva a preguntar, por un lado, si la prohibición del aborto ha podido prevenir embarazos no deseados o proteger al *nasciturus*; por otro, si más bien lo que ha producido es más daño que beneficio. Los datos recogidos en la sentencia demuestran que no ha logrado ninguno de esos objetivos. Las mujeres siguen acudiendo a lugares clandestinos y poco seguros y las cifras demuestran que hay más muertes y daños con la prohibición.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 147 y 194.

³⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General N. 24.2*, párrafo 29 al 31; Comité de DESC, *Observación General N. 22*, E/C.12/GC/22, 2016, párrafo 49.

³¹ Asamblea General de Naciones Unidas, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/66/254, 3 de agosto de 2011.

³² Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 149.

54. Cuando el poder punitivo produce un daño mayor al que produce un delito, entonces no es legítimo y debe evitarse. El principio de mínima intervención obliga a buscar otras soluciones.

55. La tipificación de delitos y la persecución penal no son mecanismos eficaces para resolver problemas sociales, como la violencia contra las mujeres e, incluso, el alto índice de abortos.

56. La mortalidad materna, los abortos no deseados, la prevención de los embarazos, la maternidad forzada son problemas sociales que se deben resolver con políticas públicas basadas en derechos, no con tipos penales ni con represión. La injusticia social no se resuelve con justicia penal.

La interpretación de la Constitución

57. Como se ha afirmado, la Constitución establece un mandato de cuidado y protección al *nasciturus*. En el mismo texto constitucional, además, la mujer tiene derecho a la vida, la salud, a la autonomía, “*a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.*”³³

58. Existe, pues, una tensión entre dos derechos. Innegable. Según una de las posiciones defendidas en las deliberaciones de la Corte, la norma es clara y no cabe interpretación. Además, la mirada es hecha exclusivamente desde la perspectiva del *nasciturus* sin consideración alguna a los derechos de la mujer. Esta mirada miope sin duda denota un argumento incompleto. La Corte, en la decisión de mayoría hace lo que corresponde cuando hay tensión entre derechos: ponderar.

59. Previo a la ponderación, el gran marco en el cual la sentencia pone el análisis constitucional, y estoy absolutamente de acuerdo, es la interdependencia, indivisibilidad e igual jerarquía de los derechos.³⁴ La conclusión es que no existen derechos absolutos³⁵ y, en consecuencia, cabe la ponderación de derechos en el caso para “*balancear y encontrar un apropiado equilibrio que permita la convivencia de los diversos derechos que reconoce nuestra Constitución.*”³⁶ La interpretación es, como debe ser, no a partir de una norma aislada sino desde la integralidad y de forma sistemática.

60. La aplicación de principio de proporcionalidad y la ponderación realizada por la jueza ponente en la sentencia es ejemplar. Por un lado, reconoce los derechos que están en juego. Por otro, con datos proporcionados por organizaciones internacionales,

³³ Constitución, artículo 66 (10).

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 118 y 120.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 121.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 122.

establece los hechos y las consecuencias que tiene la tipificación de delitos en las mujeres.

61. La sentencia realiza, además, un contundente análisis entre la despenalización del aborto cuando se trata personas con discapacidad que han sido víctimas de violación y de otras mujeres, ante igual hecho violento, que no tienen discapacidad.

62. El criterio para considerar que están en semejante situación no debe ser la discapacidad, sino el consentimiento.³⁷ El primer criterio termina siendo discriminatorio y restringe el ejercicio de derechos. El segundo, el consentimiento, es inclusivo y promueve el ejercicio de derechos. Ambos grupos de mujeres violadas, con o sin discapacidad, sufren la violencia del delito, y también “*las mismas graves consecuencias y secuelas que acarrea una violación.*”³⁸

63. Las mujeres que han sido violadas no deben soportar el peso de la persecución penal. No solo que no es justo sino desproporcionado. Implica la multiplicación del dolor, inseguridad, revictimización y vulneraciones a sus derechos. Las consideraciones de estas voces abonan al ejercicio de ponderación realizado por la Corte en su sentencia de mayoría:

*Yo odiaba la idea de tener hijos por violación y me desgraciaron la vida. Si fuera legal, yo pudiese escoger si lo quiero o no, aunque nadie entiende que tener el hijo de un violador es lo más repugnante y cruel.*³⁹

*...la violó... su madre no le creyó, lo que recibió fue una bofetada por "mentirosa". No hubo denuncia. Hubo silencio. Ahora ella es madre...*⁴⁰

*Ya ha pasado más de un año y no sé por qué sigo llorando. De repente, mientras estoy haciendo cualquier cosa, lloro y no puedo controlarlo. Me tiembla el cuerpo, me siento mal... sucia, avergonzada... la violación es una herida que no sana nunca. No importa que te hayan violado hace diez años, duele ahora...*⁴¹

*Mi segunda violación fue por parte de mi hermano, tenía 15 años... mi papá respondió que era mi culpa...*⁴²

64. Al final, la legislación ecuatoriana ya ha despenalizado el aborto cuando ha admitido el aborto en ciertas causales. Lo que hace la Corte es evitar una discriminación sin justificación entre mujeres violadas con discapacidad y mujeres sin discapacidad, y adecuar el sistema jurídico a los prescrito en la Constitución y evitar tratos discriminatorios que acaban vulnerando derechos. La tarea que debió haber hecho el

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 132 y 169.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 172.

³⁹ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁴⁰ Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.

⁴¹ Nancy Carrión Sarzosa, *Amicus Curiae*, 25 de abril de 2021.

⁴² Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.

legislador de eliminar las normas discriminatorias, le correspondió, por las demandas presentadas, a la Corte.

iii) Existencia de una “agenda” en la Corte y el activismo

65. En las deliberaciones se afirmó la existencia de una agenda y que algunos jueces y juezas están haciendo un “*check list*”. Además, se sostuvo que algunos jueces y juezas hacen “activismo judicial.”

66. Los miembros de la Corte han demostrado, mediante la jurisprudencia desarrollada hasta el momento, que, si hay alguna agenda, tiene que ver con la resolución conforme a derecho de causas remitidas y admitidas por la Corte. Las causas provienen de múltiples peticionarios y no por interés o presión de los jueces y juezas. Muchas de las causas, como la aprobada en este caso, fueron admitidas con anterioridad a la posesión de los actuales jueces y juezas, y todas las causas fueron sorteadas de forma aleatoria.

67. La Corte ha ido resolviendo las causas, en primer lugar, de acuerdo al orden cronológico y, en segundo lugar, de conformidad con las priorizaciones aceptadas por la mayoría del Pleno de la Corte. Las priorizaciones tienen que ver no solo con asuntos en los que están involucradas personas de la tercera edad o que tienen enfermedades catastróficas, sino con asuntos de relevancia nacional.

68. La causa que acaba de aprobar la Corte, sin duda alguna, por el interés que han demostrado los movimientos sociales y los medios de comunicación, pero por sobre todo, por la situación de aquellas mujeres que han sido criminalizadas por abortar en casos de violación y quienes están expuestas al riesgo de morir a causa de atenciones médicas en lugares clandestinos, es un asunto de relevancia nacional.

69. Cada una de las juezas y jueces que están en la Corte han demostrado que, en lugar de “agenda”, lo que tienen es una comprensión del derecho, abierta y transparente, que se refleja en cada uno de los casos se discuten y aprueban. Aplicar el derecho a los casos sometidos al conocimiento de la Corte, no puede ser considerado como una “agenda”.

70. El término “activismo judicial” que se ha usado de modo peyorativo en la Corte, y fuera de ella, con el ánimo de descalificar ciertas posturas jurídicas de algunos jueces y juezas, lo que denota es la vocación por la aplicación y el desarrollo de los derechos reconocidos en la Constitución.

71. Cada juez y jueza, en los proyectos en los que se es ponente por sorteo, defiende su posición. Las posiciones, como constan en las sentencias, los múltiples votos salvados y concurrentes, reflejan teorías y convicciones jurídicas sobre distintos temas. La defensa jurídica de un proyecto, que tiene una visión del derecho, no debería entrar en la concepción peyorativa de la palabra “activismo”.

72. Si defender una teoría del derecho cuando se interpretan los hechos de un caso a la luz de la Constitución significa “activismo jurídico”, entonces todos los jueces y juezas sin excepción lo serían. Si se acusó de activismo a unos jueces y juezas, entonces quienes objetaron, por sus razones jurídicas y sus concepciones sobre la vida, también serían activistas.

iv) No hay regulación sobre todos los efectos de la sentencia y debería diferirse los efectos de la sentencia

73. En las deliberaciones se afirmó que la despenalización del aborto por violación no regula la complejidad del tema. Aspectos tales como hasta cuándo se podría abortar, cómo debe aplicarse el derecho, qué requisitos se deben cumplir para ejercer el derecho a abortar cuando hay violación y más cuestiones debería la Corte asumir. Al no hacerlo, se concluye, que es una irresponsabilidad.

74. La tarea de regular todos y cada uno de los aspectos que se derivan de la despenalización del aborto por violación corresponde a la Asamblea Nacional. La sentencia impone esa tarea con claridad, dispone el sometimiento a los derechos constitucionales y los derivados de instrumentos internacionales de derechos humanos y también impone plazos cortos (2 meses para la presentación del proyecto y 6 meses para su aprobación).⁴³

75. Los abortos por violación se han producido a pesar de la criminalización del aborto. Nadie espera llegar al noveno mes para abortar, como se ha sostenido. Tampoco se fomentará el aborto. Lo que sucederá, sin duda alguna, es que quienes aborten tendrán mejores condiciones para interrumpir un embarazo por violación no deseado.

76. El pedido de diferir los efectos hasta que la Asamblea Nacional legisle, desde mi criterio, era un acto de irresponsabilidad y de desconocimiento de las formas cómo se practican los abortos clandestinos.

77. El derecho a abortar en caso de violación es un efecto inmediato que se deriva de la vigencia de la sentencia. Sin embargo, para que este derecho sea efectivo, el Estado debe adecuar su aparato estatal para garantizarlo, aun cuando no exista regulación legislativa.

78. En la práctica, puede suceder que esa falta de adecuación estatal en general, y de los servicios de salud en particular, impongan situaciones que hagan imposible o difícil el ejercicio de derecho y se constituyan en barreras (burocráticas, culturales, estructurales) para dicho ejercicio.

79. Cuestiones como la exigencia de opiniones médicas, de juicios penales, de pericias, de orden judicial, de autorización de personas distintas a la titular de derechos, dilaciones para prestar el servicio, referencias y contrarreferencias, excusas de no

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 195.

disponibilidad de recursos (profesionales de la salud, camas y más), inexistencia de protocolos, no reconocimiento de certificaciones médicas sobre estado de salud de la persona embarazada, negativa para dar certificaciones médicas necesarias, la no consideración de la dimensión psicológica o social de la mujer, descalificación, objeciones de conciencia para no brindar el servicio, desconocimiento del derecho a abortar en casos de violación y más situaciones que podrían ocurrir, son obstáculos al ejercicio de derecho, podrían acarrear responsabilidad tanto de la entidad como de las personas que impiden el ejercicio del derecho.

80. Afirmar que las mujeres van a fingir violación para abortar libremente, es desconocer, una vez más, la realidad y también creer que las mujeres no tienen capacidad para decidir y que engañan. El sistema jurídico debe partir desde la visión del ejercicio de derechos y no desde las posibilidades de incumplimiento o desconocimiento de las normas.

81. El uso del derecho penal, además, genera un estigma, tiene un efecto inhibitorio para acceder a servicios de salud seguros, para recibir información sobre los derechos sexuales y reproductivos.⁴⁴ La decisión, una vez aprobada, como se resolvió, tenía que tener efectos inmediatos. Acá un testimonio que ratifica la urgencia de lo decidido:

Si me desangraba todo se iba a saber, iba a ir presa... Tuve fiebre, tiritaba, estaba asustada y no podía llamar a ningún médico para que me explique qué pasaba, solo teníamos al internet y a la clandestinidad... después del dolor del cuerpo vino el dolor por la sociedad, porque miles de mujeres tienen que pasar por esto solas, porque ningún profesional puede guiarte porque corres el riesgo de morir. Morir por decidir. No me arrepiento de lo que decidí, lo hice por mí, por lo que quiero y sueño⁴⁵.

82. La sentencia acierta al sugerir las posibilidades para que se conozca el hecho de la violación y que se pueda acceder a un servicio de salud seguro.

83. El mecanismo directo, menos estigmatizante, es creer en la voz de las mujeres, sin interferencias judiciales, policíacas, médicas o intermediación de un representante.

84. El legislador tiene la tarea de regular los derechos para su mejor ejercicio, y no establecer mecanismos que sean inhibitorios para el ejercicio del derecho al aborto en casos de violación.

85. El derecho a abortar en casos de violación debe ser efectivo, aún si no hay regulación legislativa, desde el momento que entre en vigencia esta sentencia. Cualquier obstáculo al ejercicio de este derecho sería un incumplimiento de esta sentencia y una vulneración de derechos.

⁴⁴ OMS, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, 2012; Relator Especial sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, UN Doc. A/66/254, 2011, párrafo 19.

⁴⁵ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

v) La necesidad de realizar una audiencia pública

86. En la deliberación se afirmó que, para un tema tan importante, debía haberse convocado a audiencia y que, la falta de ella, denota poca transparencia.

87. La audiencia en la Corte es un mecanismo que permite la participación y que puede contribuir a tomar una mejor decisión.

88. La ley permite a los jueces y juezas de la Corte Constitucional convocar a audiencias discrecionalmente, “*siempre que lo creyere necesario*”.⁴⁶

89. La audiencia es particularmente útil cuando se requiere desarrollar argumentos jurídicos, esclarecer puntos de derecho o incluso tener mejor comprensión sobre los elementos fácticos de un caso.

90. Los argumentos para resolver esta causa, según el criterio mayoritario de jueces y juezas, estaban expuestos con detalle en las demandas y en los múltiples *amici curiae* que sostuvieron ambas posiciones en tensión. Una audiencia sobre un tema que genera controversias y pasiones no hubiese aportado a tener más argumentos para la resolución de la causa. Más bien, hubiese sido el espacio para confrontaciones innecesarias y para generar un malestar social.

91. La resolución de esta causa contó con múltiples reuniones y deliberaciones, se hicieron varios proyectos y se recogieron las diversas opiniones de jueces y juezas.

92. El caso se resolvió respetando los procedimientos establecidos en la ley y el reglamento interno. Respetar las normas de procedimiento y prevenir confrontaciones no puede ser visto como un proceder no transparente.

(3) El objeto de la sentencia: la despenalización del aborto por violación

93. La sentencia aprobada ha resuelto varias demandas que tienen como objeto la declaratoria de inconstitucionalidad del aborto por violación. La Corte no ha despenalizado el aborto sino una de sus causales.

94. Con claridad la Corte ha delimitado la discusión constitucional a lo demandado, que es la consideración de “*si la configuración legislativa de este delito por parte de la Asamblea Nacional y la consecuente criminalización de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación que han interrumpido voluntariamente su embarazo contraviene los límites impuestos por la CRE y los instrumentos internacionales de derechos humanos.*”⁴⁷

⁴⁶ Constitución, artículo 87.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 110.

95. La sentencia reconoce que existen varios derechos de las mujeres y, para resolver el caso concreto, menciona la titularidad de “*derechos a la integridad de las personas, al libre desarrollo de la personalidad, tomar decisiones libres sobre su sexualidad y vida sexual, y ejercer autonomía para adoptar decisiones informadas, libres, responsables sobre su propio cuerpo, así como respecto a su salud, vida sexual y reproductiva, y a su vez se encuentran protegidas de interferencias arbitrarias por parte del Estado o de terceros*”.⁴⁸

96. Si bien se podría discutir si estos derechos los tienen no solo las mujeres que han sufrido una violación, sino es un derecho de toda mujer, sin excepción alguna, este aspecto no ha sido demandado ni debatido por la Corte.

97. El aborto inseguro o la obligación de llevar un embarazo a término provoca graves afectaciones a la salud mental de las mujeres, sean violadas o no:

*Soy una mujer de 44 años de edad nacida en Ibarra. En mi memoria está escondido mi primer acoso... recuerdo solamente el cuarto del fondo, aquella bodega oscura y con eco. Luego mi cuerpo de niña solo siente miedo, siempre encogida, tímida, callada...*⁴⁹

*Cuando me di cuenta que no podía abortar, el mundo se me cayó encima, quería morir, me recuerdo caminando en el puente de Cumbayá, pensando en lanzarme. O en la calle rogando [que] me atropellen... las noches tenía pesadillas revivía una y otra vez la violación, los golpes, me despertaba en medio de lágrimas*⁵⁰.

*Fue un embarazo no deseado producto de una violación no denunciada... No fue fácil tomar esa decisión. La gente dice se aborta y listo. Esa gente no sabe el inmenso dolor que uno vive.*⁵¹

98. La estigmatización, la consideración de pecado o inmoralidad, el rechazo social, la culpa, le negación de derechos, la presión social, produce, en conjunto, efectos perniciosos en la salud mental de la mujer. Muchas mujeres sufren depresiones y hasta hay intentos de suicidios o suicidios consumados.

*Este mes se cumplen 4 años del aborto que tuve. He venido luchando por mi derecho a elegir. El día viernes 9 de abril del 2021, tengo que asistir al tribunal porque ahí darán el veredicto de a cuantos años me van a privar de libertad por abortar*⁵².

... yo me tope con un carnicero, el ser humano más feo del mundo, un hombre asqueroso, que mientras hacíamos el negocio me miraba con morbo... Al siguiente día, un sábado, fui para que me hiciera el procedimiento... mientras yo entraba, ya

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 137.

⁴⁹ Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.

⁵⁰ Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.

⁵¹ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁵² Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

había varias mujeres descansando en unos catres, después de sus procesos de aborto... Era un cuarto oscuro, sucio, desordenado. No tenía más opciones... Ahora me doy cuenta después de pensar y re pensar cómo escribir esto que yo estoy muy dañada, que mi corazón está afectado, que me duele hasta el alma y que esa pose de mujer fuerte es falsa, que mi amor propio es falso, que está por los suelos.⁵³

De mi círculo de amigas, todas hemos abortado... Cuando hablamos de esto, nadie se arrepiente de haber abortado, porque nos permitió seguir con nuestros proyectos de vida, pero todas nos lamentamos y nos duele el proceso del aborto⁵⁴.

Cuando fui ese día, las únicas personas que acudían con ese doctor, era gente con dinero, que necesitan el procedimiento y lo podían pagar. En mi caso, no lo podía pagar, pero también lo necesitaba... quise suicidarme, me tomé pastillas, lo único que logré fue una intoxicación. Ni mi pareja, ni mi familia supieron que pasó⁵⁵.

99. El aborto voluntario, lo han dicho agencias de Naciones Unidas (NNUU), no conlleva secuelas a largo plazo para la salud mental.⁵⁶

100. La sentencia menciona argumentos y datos que podrían ser aplicables para otras mujeres que no han sufrido una violación. Entre otros, las relaciones de poder históricas de dominación a la mujer⁵⁷. Una forma de dominación es el control del cuerpo de la mujer; y, entre los mecanismos más violentos de control del cuerpo, están la violación⁵⁸, la prohibición del aborto, la imposición del embarazo no deseado⁵⁹, y la maternidad forzada⁶⁰.

101. Las voces de las mujeres confirman la necesidad de evitar el dolor que provoca la criminalización del aborto y las consecuencias del maltrato que se sufre en clínicas clandestinas:

Acababa de cumplir los 14 años y el siguiente mes nació mi hijo... Cursaba el primer año de colegio el cual abandoné en esos tiempos, pues por un lado no se admitían niñas embarazadas en los colegios, por otro el estigma social y familiar era también una fuerte presión... Mi participación en el disfrute del juego cada vez era más restringida. Llegó el momento en que desde una ventana, solo miraba con añoranza el juego... El padre de mi hijo desapareció...⁶¹

⁵³ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁵⁴ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁵⁵ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁵⁶ NNUU, *Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011, párrafos 21 y 27.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 124.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 128 y 130.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 134.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 135.

⁶¹ Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.

Me llevaron a una bodega y la persona que me anestesió fue la secretaria del médico... Ni bien me desperté, con pocas fuerzas por todo el proceso, la secretaria/anestesióloga me pidió el dinero y me dijo que no podía salir si es que no pagaba. En ese estado de casi inconsciencia, le indiqué donde estaba el dinero. Ella cogió de mi cartera, contó que estuviera completo y me dijo que me fuera en 15 minutos porque si se daban cuenta nos metían presos. Me dijo que compre toallas higiénicas y que sería bueno que después me haga un chequeo por mi cuenta. El médico en cuestión desapareció y nunca más supe de él⁶².

Llegué, entré sola, me inyectó supuestamente anestesia pero cuando comenzó el procedimiento me desgarraba del dolor. Recuerdo que sudaba frío, lloraba, gritaba del dolor y ella me decía que me calle, en un punto me desmayé⁶³.

...me desangré muchísimo, los cólicos fueron insoportables... Estaba muy asustada, la ginecóloga de turno... con tanta rabia me introdujo unas paletas por la vagina, la sala se llenó de sangre y mis gritos ocuparon todo el pasillo, mientras, ella replicaba “ésta ya abortó” ... no tengo dudas... la clandestinidad mata y la violencia obstétrica es su mejor aliada⁶⁴.

...no podíamos buscar ayuda médica, pues yo soy algo más o menos como una figura pública, por miedo a que me encarcelen y mi carrera acabe... las enfermeras se burlaban de mí... las enfermeras literalmente expresaron que querían hacerme sufrir al menos un poco⁶⁵.

El legrado fue doloroso, el trato fue traumático sin ningún tipo de empatía y con mucho maltrato, sentí que me castigaban por abortar para salvar mi vida, cuando yo pedí que me atiendan ya que sólo me habían tenido con suero desde el ingreso a la sala la respuesta que el médico le dio a mi familia al pedirle que me permitieran salir o que ya me atiendan fue “señora nosotros estamos salvando vidas, lo de su hija es otra cosa” mi vida no importaba entonces y eso justificaba toda la violencia...⁶⁶

102. La Corte ha dado un paso histórico y muy importante con relación al tema del aborto y los derechos que están involucrados en el tratamiento de esta situación. Ha tratado una de las causales que se podría denominar “extrema”: el aborto por violación, que ha sido ya despenalizado en la mayoría de países.

103. Los derechos de las personas en general, y de las mujeres en particular, se los ha ido ganando, paso a paso, a pulso, a lo largo de la historia.

104. Los derechos de las mujeres no han sido una concesión del sistema patriarcal y de los hombres, sino que ha sido una conquista por su lucha en todos los espacios donde han sufrido y sufren vulneraciones.

⁶² Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁶³ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁶⁴ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁶⁵ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁶⁶ Michelle Andrea Játiva, *Amicus Curiae*, 13 de abril de 2021.

105. Los derechos de las mujeres se reconocieron a pesar del sistema patriarcal imperante y del desacuerdo de la mayoría de las personas: el derecho al voto, el derecho a la educación, el derecho a tener capacidad para realizar actos jurídicos, el derecho a la representación en espacios de poder, el derecho a no sufrir violencias...

106. El reconocimiento que hace la Corte a que las mujeres puedan decidir no tener una maternidad forzada en casos de violación es un paso más importante hacia el reconocimiento al aborto libre, digno, seguro y gratuito.

107. El derecho al aborto libre, digno, seguro y gratuito en casos de violación no significa, insisto, de modo alguno que se desconoce o se elimina el derecho a la protección del *nasciturus* desde la concepción.

108. En el derecho comparado, los Estados han pasado de la criminalización de cualquier tipo de aborto, a la despenalización de las causales extremas, hasta la descriminalización total del aborto.⁶⁷ Ecuador, con esta decisión, ha despenalizado el aborto por violación, que es una causal extrema.

109. El derecho internacional de los derechos humanos ha ido progresivamente reconociendo el derecho a abortar.⁶⁸ En casos en los que no se pudo acceder a un aborto seguro, se ha considerado que se violaron los derechos a la vida privada, a obtener información, a estar libres de tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la no discriminación.

110. Esto quiere decir que la falta de atención a mujeres que requieren abortar puede acarrear responsabilidad internacional. La criminalización del aborto se constituye, entonces, en una barrera normativa para el ejercicio de varios derechos reconocidos en el sistema jurídico.

111. El Comité de DESC ha dispuesto que el Estado tiene obligación de “*adoptar medidas para prevenir los abortos en condiciones de riesgo y prestar asistencia y ayuda psicológica con posterioridad a los abortos a quienes lo necesiten.*”⁶⁹

112. El aborto libre, seguro, digno y gratuito es un derecho de las mujeres, según lo constatan instrumentos y organizaciones de derechos humanos. Si el aborto libre, seguro, digno y gratuito es un derecho de toda mujer, la criminalización del aborto es un

⁶⁷ Colombia, por ejemplo, en el año 2006, mediante sentencia de la Corte Constitucional C-355/2006, despenalizó el aborto por tres causales (peligro para la vida o salud de la mujer embarazada, grave malformación del feto y embarazo resultado de violación).

⁶⁸ Comité de Derechos Humanos, casos K.L. v. Perú, L.M.R. v. Argentina, Whelan v. Irlanda, Mellet v. Irlanda; Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, caso L.C. v. Perú; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Paulina del Carmen Ramírez Jacinto v. Nicaragua, B. v. El Salvador; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos Tysiq v. Polonia, R.R v. Polonia, A, B y C v. Irlanda, P y S v. Polonia,

⁶⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N. 22*, párrafo 49.

obstáculo al ejercicio de este derecho. La Corte al aprobar esta sentencia ha quitado una barrera más para el acceso a este derecho.

Ramiro Avila Santamaría
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría, en la causa 34-19-IN, fue presentado en Secretaría General el 28 de abril de 2021, mediante correo electrónico a las 21:27; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL