

AMICUS CURIAE

CAUSA 34-19-IN y ACUMULADOS

**INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 149
Y 150 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**

27 DE ABRIL DE 2020

ELABORADO POR:

**Gustavo Silva, Sougand Hessamzadeh, Mateo Ruales y la
FUNDACIÓN PAKTA**



pakta

JUEZAS Y JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Gustavo Silva Cajas, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía Nro. 171709741-2, de estado civil soltero; Sougand Hessamzadeh Villamagua, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía Nro. 171465944-6, de estado civil soltera; Mateo Ruales, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía Nro. 171438601-6, de estado civil soltero; de profesión abogados y abogada; y la Fundación PAKTA¹ comparecemos ante ustedes con el siguiente *Amicus Curiae*, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC):

I

NORMAS CUYA CONSTITUCIONALIDAD ES CUESTIONADA

Dentro de la presente causa, se examina la constitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), en razón de que su contenido normativo condiciona determinadas conductas como punibles penalmente, a saber: el aborto consentido y el aborto no punible. Las normas cuya constitucionalidad se examina, señalan:

Art. 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.

Art. 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**. (énfasis añadido)

De estos dos artículos, la frase que debería ser declarada como inconstitucional es: “*que padezca de discapacidad mental*”. Por otra parte, en razón del principio de unidad normativa se hace indispensable una reforma al artículo 149 en el que se incluyan

¹ La Fundación Pakta es una organización sin fines de lucro domiciliada en la ciudad de Quito (Ecuador), obtuvo su personalidad jurídica con Acuerdo Ministerial No. 1550 de 11 de abril de 2017 otorgada por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. La organización también se encuentra registrada en la Secretaría Nacional de Gestión de la Política bajo el Código RUOS No. 0000110968; por lo que cuenta con todos los documentos legales en Ecuador para funcionar como una organización sin fines de lucro.

Los objetivos estatutarios de la Fundación Pakta se centran en la promoción de derechos humanos de la población LGBTIQ+ a través de: su difusión, la incidencia para su reconocimiento, la generación de información y evidencia sobre el tema, la supervisión de su cumplimiento por parte del Estado y finalmente, la asesoría y representación jurídica en casos de vulneraciones de los derechos de las poblaciones de la diversidad sexual y de género, tanto en el sistema judicial nacional como en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

excepciones que contemplen: casos de violación, incesto, inseminación forzada, y malformación del feto.

II CONTEXTO SOCIOLÓGICO Y DATOS

Las Acciones Públicas de Inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 149 y 150 del COIP, se fundamentan claramente en un contexto social que no puede dejar de observarse. A continuación algunos datos que hacen referencia a la situación social en la que se encuentran las mujeres y niñas respecto de (i) la violencia sexual, y (ii) la punición del aborto; que, sin duda son dos aspectos relevantes a considerar para la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 149 y 150 del COIP.

Sobre violencia sexual y embarazos no deseados

- Según el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos, el 32.7% de las mujeres en Ecuador han vivido algún tipo de violencia sexual durante sus vidas.²
- Según el Colectivo Político Luna Creciente (en adelante, CLACAI), Ecuador es el país donde se practican con mayor frecuencia abortos en Latinoamérica. Alrededor de 95.000 mujeres interrumpen sus embarazos anualmente³.
- Según la Fiscalía General del Estado, en los primeros 8 meses del año 2019 se registraron 9.158 denuncias por violación y abuso sexual; 38 diarias⁴.
- Sobre denuncias por violación en e año 2019, el ex Director de la Policía Judicial, Carlos Alulema, advirtió que “*más del 83% de los casos se dan dentro del círculo cercano de las mujeres, de los niños, de los menores y, solo, el 16% son desconocidos*”; quien además reconoció que el subregistro de estos casos es muy elevado.
- Según Human Rights Watch, entre enero 2014 y mayo 2020, el Ministerio de Educación registró 3.067 denuncias de violencia sexual en em ámbito educativo, pero la cifra sería mayor por aquellos casos en los que hay más de una víctima⁵.

Sobre casos de aborto

- 8 de cada 100 embarazos en niñas menores de 15 años termina en aborto⁶.
- 8 de cada 10 embarazos en este grupo de niñas son reconocidos como producto de violaciones sexuales⁷.
- 8 de cada 100 niñas se embarazan de hombres de 30 años o más⁸.
- En Ecuador, según los datos publicados por el INEC, se han registrado 49.515 abortos entre los años 2015 y 2016. Ortiz-Prado señala que los otros tipos de

² INEC. (2019). *Encuesta Nacional Sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género Contra las Mujeres*. Tabla 1.

³ Colectivo Político Luna Creciente. (2013). *Estado de arte de derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres en el Ecuador*. P. 28-29

⁴ Primicias. (2019). *La Fiscalía recibió 9.158 denuncias por violación y abuso sexual, en ocho meses*. Recuperado el 27 de abril de 2021: <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/delitos-sexuales-mujeres-victimas/>

⁵ Primicias. (2019). Ecuador: altos niveles de violencia sexual en las escuelas. Recuperado el 27 de abril de 2021: <https://www.hrw.org/es/news/2020/12/09/ecuador-altos-niveles-de-violencia-sexual-en-las-escuelas>

⁶ Zaragocín, s. Cevallos, M. Falanga, G. Arrazola, I. Ruales, G. Vera, V. Surkuna. Yépez, A. (2018). Mapeando la criminalización del aborto en Ecuador. (Barcelona: Universidad de Barcelona. Revista Bioética y Derecho. Núm. 43). pp. 109 -125. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000200009&lng=es&nrm=iso. ISSN 1886-5887

⁷ Ídem.

⁸ Ibídem.

aborto (los abortos no espontáneos y los no justificados médicamente, es decir, potencialmente sujetos a procesos de judicialización) sumaron 366.748 casos entre el 2004 y el 2014 (33,340 al año de promedio). En relación a las mujeres que abortan, el mismo autor señala que “*las mujeres que abortan están buscando atención médica principalmente en el sistema público de salud en vez de en el privado, un 84% frente a un 16%*”⁹.

- El Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (en adelante, INEC) ha señalado que cada año se practican 200 abortos legales¹⁰.
- En el 2015, según datos del propio Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, de un total de 327,884 embarazos estadísticamente considerados, 18,746 terminaron en aborto no especificado. Asimismo, del total de embarazos 3.295 fueron de niñas y adolescentes, de entre 10 y 14 años, de los cuáles 231, más del 7% terminaron en aborto¹¹.
- 15.783 mujeres que decidieron abortar en 2014 tuvieron complicaciones y fueron a parar a un hospital». En el cuerpo de la información se citan datos del INEC que revelan que, según el Anuario de Estadísticas Hospitalarias, durante el 2014 «hubo 17.882 abortos no espontáneos, lo que representa el 5,31% del total de embarazos registrados. De esos, la gran mayoría (15.783) tuvieron alguna complicación por tratarse de abortos clandestinos¹².
- Según la Encuesta Nacional de Opinión sobre Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos realizada entre el 2012 y 2013 por CEDATOS (Centro de Estudios y Datos de Ecuador) que indica que el 65% de la población ecuatoriana está a favor del aborto en caso de violación¹³.
- El 80% de estas violaciones se producen en los círculos más cercanos: casa, escuela, trabajo. Existe aproximadamente un 30% de posibilidades de embarazo en una violación. Por lo que al menos 6 mujeres por día quedan embarazadas por violación. La ley permite abortar por violación cuando la mujer tiene discapacidad mental; lo que responde al 1% de mujeres, discriminando al 99% que también sufre violencia. El embarazo en adolescentes ha aumentado 78% en la última década; y todo embarazo en menores de 14 años es producto de una violación según la ley. El suicidio es la primera causa de muerte en adolescentes. La violencia y el embarazo no deseado son las dos principales causas de estos suicidios¹⁴.
- En 2016 se registraron 2.960 chicas en estado de gravidez, de las cuales 1.700 tuvieron sus hijos y el resto abortó o se complicó su labor¹⁵.

Sobre la punición

- Entre 2013 y 2014, 51 mujeres fueron judicializadas por abortar¹⁶.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Larrea, S. (2010). *Diagnóstico de la situación de la promoción, oferta y demanda de la anticoncepción de emergencia en Loja, Guayas, Pichincha, Esmeraldas y Chimborazo*. (Quito: Fundación desafío y coordinadora juvenil por la equidad de género) P. 15.

¹¹ Carmenati, M. González, A. (2017). *Desencanto y desafío de las agendas de igualdad: El caso del aborto en Ecuador*. P. 143

¹² *Ídem*. P. 145.

¹³ *Íbidem*. P. 146 - 147

¹⁴ *Ibíd.* P. 147

¹⁵ El Telégrafo. (2021). El 80% de los embarazos infantiles son producto de violaciones. Disponible en: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/violaciones-infantil-coip>

¹⁶ Carmenati, M. González, A. (2017). *Desencanto y desafío de las agendas de igualdad: El caso del aborto en Ecuador*. P. 147.

- Entre 2015 y 2017, 192 mujeres fueron judicializadas por abortar¹⁷.

Sobre las muertes en clandestinidad

- La OMS calcula que todos los años tienen lugar 25 millones de abortos inseguros, la gran mayoría de ellos en países en vías de desarrollo¹⁸.
- Los abortos inseguros son la tercera causa más habitual de muerte materna del mundo y dan lugar además a cinco millones de discapacidades en gran medida evitables, según la OMS¹⁹.
- Los abortos clandestinos e inseguros causan el 18 % de las muertes maternas- siendo segunda causa de muerte materna en el Ecuador - Se estima que 72 de cada 1000 embarazos terminan en abortos. (No se tienen cifras exactas ya que el aborto está penalizado y la mayoría de abortos no se registran)” ya que aproximadamente se realizan 95.000 abortos al año²⁰.
- Según el Plan Nacional de Salud Sexual y Salud reproductiva 2017-2021, del Ministerio de Salud Pública (MSP), el %15,6 de las muertes maternas se debe a abortos realizados en condiciones de clandestinidad. Para contrarrestar esta realidad, el Ministerio recomienda que para reducir la mortalidad materna es necesario contemplar una “atención del aborto en condiciones de seguridad, asesoría y acceso a planificación familiar y anticoncepción”²¹.

De los datos expuestos, se puede observar la estrecha relación entre violencia sexual, niñez, adolescencia, adultez y muerte. Sin lugar a dudas, el contexto sociológico es adverso para mujeres y niñas, ya que dentro de los datos -brevemente- expuestos se vislumbra que sobre ellas recaen juicios sociales de carácter moral que restringen su derecho a la libertad, a la autonomía de su voluntad, sus derechos sexuales y reproductivos, su integridad psicológica, física y emocional; y, sobre todo son revictimizadas constantemente. Esto se debe al rol de cuidado y reproductivo que las sociedades les han indilgado injustamente y de forma obligatoria a las mujeres y niñas, quienes no pueden gobernar sobre sus propios cuerpos, pues el Estado interviene agresivamente en una esfera íntima de la persona y su dignidad que a través de normas prohibitivas (como es el caso de los artículos 149 y 150 del COIP) deciden que hacer y que no hacer sobre los cuerpos de las mujeres.

Esta situación no ha sido indiferente para el derecho internacional de los derechos humanos, por lo cual varios tratados internacionales como organismos internacionales se han pronunciado de manera extensa sobre el estatus jurídico de las mujeres con respecto a los estados que punitivizan el aborto.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Amnistía Internacional. (2020). Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/datos-clave-sobre-el-aborto-1/>

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ CONAMU. (2008). Entre la clandestinidad y los silencios. Testimonios de mujeres jóvenes sobre el aborto. Repositorio IAEN. P 2. Disponible en: https://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/4304/1/aborto_jovenes.pdf

²¹ Plan Nacional de Salud Sexual y Salud reproductiva 2017-2021, del Ministerio de Salud Pública

II ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Al respecto, el Ecuador ha ratificado los siguientes tratados internacionales de derechos humanos:

- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, ratificada por el Ecuador el 09 de noviembre de 1981.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificada por el Ecuador el 06 de marzo de 1969.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificada por el Ecuador el 30 de marzo de 1988.
- Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Ecuador el 23 de marzo de 1990.

Esto, implica el reconocimiento formal de las normas que estos instrumentos desarrollan como las competencias que los órganos encargados de su seguimiento ostentan. Siendo este el caso, estos órganos han realizado varias recomendaciones respecto de la despenalización del aborto:

Comité de Tratado	Fecha de Informe al Ecuador	Recomendación frente a la despenalización del aborto
Comité Contra la Tortura	Informe No. CAT/C/ECU/CO/7 al Ecuador de 11 de enero de 2017	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.
Comité de los Derechos del Niño	Informe No. CRC/C/ECU/CO/5-6 al Ecuador de 26 de octubre de 2017	33. [...] c) Vele por que las niñas tengan acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, entre ellos el aborto terapéutico, y estudie la posibilidad de despenalizar el aborto, prestando especial atención a la edad de la niña embarazada y los casos de incesto o violencia sexual.
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	Informe No. CEDAW/C/ECU/CO/8-9 al Ecuador de 11 de marzo de 2015	33. El Comité recomienda que el Estado parte: a) Ponga en práctica como cuestión prioritaria la Guía Práctica Clínica para el aborto terapéutico, imparta formación a todo el personal de salud a que concierna, de manera que las condiciones para el aborto terapéutico se

		interpreten de manera uniforme en todo el país, y evalúe periódicamente los resultados de la aplicación de la Guía; c) Despenalice el aborto en casos de violación, incesto y malformaciones graves del feto, de conformidad con la recomendación general núm. 24 (1999) del Comité, sobre la mujer y la salud;
Comité de Derechos Humanos	Informe No. CCPR/C/ECU/CO/ al Ecuador de 11 de agosto 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 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. Asimismo, debe incrementar sus esfuerzos con miras a garantizar que las mujeres y las adolescentes puedan acceder a servicios adecuados de salud sexual y reproductiva en todo el país y reforzar los programas de educación y sensibilización sobre la importancia del uso de anticonceptivos y los derechos en materia de salud sexual y reproductiva.

Elaboración: Cristian Alexander Paula Aguirre

De modo que, los informes y recomendaciones que generan los antes mencionados órganos de los tratados se constituyen en pronunciamientos legítimos respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos que resultan vinculantes para el Ecuador. Todo esto, en el marco de los principios del Derecho Internacional Público que se consagran en la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados²² (1969), que en sus artículos 26 y 27, indican lo siguiente:

26. “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.

Por su parte, en el caso *Llantoy Huamán vs. Perú*, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas aseveró que “*el derecho a la vida no puede entenderse de manera restrictiva, sino que de hecho requiere que los Estados adopten medidas positivas para su protección, incluyendo las medidas necesarias para evitar que las mujeres recurran a abortos clandestinos que pongan en peligro su salud y su vida especialmente cuando se trata de mujeres pobres*”²³.

Esto implica que la normativa nacional no puede ser excusa para el incumplimiento y observancia de la normativa internacional. Por lo tanto, las recomendaciones que se han expuesto en el cuadro demostrativo que antecede generan obligaciones directas para el Estado ecuatoriano.

²² Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

²³ Organización de las Naciones Unidas. (2005). Dictamen del Comité de derechos Humanos Nro. 1153/2003, 85 periodo de sesiones (17 de noviembre de 2005).

IV ESTÁNDARES NACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN

Sobre los estándares internacionales de derechos humanos, la Constitución de la República del Ecuador ha diseñado un marco normativo que permite a las normas incorporarse al texto constitucional bajo las siguientes prescripciones:

Tipo de norma	Número de artículo en la CRE	Descripción
Principios de aplicación de los derechos reconocidos en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos	Art.11 num.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 (...)”.
	Art.11 num.7	“El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.
	Art. 417	“Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.
Supremacía constitucional	Art.424	“(...) La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”
	Art.426	“(...) Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

Elaboración: Cristian Alexander Paula Aguirre.

Con lo cual se consolida el valor jurídico de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Por otra parte, y respecto de los casos en examen, es notable que existen varias normas constitucionales que son contrarias con la penalización del aborto tal como se contempla en el COIP, a saber:

- Artículo 66, numeral 3, literales a) y c) de la CRE
- Artículo 66, numerales 5, 9 y 10 de la CRE

En síntesis, a través de estos artículos la CRE crea las condiciones materiales para que las personas puedan tomar decisiones libres sobre su intimidad y su dignidad. Es decir, (i) respecto del derecho a la integridad personal, la violación sexual constituye una grave transgresión a este derecho que no se termina con el acto sexual violento, sino que trasciende en el tiempo y vida de una persona, razón por la cual mantener un embarazo producto de una violación es justamente una obligación de carácter tortuoso, revictimizante y contraria a la integridad de las mujeres; (ii) el derecho al libre desarrollo de la personalidad permite que una persona se gobierne y pueda tomar las decisiones que considere mejores para su vida, con lo cual, una intervención excesiva por parte del Estado al castigar algo tan íntimo como la decisión y la práctica de un aborto en casos de violación, incesto, entre otras, contraría este derecho de manera grave; (iii) el derecho a tomar decisiones libres sobre su vida también se ve afectado negativamente con la permanencia de los artículos 149 y 150 del COIP, porque la prohibición de aborto obliga a una maternidad (en muchos casos infantil) no deseada; y, (iv) en lo referente al derecho a cuándo y cuántos hijos e hijas tener es por demás visible que el COIP lo limita de forma peligrosa y grave pues restringe un derecho constitucional de manera permanente sin la revisión de las particularidades que rodean la vida íntima de mujeres y niñas.

En consecuencia, los estándares constitucionales no son incompatibles con los estándares internacionales, sino que hay una compatibilidad constitucional clara que demanda una adecuación de la normativa infraconstitucional, en este caso del COIP. La vía: la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 149 y 150 del antes mencionado cuerpo legal.

III PROBLEMAS JURÍDICOS

Como es evidente, de los casos que nos ocupan se vislumbran tres problemas jurídicos, los cuales se presentan a continuación:

1. ¿Es la Corte Constitucional competente para declarar la inconstitucionalidad del artículo 149 y 150 del COIP?
2. ¿Se requiere reforma constitucional para viabilizar la despenalización del aborto contemplada en el artículo 150 del COIP eliminando la frase “*que padezca discapacidad mental*” y añadiendo reglas de excepción en el artículo 149 del mismo cuerpo legal?
3. Ante la colisión del derecho a la vida y el derecho a la libertad es necesario ponderar para responder ¿cuál derecho se debe satisfacer? Y ¿cuál derecho debe primar en determinados casos?

Sobre la competencia de la Corte Constitucional del Ecuador

De conformidad con el artículo 436.2 de la Constitución y el artículo 75, literal c) de la LOGJCC, la Corte Constitucional es competente para ejercer control abstracto de

constitucionalidad en contra de leyes, en tal razón y en concordancia con el artículo 98 de la misma ley, es viable que la CCE conozca sobre los casos acumulados en examen.

Está por demás señalar que, la Corte Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de una norma en la parte que la torna inconstitucional de acuerdo con el artículo 75 numeral 5 de la LOGJCC, y disponer a su vez la incorporación de un texto normativo que se encuentre vigente bajo la obligación del legislador ordinario de adecuar la normativa al texto constitucional.

En consecuencia, no existen impedimentos constitucionales ni legales para que la Corte Constitucional conozca y resuelva los casos en revisión.

Sobre si se requiere reforma constitucional para despenalizar el aborto

El derecho a la vida, como los otros derechos integrados en la CRE, no es absoluto. Los derechos tienen restricciones, y ese es el caso que nos ocupa. Si bien, la CRE contempla la inviolabilidad de la vida, aquello no implica la definición de ciertas restricciones.

Las restricciones a los derechos fundamentales son normas que restringen las posiciones *prima facie* de derecho fundamental.

Desde luego, esta respuesta tiene carácter circular por cuanto para la definición del concepto de restricción de un derecho fundamental utiliza el concepto de restricción. Sin embargo, permite avanzar un tramo porque con ella se dice que las restricciones de derechos fundamentales son normas. Ahora puede plantearse la pregunta de qué es lo que hace que una norma sea una restricción a un derecho fundamental.

Es aconsejable comenzar la respuesta con una observación general. Una norma puede ser una restricción de derecho fundamental solo si es constitucional. Si no lo es, su creación puede tener el carácter de una intervención pero no de una restricción. De esta manera, puede ya determinarse una primera propiedad: las normas pueden ser restricciones a los derechos fundamentales, solo si son *constitucionales*²⁴.

Entonces, es evidente que un derecho fundamental puede restringirse o intervenir. En el caso de la restricción, ésta esta permitida por la misma Constitución y puede definirse de manera legal, algunos ejemplos de restricción del derecho a la vida los encontramos en el propio COIP: (i) el aborto no punible en las causales 1 y 2; (ii) cuando una persona se encuentra en estado de necesidad; (iii) o cuando se ha comprobado una legítima defensa. Estas restricciones se prefiguran como tal por ser constitucionales y coherentes con los mandatos incorporados en ella.

Sin embargo, hablamos de intervención cuando la norma que pretende una “restricción” del derecho fundamental es inconstitucional, en ese caso existe transgresión al derecho. Este es el caso de los artículos 149 y 150 del COIP, que contravienen las normas contempladas en el artículo 66, numeral 3, literales a) y c), y numerals 5, 9 y 10 de la CRE.

²⁴ Alexy, R. (2017). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. P. 244.

Por lo tanto, la restricción de derechos fundamentales y su definición en respeto de la Constitución son espacios disponibles para las cortes constitucionales y para las y los legisladores ordinarios, ya que difícilmente la Constitución puede regular todas las circunstancias y condicionantes que se presentan en la vida de las personas y el ejercicio de sus derechos. Queda claro que no se requiere de una reforma constitucional para desbloquear la intervención agresiva del derecho a las libertades en el caso de la penalización del aborto en casos de violación y establecer nuevas restricciones al derecho a la vida, las cuales deben ser respetuosas y rigurosas en lo concerniente a los casos específicos en los que operarían tales restricciones: violación, incesto, inseminación forzada, malformación grave del feto.

Sobre la ponderación en la colisión entre el derecho a la vida y los derechos a la libertad

Alexy dice que la ley de la ponderación establece que “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”²⁵; por lo tanto, (i) ¿cuál es el grado de satisfacción del derecho a la vida respecto de la penalización del aborto? Y (ii) ¿cuál es el grado de afectación del derecho a la libertad?

Para lograr el resultado, Alexy propone el uso de la fórmula del peso, que básicamente es una ecuación que se compone de la siguiente manera:

$$G_{i,j} = \frac{I_i * G_i * S_i}{I_j * G_j * S_j}$$

$G_{i,j}$ representa el peso concreto de un principio P_i , en relación con el principio en colisión P_j . Si $G_{i,j}$ es mayor que 1, prevalece P_i ; si $G_{i,j}$ es menor que 1, prevalece P_j . Si $G_{i,j}$ adopta el valor 1, existe un empate o situación de igualdad, para cuya solución son precisas consideraciones adicionales. La fórmula del peso define $G_{i,j}$ como el cociente del producto de tres factores referidos a cada uno de los principios. En el lado de P_i son la intensidad de la injerencia en P_i (I_i), el peso abstracto de P_i (G_i) y la seguridad de las apreciaciones o asunciones empíricas acerca de lo que la ejecución de la medida evaluada significa para la no realización de P_i (S_i). Los factores correlativos, en el lado de P_j , son la intensidad de la injerencia en P_j que resultaría de la no injerencia en P_i (I_j), el peso abstracto de P_j (G_j) y la seguridad de las apreciaciones empíricas acerca de lo que la omisión de la medida evaluada significaría para la realización de P_j (S_j)²⁶.

Entonces, a continuación asignaremos a cada variable la representación que le correspondería en los casos que nos ocupan:

I_i = Derecho a la vida (Art. 66.1 de la Constitución)

²⁵ Alexy, R. *La doble naturaleza del derecho*. Madrid: Trotta, 2016, 45.

²⁶ Ídem.

Gi = Peso abstracto del Derecho *Ii* (no aplicable en el caso ecuatoriano, en virtud del artículo 11.6 de la Constitución de la República)

Si = Afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre el Derecho *Ii*.

Ij = Derechos de libertad (Artículo 66, numeral 3, literales a) y c), y numerales 5, 9 y 10; recomendaciones de órganos internacionales para despenalizar el aborto)

Gj = Peso abstracto del Derecho *Ij* (no aplicable en el caso ecuatoriano, en virtud del artículo 11.6 de la Constitución de la República)

Sj = Afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los derechos *Ij*.

Sobre las variables ***Gi*** y ***Gj***, éstas deben ser excluidas de la fórmula por que el artículo 11.6 de la CRE establece que todos los principios constitucionales tienen la misma jerarquía, lo que coincide con la observación que hace Alexy, al indicar que “*si los pesos abstractos son iguales, entonces se neutralizan mutuamente*²⁷”, por tanto la exclusión de estas variables en la fórmula estarían -a mi juicio- justificadas.

En todo caso, para la operatividad de la fórmula se requiere asignar a cada variable un valor numérico concordante con los tres grados de la escala triádica²⁸: leve = 1; medio = 2; y grave = 4. Por su parte, respecto de las variables relacionadas con la seguridad de las premisas fácticas es conveniente atribuirles un valor en la siguiente escala: seguro = 1; plausible = 1/2; y no evidentemente falso 1/4.

Así, considerando que para Alexy el cálculo no reemplaza a la argumentación, sino mas bien que los números y las cifras únicamente representan a los juicios y proposiciones sentados en el razonamiento, tenemos:

Derechos a la libertad

- El grado de restricción o afectación de los derechos a la libertad consagrados en los artículos 66, numeral 3, literales a) y c), y numerales 5, 9 y 10 y desarrollados en las recomendaciones de órganos internacionales para despenalizar el aborto, en los términos de los artículos 149 y 150 del COIP, bajo las razones expuestas en el acápite II de este Amicus Curiae²⁹, resulta ser *grave*; por tanto se le tiene que atribuir el valor de 4.

²⁷ Alexy, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra, 2007, 485.

²⁸ Alexy explica que, para poder efectuar el cálculo definitorio de la fórmula del peso, se debe partir de la escala triádica que consiste en un modelo de tres intensidades “leve”, “medio” y “grave”, a los cuales se les puede asignar un valor numérico de acuerdo con la serie aritmética y la fórmula diferencial (valores 1, 2, 3) o con la serie geométrica y la fórmula del cociente (valores 1, 2, 4). En el presente caso, la Corte Constitucional decidió aplicar la serie geométrica con la fórmula del cociente, asignando los valores de 1, 2 y 4 a las variables.

- Con respecto al peso abstracto, no es aplicable al caso por las razones expuestas previamente³⁰.
- Finalmente, en relación a las variables relacionadas a la seguridad de las premisas fácticas, es claro que la restricción de los derechos de libertad a los que se alude de esta naturaleza, privarán a la población (mujeres) de: autonomía, voluntad, capacidad de decisión, gobierno sobre su cuerpo, integridad física, psicológica, y de su derecho a decidir libremente cuándo y cuántos hijos e hijas tener. Por ello, no despenalizar el aborto en casos de violación, incesto, malformación del feto e inseminación forzada tendría como resultado las privaciones señaladas en este mismo párrafo, en tal razón a esta variable se le tiene que atribuir el valor de 1.

Derecho a la vida

- Paralelamente, la satisfacción del derecho a la vida puede catalogarse como media (2), toda vez que, pese a que los artículos 149 y 150 “pretenden” una protección más cerrada del derecho a la vida, los abortos inseguros son la tercera causa de mortalidad materna del mundo y dan lugar además a cinco millones de discapacidades en gran medida evitables, y son la segunda causa de muerte materna en el Ecuador. Además, en 2016 se registraron 2.960 menores de edad en estado de gravidez, de las cuales 1.700 tuvieron sus hijos y el resto abortó o se complicó su labor.

Por otra parte, cabe hacer una consideración al derecho a una vida digna, pues mujeres y niñas violadas que son obligadas a ser madres so pena de un castigo penal se ven gravemente afectadas en este derecho. La violación está considerada como una tortura, la cual en sus efectos físicos como psíquicos trasciende en un evento de gravidez no deseada.

- La despenalización del aborto en casos de violación, incesto, malformación del feto e inseminación no atenta de manera exorbitante al derecho a la vida, en razón de que por el contrario podrían salvarse vidas maternas. Por otra parte, la protección del no nacido se ve condicionada a otros derechos como la voluntad y el deseo libre de la maternidad, no como una obligación.

Adicionalmente, si lo que preocupa es una eventual puesta en riesgo del derecho a la vida por definir cuándo ésta empieza, se debe aclarar que ese no es el tema que nos ocupa, sin embargo en estos casos es deseable adoptar la postura de la Corte Suprema de Estados Unidos de América en el caso *Roe vs. Wade*, en el que dispuso que los estados de la unión “*no tienen la facultad de adoptar una sola ‘teoría de la vida’ que nulifique las libertades de las mujeres*³¹”, definiendo un marco trimestral que consiste en:

³⁰ Se refiere a la jerarquización de la que les dota el artículo 11.6 de la CRE a ambos principios.

³¹ Tribe, L. (2012). El aborto: guerra de absolutos. México. Fondo de Cultura Económica. P.14.

1. En el primer trimestre de embarazo, el estado no puede intervenir en la decisión de una mujer de interrumpir su embarazo.
2. En el segundo trimestre el estado tiene la facultad de regular el aborto solo en lo concerniente a proteger la vida y la salud de la mujer.
3. En el tercer trimestre, ya que el feto es viable fuera del útero materno, su protección es facultad del Estado.

En tal sentido, en caso de despenalizar el aborto lo que ocurriría es una reducción en el índice de mortalidad materna, un registro certero de los nacimientos y muertes prematuras, y la protección del derecho a la vida continuaría siendo garantizada con mayor control demográfico. Es decir, dadas las circunstancias fácticas en las que los datos sobre mortalidad materna, infantil y fetal no son objetivamente medibles por la clandestinidad, y siendo que los abortos continuarán practicándose -no porque las mujeres quieran o disfruten de hacerlo, sino todo lo contrario- ya sea de manera clandestina o legal, no se puede asegurar que la prohibición contenida en el COIP proteja sustancialmente el derecho a la vida.

Por lo expuesto la seguridad de las premisas sobre su afectación, resultan ser no evidentemente falsas (1/4), ya que nunca se dejará de practicar abortos, lo cual no resulta ser un hecho que ponga en riesgo la continuidad de la especie humana.

Aplicación de la fórmula - Derechos a la libertad

$$\frac{4(Ij) * 1(Sj)}{2(Ii) * 1/4(Si)} = 8$$

Aplicación de la fórmula - Derechos a la vida

$$\frac{2(Ii) * 1/4(Si)}{4(Ij) * 1(Sj)} = 0.12$$

A partir de los resultados expuestos, se observa que en el caso concreto el derecho a la vida se ve satisfecho por las normas punitivas contenidas en los artículos 149 y 150 del COIP en 0.12, lo cual no justifica la intervención en los derechos de libertad consagrados en los artículos 66, numeral 3, literales a) y c), y numerales 5, 9 y 10 y desarrollados en las recomendaciones de órganos internacionales para despenalizar el aborto.

De este modo, se cumple con los tres pasos de la ponderación porque (i) se definió el grado de afectación del Sj en el valor de 8, después (ii) se definió la importancia de la satisfacción del principio que juega en contrario Si en el valor de 0.12, y (iii) en consecuencia se observa que la satisfacción del principio que juega en contrario Si no justificó la restricción o la no satisfacción del Sj .

En correspondencia con la *escala triádica*, la intervención del *Si* en el *Sj* es *grave*, mientras que la intervención del *Sj* en el *Si* es *leve*; lo que también deja ver que concurren los tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas argumentativas³². En consecuencia, tras cumplir la teoría de Alexy³³, la Corte debería estimar declarar la inconstitucionalidad de los artículos 149 y 150 del COIP.

IV PETITORIO

En virtud de los fundamentos de hecho y de derecho desarrollados en el presente Amicus, la y los comparecientes solicitan a la Corte Constitucional lo siguiente:

1. Que se apliquen los instrumentos internacionales de derechos humanos materializados en los informes de los Comités de Tratados que recomiendan al Ecuador la despenalización del aborto.
2. Que declare la inconstitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal por ser contrarios a la Constitución de la República del Ecuador.
3. Que defina un método de intervención estatal trimestral respecto del aborto, de manera que el derecho a la vida y los derechos de libertad encuentren dimensiones más claras y objetivas en lo que concierne a sus restricciones y contenido de su núcleo esencial.

V NOTIFICACIONES

Las notificaciones que nos correspondan las recibiremos en los siguientes correos electrónicos: gustavo.silva.c@outlook.com, sogoli42@hotmail.com, y mateorualse@gmail.com.

Gustavo Marcelo Silva Cajas
Mat. Prof. F. A. 17-2011-914

Seyedeh Sougand Hessamzadeh Villamagua
Mat. Prof. F. A. 17-2015-2318



Mateo Ruales
C.C. 171438601-6

³² Bernal, P. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, 99.

³³ Tomando en cuenta que el juicio de ponderación es parte del subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido, la CCE no realiza la revisión de los otros subprincipios del principio de proporcionalidad, me refiero a (i) la idoneidad, y (ii) la necesidad. Ver: BERNAL, P. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, 67.