

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

ASUNTO: Escrito de *Amicus Curiae* para el proceso 105-20-IN que demanda la inconstitucionalidad de la penalización del aborto por violación.

Ramiro J. García Falconí, en calidad de presidente de la Federación Nacional de Abogados de Ecuador, así como Eliana Melina Alba Zurita, abogada en libre ejercicio, dentro de la causa 105-20-IN (acción de inconstitucionalidad de la penalización del aborto por violación), ante ustedes comparecemos para presentar el siguiente *Amicus Curiae*.

1. AMICUS CURIAE

La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional incorpora en su articulado una figura como herramienta procesal fundamental para la participación en democracia que puede ser postulado por cualquier persona o grupo de personas, quienes presenten interés en el tema de una causa en particular:

Art. 12 - Comparecencia de terceros. Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de amicus curiae que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado. Podrán también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL AMICUS CURIAE

2.1. ESTADO DE LA SITUACIÓN

En Ecuador, la tipificación del aborto se exceptúa en los casos de grave riesgo para la salud de la mujer y cuando se trata de violación a una mujer discapacitada mental. Por lo tanto, se extiende forma amplia inclusive cuando se trata de adolescentes menores de 18 años, quienes evidentemente son víctimas de violación o estupro, y cualquier otra víctima de estos delitos contra la integridad sexual.

El Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Ecuador en su última entrega sobre madres adolescentes del 2014 registro a través de Censo de Población y Vivienda 122.301 madres adolescentes. El 34,1% de las madres poseía apenas educación primaria y el 56,7% instrucción secundaria, es decir en un rango de 10 a 18 años¹.

Para 2015 alrededor de 380 000 mujeres en el Ecuador fueron víctimas de violación sexual y una de cada cuatro mujeres ha vivido alguna agresión de tipo sexual, según datos oficiales con índices de niñas y adolescentes muy altos. En los últimos diez años, el embarazo en niñas entre 10 y 14 años se incrementó en un 74,8%, situación que está estrechamente ligada a la violencia sexual. En el Ecuador hay registradas más de 3600 niñas menores de 15 años que son madres producto de una violación, de acuerdo con cifras proporcionadas por el Consejo Nacional de la Niñez y la investigación Vidas Robadas. La Fiscalía ha documentado 961 casos de violencia sexual en el sistema educativo².

En el primer inciso del artículo 45 de la Constitución del Ecuador se señala que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser

¹Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Ecuador, [Ecuador registra 122.301 madres adolescentes según Censo 2010 | \(ecuadorencifras.gob.ec\)](http://ecuadorencifras.gob.ec) Visitado por última vez: 27 de abril de 2021.

²REVISTA PLAN B, [Ecuador: las mujeres perseguidas por aborto | Plan V](#) Visitado por última vez: 27 de abril de 2021.

humano, además de los específicos de su edad. En esta línea, el estado ecuatoriano reconoce y garantiza la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. El concepto de la palabra “concepción” tiene un origen religioso relacionado con la “inmaculada concepción³”, entendida como el momento en el que entran en contacto el ovulo y el espermatozoide que forma el cigoto, situación incompatible con lo establecido en el Art. 60 del Código Civil ecuatoriano vigente que establece que el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás.

Al realizar un análisis de las normas en mención de acuerdo con el artículo 66.10 de la Constitución del Ecuador⁴, podríamos identificar la ponderación de la protección de la vida desde la concepción y el derecho de la mujer a la privacidad y la autonomía procreativa. En este sentido, el desprecio por los derechos fundamentales de la mujer ha desencadenado en la incapacidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano para tutelar de manera efectiva los derechos de la mujer embarazada.

El artículo 66.10, en torno a los derechos de libertad, reconoce y garantiza a las personas 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; y al mismo tiempo tipifica el aborto como delito al aborto en los artículos 147, 148, 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal. Se trata

³ En LUCAS 1:28 el ángel Gabriel enviado por Dios le dice a la Virgen María “Alégrate, llena de gracia, el Señor está contigo”. En el mismo sentido, Pío IX en la Bula Ineffabilis Deus de 8 de diciembre de 1854 señala "...declaramos, proclamamos y definimos que la doctrina que sostiene que la beatísima Virgen María fue preservada inmune de toda mancha de la culpa original en el primer instante de su concepción por singular gracia y privilegio de Dios omnipotente, en atención a los méritos de Cristo Jesús Salvador del género humano, está revelada por Dios y debe ser por tanto firme y constantemente creída por todos los fieles...".

⁴ “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”.

de un problema de incapacidad de origen que niega a la mujer embarazada la posibilidad de rechazar de manera autónoma una maternidad no deseada, esta limitación sobre la decisión libre durante el periodo de gestación hace impracticable la garantía de contenido esencial y relega a la mujer a ser un sujeto pasivo de derechos fundamentales⁵.

Por otro lado, es necesario remitirnos a criterios político-criminales sobre la despenalización del aborto, ya que no se trata de una discusión entre quienes bajo una idea de crimen y castigo se autodefinen como abortista o anti-abortistas, sino de la valoración que se debe realizar sobre el delito en cuestión. Uno de los principales argumentos se enfoca en las finalidades de la pena, tanto desde el punto de vista de la prevención general como de la especial, ya que la represión de esta conducta no se podría considerar con suficiente fuerza para impulsar una motivación hacia el respeto del bien jurídico, esperanza de vida; además, en diversos sectores de la población el ideal sobre la punición de estas conductas encuentra un despropósito.

Desde la perspectiva de la mujer que aborta y la prevención especial es imprescindible analizar lo que representa la intervención o la utilización de medios de cualquier tipo para interrumpir el periodo de gestación de la embarazada que desde cualquier perspectiva resultan nada placenteras y, sobre todo, bajo una situación de riesgo que representa un aborto clandestino, en el contexto de un sistema de salud que punitiviza estas acciones o cuando ha sido víctima de violación.

2.2 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Varios autores⁶ señalan como único bien jurídico del delito de aborto a la libertad de la mujer, sin la intención de quitarle valor a la vida prenatal, al

⁵ VIVES ANTÓN, Tomás y María Luisa, CUERDA ARNAU, *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant Lo-blanche, Valencia, 2012, p. 113 y 114.

⁶ CARBONELL MATEU, Juan y José, GONZALES CUSSAC sobre el aborto en *Derecho Penal, Parte Especial*, VIVES ANTON, Tomás, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 586-587. En el mismo sentido,

existir un conflicto mayor con el libre desarrollo de la personalidad de la embarazada para quien el continuar con el embarazo podría suponer la disyuntiva sobre la posibilidad de escoger si quiere o no asumir una tarea evidentemente no deseada y que la naturaleza le ha encomendado⁷, configurándose el indicativo sobre el fundamento de no exigibilidad de otra conducta⁸. Luzón Peña defiende esta idea de no exigibilidad y pone hincapié en la idea de respetar la decisión del agente, mujer o terceros, afirmando que los intereses en juego son la libertad y la dignidad, el libre desarrollo de la vida y la personalidad, el derecho al no sufrir angustias o sufrimiento, el derecho a no soportar sino asumir libremente cargas u obligaciones especialísimas muy superiores a las normales de la paternidad o el parentesco⁹.

2.3 UN PROBLEMA DE CULPABILIDAD

Welzel se encargó de introducir criterios de realidad ontológica-objetiva en las diversas categorías dogmáticas incluyendo la culpabilidad, señalando que el planteamiento del reproche de culpabilidad toma en cuenta la decisión de valores a favor de la acción injusta, la cual es llevada a cabo con motivo de esa decisión¹⁰, estableciendo una valoración del aspecto subjetivo y basado en una real posibilidad de evitabilidad respecto al mensaje normativo (poder

LUZON PEÑA, Diego, *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*, PPU, Barcelona, 1991, p. 357 y 358. BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal, parte especial*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 53. ROMEO CASABONA, Carlos, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 357. DIEZ RIPOLLES, *Análisis de los elementos de las causas de justificación del art. 417 bis del Código Penal*, p. 192-193. LAURENZO COPELO, *El fundamento de las indicaciones del aborto*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1990, p. 872. ORTS BERENGUER, *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p.275.

⁷ CARBONELL MATEU, Juan y José, GONZALES CUSSAC sobre el aborto en *Derecho Penal, Parte Especial*, VIVES ANTON, Tomás, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 586-587

⁸ GONZALES RUS, Juan, sobre el aborto en *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, COBO DEL ROSAL, Manuel, Edersa, Madrid, 1993, p. 173.

⁹ LUZON PEÑA, Diego, *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*, PPU, Barcelona, 1991, p. 357 y 358.

¹⁰ WELZEL, Hans, *Estudios sobre el sistema de derecho penal*, traducción Gustavo Aboso y Tea Löw, BdeF, Buenos Aires, 2003, p.33

actuar de otro modo)¹¹. Justamente, la discusión sobre la exigibilidad de la mujer en estado de gestación de actuar de otro modo es la que analizaremos para lo cual es necesario revisar algunos criterios previos.

Un aporte fundamental para el desarrollo del finalismo fue la propuesta de Von Weber, precursor de un libre albedrío progresivo en la vida humana¹², la culpabilidad tendría como base a la exigibilidad y evitabilidad del sujeto, en tanto no pueda actuar de otra manera¹³. El autor señala textualmente “nosotros erigimos el reproche cuando el autor puede hacer algo para eso, o sea, cuando ha realizado una acción punible que le era evitable, cuando no era para él un destino ineludible¹⁴.

En la época de los treinta, la bifurcación en la teoría del delito sobre el tipo objetivo como objeto de valoración de la antijuridicidad y al tipo subjetivo como la culpabilidad es resuelta por Graf zu Dohna¹⁵ quien a través de su teoría logra eliminar los elementos subjetivos-psíquicos y retiene solamente el elemento normativo reprochabilidad¹⁶. En cuanto a la acción, esta se consideró como obra de un comportamiento psíquico que merece desaprobación por ser la determinación de una voluntad contraria a deber, a saber, que está dirigida hacia la realización de un resultado antijurídico¹⁷.

En 1939, Welzel señala que el reproche de culpabilidad toma en cuenta la decisión de valores a favor de la acción injusta, la cual es llevada a cabo con motivo de esta decisión¹⁸, tomando en consideración, que la actuación conforme a sentido puede generar el desvalor ético de la acción culpable, ya

¹¹ GALVAN RAMOS, Marcos, *Hacia una culpabilidad de contención punitiva*, Ara Editores, Argentina, 2017, p. 92.

¹² VON WEBER, Hellmuth, *Lineamientos del Derecho Penal alemán*, 2008, p. 117.

¹³ DONNA, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, t.i, 2003, p. 168

¹⁴ VON WEBER, Hellmuth, *Para la estructuración del Sistema de Derecho Penal*, 1935, p. 185 y 149 en VON WEBER, Hellmuth, *Lineamientos del Derecho Penal alemán*, Ediar, Buenos Aires, 1948.

¹⁵ JESHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Comares, Granada, 1993, p. 379

¹⁶ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 151,

¹⁷ GRAF ZU DOHNA, Alexander, *La estructura de la teoría del delito*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 32.

¹⁸ WELZEL, Hans, *Estudios sobre el sistema de derecho penal*, op. cit. p.33

que “tú hubieras debido actuar conforme a la norma, porque hubieras podido actuar conforme a la norma¹⁹” e identifica como objeto de reproche de la culpabilidad a la acción en su totalidad²⁰.

La crítica de Mezger a la culpabilidad normativa en razón de lo que consideraba un vaciado de concepto, siendo que su propuesta sobre culpabilidad psico-normativa evita este incidente²¹. En respuesta, Welzel señaló que la distinción de la valoración y de su objeto es posible y obligada lógicamente pero no cabe reducir la culpabilidad a la mera valoración, el problema trasciende de la frontera de distinción de la valoración y su objeto, se trata de la inserción correcta de los elementos fácticos que integran el objeto de la valoración²². El supuesto de “vaciado de concepto”, en realidad es la depuración de elementos extraños²³.

El contenido ontológico-objetivo de la culpabilidad finalista estaría constituido por la “posibilidad de actuar de otro modo”, la alusión al libre albedrío tuvo que encontrar fundamentos apropiados ante la crítica a la imposibilidad de demostración empírica para consolidar el concepto. Welzel para sustentar la libertad de la voluntad, distinguió tres estamentos para explicar su existencia²⁴:

1.- Fundamento antropológico

En base a los postulados de antropología de Scheler, conforme a los cuales el hombre posee libertad existencial, a la vez el poder de desvincularse del ámbito meramente orgánico.

2.- Fundamento caracterológico

¹⁹ WELZEL, Hans, *La teoría de la acción penalista*, Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 33,

²⁰ WELZEL, Hans, *Estudios sobre el sistema de derecho penal*, op. cit. p.70.

²¹ MEZGER, Edmund, *Modernas orientaciones de la dogmática penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 52

²² WELZEL, Hans, *El nuevo sistema de derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2002, p. 131,

²³ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 153 y ss,

²⁴ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Parte General*, op. cit. p. 153 y ss,

Debido a la desintegración de las formas innatas de conducta y la constitución de un “yo” como centro responsable, la estructura anímica del hombre estará comprendida por una pluralidad de estratos. Un estrato profundo en torno a los impulsos vitales de conservación, el mismo que los dirige conforme a valores, actos de pensamiento (fundamentos lógico-objetivos) y la voluntad (sentido y valor).

3.- Fundamento categorial

La libertad no es la posibilidad de elegir arbitrariamente entre sentido y contrasentido, entre valor y disvalor; la aceptación de tal libertad infundada de elección, solo nos conduciría al indeterminismo y destruirá al sujeto de la responsabilidad. Mientras que lo contrario al valor determina al hombre, lo determina en forma de estímulo causal y mientras tanto no se ha puesto todavía en marcha el acto de libertad²⁵.

La relativización de la exigibilidad como sustento material de la culpabilidad se configuraría a través de los postulados de Henkel²⁶. Este autor analiza la culpabilidad como una institución reducida al sustento material de la culpabilidad, pasando a ser un principio regulador de análisis concreto en todas las categorías del delito; es decir, la concreta determinación de los límites dudosos de la exigencia de deber contenida en el elemento normativo de la culpabilidad lo que permitiría establecer la medida de aquello que podía esperarse del autor como prestación obligatoria de acuerdo con las circunstancias del caso individual²⁷.

La corriente finalista a la que se adscribe el Código Orgánico Integral Penal asume que la culpabilidad normativa se encuentra construida por la

²⁵ WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chila, 1987, p. 209. y ss.

²⁶ GALVAN RAMOS, Marcos, *Hacia una culpabilidad de contención punitiva*, Ara Editores, Argentina, 2017, p. 92.

²⁷ HENKEL, Heinrich, *Exigibilidad e Inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, BdeF, Bueno Aires, 2005, p. 120.

imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la ilicitud del acto (conocimiento del actuar antijurídico) y la exigibilidad (juicio de reproche). Por lo tanto, el análisis sobre el tipo penal del aborto se debe realizar en torno a los criterios dogmáticos antes expuestos.

En síntesis, la concepción normativa de la culpabilidad tiene como elemento imprescindible la exigibilidad para la completa formulación del juicio de reproche²⁸. Cuando nos referimos a “la no exigibilidad de otra conducta”, el sujeto que reúne las características que fundamentan positivamente el hecho puede quedar exento de responsabilidad cuando se llegue a la conclusión de que debido a las circunstancias concurrentes no era posible exigirle que actuara de otra manera²⁹.

La mujer por el hecho de haber sido víctima de violación tiene una prestación obligatoria de acuerdo con las circunstancias individuales que no ha elegido y continuar con el periodo de gestación implicaría continuar con el embarazo pese a las consecuencias que se puedan derivar de esa conducta como las relacionadas el bien jurídico integridad personal, dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer.

En conclusión, al analizar la exigibilidad (juicio de reproche) de la mujer que aborta, víctima de violación, no se podría reprochar su conducta en torno a la posibilidad de escoger si quiere o no asumir una tarea evidentemente biológica que no ha elegido, sobre todo cuando esta se ha derivado de una conducta penalmente relevante como es la violación.

²⁸ AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Comares, Granada, 2004, p. 9

²⁹ AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Comares, Granada, 2004, p. 10 y ss.

3. PETICIÓN

Por todo lo argumentado y de acuerdo con lo que establece la Constitución de la República del Ecuador, solicitamos:

- Se tome en consideración los criterios y doctrina expuesta en el presente *Amicus Curiae*, y, en consecuencia, se acepte la Acción de Inconstitucionalidad y se declare la inconstitucional de la norma en cuestión; y,
- En el mismo sentido, se disponga la reparación integral a las víctimas de estos delitos que han sido procesadas y afectas por esta tipificación inconstitucional, de acuerdo con lo que establece nuestra Carta Magna y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Las notificaciones que nos correspondan las recibiremos en los correos electrónicos: ramiro_garcia70@hotmail.com y elito74@live.com.

Ramiro J. García Falconí

MAT. 4368. CAP

Eliana Alba Zurita

MAT. 15226. CAP

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

- AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Comares, Granada, 2004.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal, parte especial*, Ariel, Barcelona, 1991.
- CARBONELL MATEU, Juan y José, GONZALES CUSSAC sobre el aborto en *Derecho Penal, Parte Especial*, VIVES ANTON, Tomás, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- DA COSTA LEIVA, Miguel, *El problema del aborto y el infanticidio en los filósofos griegos* en Revista Latinoamericana de Bioética, 2011, vol. 11, núm.1, edil. 20.
- DIEZ RIPOLLES, Análisis de lo elementos de las causas de justificación del art. 417 bis del Código Penal, p. 192-193.
- DONNA, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1998..
- FERNANDEZ BAUTISTA, Silvia, Del aborto en *Comentarios al Código Penal Español*, CORCOY VIDASOLO, MIRENXTU y Santiago, MIR PUIG, Tirant Lo-Blanch, Valencia, 2015.
- GALVAN RAMOS, Marcos, *Hacia una culpabilidad de contención punitiva*, Ara Editores, Argentina, 2017.
- GONZALES GUTIERREZ, Patricia. *La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia* en Revista de Historia Antigua, Ediciones Complutense, 2016.
- GONZALES RUS, Juan, *Compendio de Derecho Penal Especial*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- GONZALES RUS, Juan, sobre el aborto en *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, COBO DEL ROSAL, Manuel, Edersa, Madrid, 1993.

- GRAF ZU DOHNA, Alexander, *La estructura de la teoría del delito*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.
- HENKEL, Heinrich, *Exigibilidad e Inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, BdeF, Buenos Aires, 2005.
- JESHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Comares, Granada, 1993.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Del aborto en La parte especial del Derecho Penal*, Constitución y Leyes, Madrid, 2015.
- LAURENZO COPELO, *El fundamento de las indicaciones del aborto*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1990.
- LUCAS 1:28
- LUZON PEÑA, Diego, *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*, PPU, Barcelona, 1991.
- MEZGER, Edmund, *Modernas orientaciones de la dogmática penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- ORTS BERENGUER, *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.
- QUEZADA, Noemí, *Métodos anticonceptivos y abortivos tradicionales*, ANALES DE ANTROPOLOGIA, 1998.
- RIVIIRIEGO PICÓN, Fernando, *Otro estudio más del aborto. La Indicación eugenésica y su fundamentación*, Dykinson, 1998.
- ROMEO CASABONA, Carlos, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- VIVES ANTÓN, Tomás y María Luisa, CUERDA ARNAU, *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant Lo-blanche, Valencia, 2012.

- VON WEBER, Hellmuth, *Lineamientos del Derecho Penal alemán*, 2008.
- VON WEBER, Hellmuth, *Para la estructuración del Sistema de Derecho Penal*, 1935, p. 185 y 149 en VON WEBER, Hellmuth, *Lineamientos del Derecho Penal alemán*, Ediar, Buenos Aires, 1948.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chila, 1987.
- WELZEL, Hans, *El nuevo sistema de derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2002.
- WELZEL, Hans, *Estudios sobre el sistema de derecho penal*, traducción Gustavo Aboso y Tea Löw, BdeF, Buenos Aires, 2003.
- WELZEL, Hans, *La teoría de la acción penalista*, Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 33,