

Quito, 27 de abril de 2021

Señoras y Señores
Juezas y Jueces
Corte Constitucional del Ecuador

En su despacho,

Referencia: Amicus Curiae en el caso 34-19-IN y acumulados.

I COMPARECENCIA

Nosotros: Christian Alexander Paula Aguirre, portador de la cédula de ciudadanía no.1711801454, mayor de edad, en ejercicio de mis derechos ciudadanos, abogado y docente universitario de profesión; Gilda Paulina Palacios Herrera, portadora de la cédula de ciudadanía no.1706316666, mayor de edad, en ejercicio de mis derechos ciudadanos, abogada y docente universitaria de profesión y Milena Almeida Mariño, portadora de la cédula de ciudadanía no. 0913869889, mayor de edad, en ejercicio de mis derechos ciudadanos, antropóloga y docente universitaria de profesión; nos presentamos ante esta Corte para expresar nuestros argumentos de hecho y derecho dentro del caso 34-19-IN y acumulados “Inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal, COIP”.

II BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, como parte vinculante dentro del sistema jurídico interno, se sustenta en los siguientes artículos de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE):

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”.

Fuente: Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Elaborado por: Christian Paula A.

A partir de esta construcción jurídica, los instrumentos internacionales de derechos humanos son vinculantes para el Ecuador, tanto los de *soft law*, “son principios generales del derecho Internacional, o son el fruto derivado de las organizaciones internacionales, serán también jurídicas que se presumen obligatorias para los Estados (...)”,¹ como los *hard law*, siendo aquellos que crean “(…)obligaciones jurídicas concretas para los Estados Parte en los mismos. Además, ponen en funcionamiento un entramado institucional que se encarga de supervisar, controlar y garantizar el buen cumplimiento de esas obligaciones por parte de los Estados”². Este conjunto de normas internacionales es lo que la doctrina llama *Bloque de Constitucionalidad*.

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.

La ratificación del Ecuador a estos tratados internacionales, sin haber expuesto reservas a los mismos, con ello ha reconocido las competencias de los órganos de tratado que estos instrumentos desarrollan. En el sistema de tratados de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas, los órganos de seguimiento creado por cada uno de estos tratados tienen algunas competencias, entre ellas el examinar y recomendar mecanismos para que los Estados cumplan de manera adecuada sus obligaciones respecto a estos tratados.

¹ Carlos Villa Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (Madrid: Trotta, 2006), 210

² *Ibidem.*, 209

Respecto al caso de la despenalización de aborto, diferentes comités de tratado de derechos humanos bajo el sistema de Naciones Unidas, han realizado una serie de recomendaciones al Ecuador para que se proteja el derecho a decidir de las mujeres, a través de los siguientes instrumentos:

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	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.

Es así, que los informes y recomendaciones que generan los órganos de tratado son instrumentos internacionales de derechos humanos que resultan vinculantes para el Ecuador, en el marco de los principios del Derecho Internacional Público que se consagran en la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados³ (1969), que en sus artículos 26 y 27, rezan 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.

Esto implica que la normativa nacional no puede ser excusa para el incumplimiento de la normativa internacional. Es por ello, que la serie de recomendaciones que provienen de los órganos de tratados ratificados por el Ecuador, en donde se solicita la despenalización del aborto, al ser emitidos por la entidad competente en el ámbito del derecho internacional público, generan obligaciones directas para el Estado. Así, el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) en sus artículos 149 y 150, no pueden ser interpuesto bajo el criterio de la "soberanía nacional", cuando las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se superponen a estas.

En complemento de lo dicho, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 11-18-CN describe que el que el bloque de constitucionalidad representa los derechos que no se encuentran de manera taxativa en el texto de la Constitución, pero que adquieren su protección por la remisión que la Carta Magna realiza a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la dignidad humana⁴. Ahora bien, si algún derecho no se encuentra reconocido de manera textual en la normativa jurídica nacional o internacional, la cláusula abierta determina que la interpretación constitucional con base a la dignidad humana relacionada con la actualidad social⁵.

En el caso del derecho a las mujeres a decidir sobre sus cuerpo y su sexualidad, está reconocido a nivel constitucional en el artículo 66 numeral 9, que señala lo siguiente: "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". El contenido de este derecho amerita su interpretación por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, con base a los estándares internacionales de derechos humanos arriba expuestos.

Los vacíos formales frente al derecho a la sexualidad de las mujeres sobre la despenalización del aborto, requiere que esta "[...] aparente laguna o vacío se resuelve mediante el reconocimiento expreso. El reconocimiento lo puede hacer cualquier autoridad del Estado en el ámbito de sus competencias. Esto es, si se requiere incorporación al texto constitucional, el Estado los reconoce a través de la reforma constitucional, la interpretación constitucional o la jurisprudencia constitucional"⁶.

Por lo tanto, esta acción de inconstitucionalidad a los artículos 149 y 150 del COIP amerita una interpretación sistémica y evolutiva desde los valores y principios constitucionales; que significa igualmente, compatibilizar mediante la interpretación constitucional, la legislación secundaria (COIP) con los estándares interacionales de derechos humanos.

³ https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

⁴ Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)*, 12 de junio de 2019, párrs. 140 y 142.

⁵ *Ibid.*, 144.

⁶ *Ibid.*, 148.

III

LA DISCRIMINACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 149 Y 150 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Luigi Ferrajoli cuando reflexiona respecto a la igualdad y la diferencia determina cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia: indiferencia jurídica de las diferencias, diferenciación jurídica de las diferencias, homologación jurídica de las diferencias y la valoración jurídica de las diferencias.⁷ Este último modelo es que el autor lo conceptualiza como la “(...) Afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás”⁸.

La valoración jurídica de la diferencia es lo que varios estándares de derechos humanos determina como *Igualdad Material*, misma que significa la equiparación y equilibrio de situaciones económicas y sociales, se desprende como una suerte de compensación a las desigualdades, por lo que el reconocimiento de esas diferencias logra que todas las personas puedan llegar a ser iguales en las condiciones mínimas de vida y supervivencia.⁹ En función de lo señalado, el Comité de Derechos Humanos de la ONU destacó que no todo trato diferenciado constituye discriminación,¹⁰ por lo que la Corte IDH ha establecido que “el término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo”¹¹ lo que significa que “pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”.¹²

La valoración jurídica de la diferencia se consolida en la CRE a través de la transversalidad del principio de igualdad y no discriminación, que en el caso de las mujeres se ha traducido en cinco diferentes formas: elemento constitutivo del Estado, principio, derecho, obligación, responsabilidad y Consejos Nacionales para la Igualdad. A continuación, una tabla que ejemplifica lo dicho:

Elemento Constitutivo del Estado Principio fundamental Deber del Estado	Art. 3.1.	Son deberes primordiales del Estado. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.
Principio de aplicación de los derechos	Art.11.2	Nadie podrá ser discriminado por razones de (...) sexo (...). 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.

⁷ Juigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías la Ley del más Débil* (Madrid: Trota, 1999), 73-76

⁸ *Ibidem.*,76

⁹ José García Añón, “Derechos Sociales e Igualdad” en *Derechos Sociales* (México: Fontamara, 2003), 85.

¹⁰ Comité de Derechos Humanos, *Comentario general 18: no discriminación (37º periodo de sesiones)*, [1989], 0/11/89, párr.13.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, 17 de Septiembre de 2003, párr.84.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84*,19 de enero de 1984, párr.89.

Derecho de libertad	Art.66.4	Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación
Enfoque de Género	Art.70	El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.
Deberes de las y los ecuatorianos	Art.83.14	Respetar y reconocer las diferencias de género, la orientación sexual e identidad de género.
Consejos nacionales de igualdad	Art.156	(...)Los consejos ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género (...) de acuerdo con la ley(...)

Fuente: CRE.

Elaborado por: Christian Paula.

La CRE reconoce a la igualdad y no discriminación de diversas formas como arriba se lo señaló, pero esto se complementa con la protección de derechos específicos sobre las mujeres y en particular aquellas víctimas de violencia, que se las puede encontrar en el artículo 35 y el artículo 66 numeral 3 literal b. Esta base normativa respecto a los derechos especiales de las mujeres víctimas de violencia debe interpretarse en consonancia con el contenido de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (publicada en el Registro Oficial Suplemento 175 de 05 de febrero de 2018). Además de esta ley particular, esta interpretación del principio de igualdad y no discriminación como mecanismo de violencia contra las mujeres debe articularse con: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (en adelante CEDAW) y con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Belem do Pará)

La normativa nacional e internacional señala que el principio de igualdad y no discriminación es de aplicación directa, además de ser del *jus cogens*. En el caso de la discriminación que viven las mujeres que a su vez esto implica la reproducción de la violencia basada en género en espacios públicos y privados. Así aplicación de este principio es vital analizarlo en confrontación con los artículos 149 y 150 de COIP:

COIP	
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.

En lo que respecta al principio de igualdad y no discriminación como principio, es necesario tomar las palabras de Alexy, quien manifiesta que la ponderación de principios es aplicable en normas del mismo rango que una tendrá mayor peso que otra en el caso concreto¹³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha determinado que discriminar es cuando no existe una justificación de la siguiente manera:

[...]La Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido¹⁴.

En función de lo señalado, es menester pasar a los artículos 149 y 150 del COIP frente al examen de proporcionalidad respecto a los estándares del principio de igualdad y no discriminación.

Objetividad: este elemento representa si la decisión persigue la consecución de un fin legítimo, es decir, que exista una diferencia sustancial y no meramente formal¹⁵. “Un fin será legítimo cuando no se halle constitucionalmente prohibido de manera clara, en cuyo caso sería francamente inadmisibles y no habría necesidad de examinar más”¹⁶. Adicionalmente, dentro del parámetro de objetividad se debe dimensionar la idoneidad y la necesidad de la restricción del derecho. La idoneidad refiere a la aptitud de la intervención para contribuir en la realización del fin legítimo, si la medida no tiene esa capacidad carece de justificación. Por su parte, la necesidad exige la demostración de imprescindibilidad, ya sea porque es la única medida disponible para alcanzar el fin legítimo, o porque entre varias medidas resulta ser la menos lesiva al afectar en menor medida el derecho¹⁷.

En lo que respecta al artículo 149 del COIP donde se sanciona el aborto, siendo este un delito contra la vida, se debe interpretar respecto a la vida que se pretende defender. En este sentido, la CRE en el artículo 45 garantiza el derecho a la vida desde la concepción, sin embargo, este concepto no tiene una postura científica y filosófica única.

En el ámbito científico-legal la Corte IDH en el caso *Atravía Murillo Vs. Costa Rica* ha determinado que el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de este evento no procede aplicar el derecho a la vida. Motivo por el cual, se entiende como sujeto de derecho al no nacido

¹³ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 90

¹⁴ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr.316

¹⁵ Hernán Salgado, “*Voto Concurrente*”, en Corte IDH “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, Serie A No 18., párr.6.

¹⁶ Matthias Klatt y Mortz Meister, *La Proporcionalidad como Principio Constitucional Universal*, (México D.F, Universidad Autónoma de México, 2017), XXIII

¹⁷ Matthias Klatt y Mortz Meister, *La Proporcionalidad como Principio Constitucional Universal*, XXIV - XXV

desde el momento de la implantación¹⁸. Ahora bien, el Código Civil del Ecuador dentro de los artículos 60 y 61 contemplan lo siguiente:

Art.60.- 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.

Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo

Art. 61.- La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento¹⁹.

Entonces, el artículo 45 de la CRE carece de contenido material claro sobre el derecho a la vida del *nasciturus*, debido a que este se encuentra condicionado por la base del criterio de la Corte IDH y del Código Civil del Ecuador. Frente a esta disyuntiva la Corte Constitucional del Ecuador en función de los desarrollos científicos y filosóficos debe contemplar la teoría que más se adecúa respecto al inicio de la vida humana. El concepto de concepción al ser ambiguo, necesita de una carga académica que permita una interpretación pertinente que permita con evidencia científica demostrar la viabilidad de la vida humana dentro del vientre materno; por ello, la decisión que realice la Corte Constitucional podrá saldar esta disyuntiva jurídica. Es por ello, que la protección del art.149 al derecho a la vida del *nasciturus* no es objetiva, debido a que no se especifica el momento científico donde se entenderá el comienzo fáctico de la vida humana-viable.

En el caso del art.150 del COIP sobre las excepciones para que los abortos procedan se basan en dos derechos-principios constitucionales. La primera causal de este artículo es la salud y vida de la madre, en su condición de mujer embarazada. Cabe recordar que las mujeres embarazadas gozan de protección reforzada bajo el art.35 y 43 de la CRE (como grupo de atención prioritaria). Además, del derecho que ellas gozan a la vida (CRE: art.66 num.1 y 2) y el derecho a la salud (CRE: arts. 32 y 66 num.2). Es así, que la causal número uno del art.150 en la salud y vida de una mujer embarazada, por sobre la posible vida de un *nasciturus* (inviabile). En este sentido, la idea de vida debe interpretarse bajo los estándares de la vida digna la madre (CRE: art.66 num.2).

En lo que respecta a la segunda causal, que se refiere a la violación sexual de una mujer “que padezca de discapacidad mental”, los derechos-principios que están inmiscuidos son aquellos referentes a la capacidad de la libertad del ejercicio del consentimiento en el ejercicio de la sexualidad (CRE: 66 num.9) y la situación de grupo de atención prioritaria (CRE: arts.35, 43, 47 y 48). Sin embargo, una violación sexual desde lo estipulado desde el artículo 171 del COIP representa la falta de consentimiento en un acto sexual. Es por ello, que el art.150 al limitar la posibilidad del aborto solo a mujeres con discapacidad mental, deja de lado al resto de mujeres víctimas de violación sexual, que su derecho la

¹⁸ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

¹⁹ Ecuador, Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, 19 de junio de 2015, arts-60 y 61.

libertad del ejercicio del consentimiento en el ejercicio de la sexualidad (CRE: 66 num.9) fue menoscabado.

Entonces, el artículo 150 al desconocer los derechos de vida, vida digna, salud y libertad del ejercicio de la sexualidad a través del consentimiento, no está garantizando en igualdad estos derechos a todas las mujeres. Es por ello, que no cumple los requisitos de protección del fin legítimo (objetividad), porque protege exclusivamente a las mujeres con discapacidad mental víctimas de violencia sexual, cuando esta la puede vivir cualquier mujer, independientemente de su situación de discapacidad.

Razonabilidad: implica que las diferencias deben ser relevantes y poseer una importancia suficiente para justificar que una de ellas resulta más fuerte, para justificar así un trato distinto, y ser necesarias y no únicamente conveniente o útil²⁰. En este punto, si no existe una definición clara de la concepción, sobre el momento biológico y viable de la vida humana, la protección que se realiza en el artículo 148 es ambigua y se acoge a cualquier tipo de interpretaciones.

Por su parte, el artículo 150 al posibilitar la libertad de decisión de las mujeres embarazadas para interrumpir su gestación con base a su derecho a la vida, salud y condición de discapacidad resulta segregadora. Las mujeres que son víctimas de violación sexual, se les ha vulnerado su derecho a la libertad sexual y a la dignidad humana, justamente porque la incapacidad de ofrecer el consentimiento para el acto sexual. Es por ello, que limitar solo a las mujeres con discapacidad que han sido violadas la posibilidad de abortar, es un trato injusto frente al resto de mujeres que sufrieron la misma violencia. Esta distinción se basa en la capacidad del consentimiento, que supuestamente las mujeres con discapacidad mental no lo tienen, pero tampoco lo tienen el resto de mujeres que han experimentado una agresión tipificada en el art.171 del COIP.

Si se analiza el concepto de violación del art.171 del COIP y la descripción de las conductas de los seis numerales de esta norma, se colige con facilidad que el tipo penal sanciona el acceso sexual sin consentimiento. Es por ello, que la posibilidad de abortar exclusiva para las mujeres con discapacidad mental excluye a las mujeres que han vivido estas experiencias, y que producto de la misma se las embaraza, sin que ellas tengan la posibilidad de escoger si desean ser madres o no, en el marco de su derecho a escoger tener hijos o no (CRE: 66 num.9). Es por ello, que el art.150 del COIP no cumple el criterio de razonabilidad en la distinción entre mujeres con discapacidad mental y mujeres sin discapacidad mental víctimas de violación sexual.

Proporcionalidad: este parámetro implica la ponderación en sentido estricto, lo que implica la valoración de la importancia de los principios constitucionales en el caso concreto para definir cual requiere de mayor protección. En este sentido, la teoría le otorgará mayor peso al principio que recoja de manera más eficiente el fin legítimo de la norma constitucional en su conjunto, frente al principio que se encuentra mayor limitado a dicho fin, al cual se le otorga un menor peso.²¹

²⁰ Hernán Salgado, “*Voto Concurrente*”, párr.7.

²¹ Matthias Klatt y Mortz Meister, *La Proporcionalidad como Principio Constitucional Universal*,

En estricta definición el delito de aborto protege el derecho a la vida del nasciturus, sin embargo, sin una definición adecuada del momento biológico de la vida humana-viable; la protección de esta vida en potencia es ambigua, como se lo analizó en la sección del criterio de objetividad de este artículo.

Por otro lado, la falta de claridad del concepto de concepción, se suma con la distinción no razonable que se realiza entre las mujeres víctimas de violación sexual. En este punto, la prioridad de protección se debe dar a las mujeres embarazadas como grupo de atención prioritaria y bajo su derecho a la libertad de su sexualidad. Una vez que exista un criterio adecuado, preciso y que logre balancear la protección del nasciturus frente al derecho de las mujeres a escoger ser madres, este examen de proporcionalidad será más evidente.

Esta línea de análisis lo han realizado los tribunales de España, Portugal, Eslovaquia y Colombia; en donde se ha establecido la protección de la vida parental como valor objetivo y no como un derecho. Bajo esta premisa los intereses en conflicto sonden distinto tipo. Esta interpretación les ha permitido a los Tribunales Constitucionales determinar que la prioridad prima facie de los derechos sobre los valores objetivos. Esto significa que los derechos tienen más peso que los valores que solo representan intereses constitucionales²². Así, los Tribunales han interpretado que la vida por nacer no tiene derecho al mismo grado de protección que la vida de las mujeres que ya están nacidas. Es por ello que la Corte Constitucional Colombiana manifiesta que “ si bien es verdad, que [el ordenamiento jurídico] otorga protección al nasciturus, no le otorga el mismo grado e intensidad que a la persona humana”²³

En este orden de ideas, Tribunales Constitucionales de otros países del mundo han realizado este examen para entender las consecuencias de limitar o sancionar el derecho a las mujeres a escoger la interrupción del embarazo. En el año 2012 el Tribunal Constitucional de Portugal analizó que el derecho penal no ha impedido la disminución en las tasas de aborto, sino que expresa su incapacidad de crear “un entorno propicio y favorable a la decisión de continuar un embarazo”²⁴.

Por lo tanto, los artículos 149 y 150 del COIP al no pasar por los criterios de distinción que contiene el principio de igualdad y no discriminación, resultan ser discriminatorios. Esto trae consigo la obligación de interpretación adecuada de la Constitución desarrollar el contenido material del derecho a las mujeres a su libertad en el ejercicio de su sexualidad y maternidad, además del valor objetivo de la vida del nasciturus. Esta interpretación deberá resultar en la expulsión del ordenamiento jurídico de los artículos 149 y 150 del COIP.

²² Verónica Undurraga, “IV. El Principio de Proporcionalidad en el Control de Constitucionalidad de las Normas sobre Aborto”, en Rebecca Cook, Johanna Erdman y Bernard Dickens (eds.), *El Aborto en del derecho transnacional casos y controversias*, (México: Fondo de Cultura Económica, 2016), 122

²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, 10 de mayo de 2006, Consideraciones y Fundamentos Párr.05

²⁴ Tribunal Constitucional, Portugal, Acuerdo núm. 75/2010, párr. 11.4.18.

IV

ANÁLISIS SOBRE LA CONSTRUCCIÓN CULTURAL QUE CONTIENEN LA COMPRESIÓN DEL ABORTO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PENAL ECUATORIANO

Alda Facio plantea una concepción ampliada del fenómeno legal poniendo en evidencia que éste va más allá de la *norma agendi*. Desde este enfoque el fenómeno legal posee componentes que interactúan entre sí, generando los sentidos que éste irradia no solo en el ordenamiento jurídico; sino, además en la sociedad.²⁵ Para este caso en específico, lo que interesa siguiendo a Facio es visibilizar el fenómeno cultural del fenómeno legal que se observa en el artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Penal que contiene la frase “*en una mujer que padezca discapacidad mental*”.

Pasos metodológicos: Facio propone seis pasos metodológicos para analizar el fenómeno legal, de una manera tridimensional de sus componentes: formativo- normativo, estructural y político cultural con el propósito de identificar manifestaciones sexistas en el proceso de producción de la premisa normativa; manifestaciones que permiten la subordinación de un género con relación al otro.

1. Marco Teórico General: se utiliza para el análisis de textos legales
2. Marco teórico constituido por una concepción ampliada del fenómeno jurídico
3. Pasos
 - a. Toma de conciencia a partir de la experiencia personal, de la subordinación del género femenino al masculino.
 - b. Identificar las distintas formas en las que se manifiesta el sexismo en el texto.
 - c. Identificar cuál es la mujer que en forma invisible o visible está en el texto.
 - d. Identificar cuál es la concepción de mujer que está comprendida en el texto jurídico
 - e. Analizar el texto tomando en cuenta la influencia de y los efectos en los otros componentes del fenómeno legal.
 - f. Ampliar la toma de conciencia de lo que es el sexismo y colectivizarla.

Con la metodología propuesta se observa la construcción cultural que está atrás del discurso contenido en la frase “**en una mujer que padezca de discapacidad mental**” contenida en el numeral 2 del artículo 150 del código orgánico integral penal

Toma de conciencia de la subordinación del género femenino

Para Facio (Ibid) el proceso de concientización implica a) la desarticulación del discurso masculino; b) dudar de la supuesta neutralidad de las instituciones y c) considerar experiencias de sumisión, porque tales experiencias son de carácter colectivo y político de opresión.²⁶

a. Antecedentes: Marco normativo internacional

Los órganos de derechos humanos han entregado una orientación clara sobre cuándo se requiere despenalizar el aborto y han puesto énfasis en que el acceso al aborto es un asunto de derechos humanos. Asegurar el acceso a estos servicios, de conformidad con los estándares de derechos humanos, es parte de las obligaciones del Estado para eliminar la

²⁵ Alda Facio. 1992. Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal. ILANUD.

²⁶ Facio, pág. 72

discriminación en contra de las mujeres y garantizar el derecho de éstas a la salud, así como a otros derechos humanos fundamentales.

En la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), llevada a cabo en El Cairo en 1994, se señaló: “*Que el aborto legal debe ser seguro y accesible también es una postura apoyada por compromisos políticos asumidos por los Estados*”. Los Estados reconocieron el aborto en condiciones de riesgo como una importante preocupación de salud pública y se comprometieron a reducir la necesidad de abortos a través de servicios de planificación familiar más amplios y mejores, a la vez que reconocieron que, en los casos en que el aborto no fuera contrario a la ley, éste debía practicarse en condiciones adecuadas. La Plataforma de Acción de Beijing, que fue acordada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en 1995, también afirmó esto. La revisión y evaluación de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la implementación de la CIPD en 1999 acordó asimismo que *embarazo no deseado equivalía a un trato cruel e inhumano*. En otro caso, el Comité concluyó de manera similar que negar un aborto a una mujer, sabiendo que su bebé moriría poco después de nacer, le provocó sufrimiento mental, lo que constituye un trato cruel e inhumano.

b. Aplicación metodológica del análisis del discurso

Marco de Referencia		Pasos
Marco Teórico General para el análisis de textos legales	Marco teórico constituido por una concepción ampliada del fenómeno jurídico	
<p>NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 150 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL</p> <p>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: (...) Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental</p>	<p>1. Se comprende a la mujer como lo “otro”, lo subordinado, lo opuesto</p>	<p>Paso 1: Toma de conciencia</p> <p>Los derechos de las niñas, adolescentes y personas con capacidad de abortar menores de edad víctimas de violación y embarazadas, que se ven afectados por la penalización del aborto en caso de violación, prevalecen sobre los derechos de las demás personas.</p>

	<p>Para Beauvoir²⁷ son las construcciones culturales, elaboradas por las instituciones y el derecho las que van a dar contenido al enunciado mujer para entender su alteridad en relación al sujeto varón/hombre; para Beauvoir²⁸: Resulta significativo, por ejemplo, que, para limitar los derechos de la mujer, el código romano invoque la imbecilidad, la fragilidad [...] Resulta chocante que en el siglo XVI, para mantener bajo tutela a la mujer casada se apele a la autoridad de San Agustín, declarando que la mujer es una bestia que no es ni firme ni estable.</p>	<p>Paso 2. Evidenciar las distintas formas que opera el sexismo en el texto</p> <p>Existen construcciones culturales que perpetúan la discriminación en contra de las mujeres y de las personas con capacidad de abortar, en especial la violencia basada en género; y, debe garantizar a todas las mujeres víctimas y sobrevivientes de violencia sexual su derecho a recibir atención prioritaria y a una protección especial y reforzada.</p>
	<p>Se puede observar como en el Código Orgánico Penal, se manifiesta, que el 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: (...) Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.</p>	<p>Paso 3. Identificar cuál es la mujer que en forma invisible o visible está en el texto.</p> <p>Existe un ejercicio de poder en el código orgánico penal, que invisibiliza a las mujeres, generando una condición de vulneración de derechos humanos de las mujeres, personas con capacidad de abortar, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual cuyo embarazo es producto de dicha forma de violencia basada en género.</p> <p>El poder que se manifiesta por una sociedad patriarcal se manifiesta bajo la figura de control y dominación, que de acuerdo con Ramiro Dávila³⁰, la esfera de sexo/reproducción pertenece a la esfera social y no cultural. Los roles están contruidos por procesos históricos, coloniales, en el que sujeta a</p>

²⁷ Simone de Beauvoir. 1949. El segundo sexo.
<http://users.dsic.upv.es/~pperis/EI%20segundo%20sexo.pdf>

²⁸ Simone de Beauvoir. 1949. El segundo sexo.
<http://users.dsic.upv.es/~pperis/EI%20segundo%20sexo.pdf>

³⁰ Ramiro Ávila, "El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008" (trabajo académico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011), 36.

	<p>Bajo esta concepción prevalecen normas culturales, que de acuerdo con Tamar Pitch²⁹ los debates contemporáneos en torno al aborto están imbricados por el “declive de la construcción de las mujeres como ‘sujetos débiles’, necesitados de tutela y los nuevos sujetos débiles, las nuevas víctimas, son los ‘padres’ y los fetos.</p>	<p>las mujeres al poder imperante a los hombres, desde el espacio público, hasta la capacidad de decidir sobre el cuerpo de las mujeres. “En lo social, el colonialismo distingue entre hombres y mujeres. Al primero le corresponde la vida pública y los roles de producción económica; y a la segunda la vida privada, centrada en las tareas de reproducción y cuidado. En esta división dual, se da prioridad e importancia a los roles masculinos y se desvalora e invisibiliza los roles femeninos.”</p> <p>Se observa de acuerdo con Dávila que, en el contexto colonial caracterizado por la explotación laboral, violencia sexual, tortura, deshumanización, e inferiorización del otro, la práctica del aborto constituía un mecanismo de resistencia al poder instituido. Considerar el aborto como un mecanismo de resistencia desde una perspectiva de colonialidad consiste, entonces, “en develar la lógica encubierta que impone el control, la dominación y la explotación, una lógica oculta tras el discurso de la salvación, el progreso, la modernización y el bien común.”³¹ Es esta lógica de dominio la que ha permitido que la práctica del aborto sea socializada como un acto execrable que no resiste, contra toda lógica, un ejercicio de ponderación y; el “derecho se ha vuelto una suerte de brazo armado de la moral católica [...] como diría Ferrajoli.”³²</p>
		<p>4. Identificar cuál es la concepción de mujer que está comprendida en el texto jurídico</p>

²⁹ Tamar Pitch, Libertad de procreación y derecho a la interrupción voluntaria del embarazo: Una nota desde la incertidumbre (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 383-397, <http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-derecho>

³¹ Ramiro Dávila, Ibid.

³² Agatón Santander Isabel, Justicia de género un asunto necesario, Editorial Temis, Bogotá, 2013.

		<p>Son los condicionamientos sociales y culturales que han posicionado discursivamente la naturalización de la maternidad (voluntaria o no).</p>
		<p>5. Analizar el texto tomando en cuenta la influencia de y los efectos en los otros componentes del fenómeno legal.</p> <p>Tomar conciencia de la subordinación del género femenino implica comprender, por ejemplo, que las construcciones discursivas sobre las mujeres al momento de regular su rol social hay una apropiación de su sexualidad por parte de las instituciones políticas, sociales, y culturales utilizando al Derecho como mecanismo de control; que la violencia sexual, es una forma concreta de discriminación contra las mujeres, no solo está vinculada con la práctica del aborto como mecanismo de resistencia; sino además, que encuentra correlato en la construcción discursiva las categorías femenino/masculino y en dualismos como honor/vergüenza, al punto que la feminización del otro en la tortura sexual ocurrida al hombre/varón, cuando se lo feminiza, se lo hace para humillarlo, deshumanizarlo y; para finalmente alterar gravemente su percepción como sujeto en cuanto a su relación consigo mismo y el mundo. De donde se colige, la infravaloración de lo femenino y la su subordinación del género femenino al modelo hombre/varón como paradigma de lo humano/deseable.</p>
		<p>g. Ampliar la toma de conciencia de lo que es el sexismo y colectivizarla.</p> <p>Existe una caracterización de perfil criminal, el COIP no protege a mujeres, niñas y adolescentes, al contrario, el punitivismo que contiene el artículo 150 pasa de –víctima a criminal-, en tanto y cuanto, la maternidad forzada ha sido naturalizada como un proceso biológico</p>

		deseable. La instrumentalización del Derecho Penal en el control y disciplinamiento de los cuerpos femeninos, a través del COIP se intensifica al mismo tiempo que la violencia de género en contra mujeres y niñas va en incremento. Esta concepción artificial e instrumental del poder coercitivo del Estado no se justifica sino se correlaciona la práctica del aborto con la violencia sexual; y la violencia sexual como una ofensa a la dignidad humana.
--	--	--

Luigi Ferrajoli en el ensayo *La cuestión del embrión entre el derecho y la moral*; sostiene que el derecho no es –no debe ser, pues no lo consiente la razón jurídica ni lo permite la razón moral- un instrumento de reforzamiento de la moral.”³³ De esta forma, un embarazo que ocurre sin el consentimiento de la mujer, como en los casos de violación e incesto, “la autonomía de la mujer supera el respeto por la vida humana;” el aborto en esas consideraciones es constitucionalmente legítimo. A diferencia del planteamiento de Facio en este paso, para la profundización y toma de la conciencia, es necesario ver en el fenómeno legal el componente emancipatorio. Para Agatón “el derecho cumple un papel fundamental en el logro de la emancipación o en la perpetuación de la desigualdad, al eliminar o reforzar los estereotipos de género”. Para la autora, es imprescindible reconocer en el Derecho la presencia de estereotipos de género, con el fin de generar el tránsito de la subordinación a la emancipación.

Así:

Las salas de decisión de las cortes [...] son matrices discursivas, y en sus decisiones identificamos construcciones [y reconstrucciones] discursivas del cuerpo, la sexualidad, la identidad, la violencia, el embarazo que determinan el cauce de una justicia democrática que parece aún una aspiración trascendente”³⁴

VII PETITORIO

En virtud de los fundamentos de hecho y de derecho desarrollados en el presente Amicus, las y el compareciente 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 interprete el art.45 de la Constitución en lo que respecta al concepto de “derecho a la vida desde la concepción” como un valor objetivo, para que la jurisprudencia pueda adoptar un momento biológico pertinente respecto a la viabilidad de la vida humana del nasciturus.

³³ Ferrajoli, Luigi (2006) *La cuestión del embrión entre derecho y moral*. Revista de la Facultad de Derecho de México, Vol 56, No 245 (2006)

³⁴ Agatón Santander Isabel, *Justicia de género un asunto necesario*, Editorial Temis, Bogotá, 2013.

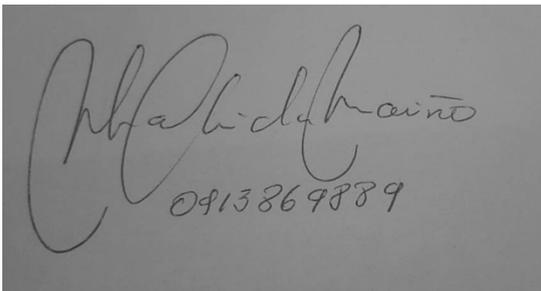
3. Que se expulse del ordenamiento jurídico a los artículos 149 y 150 del COIP al ser discriminatorios.

VII NOTIFICACIONES

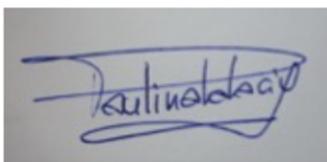
Las notificaciones que me correspondan las recibiremos por medio de los siguientes correos electrónicos: christian.paula16ec@gmail.com, milialmeida@yahoo.com, gildapalaciosh@gmail.com.

Atentamente,

Ab. Christian Paula Aguirre.
MAT. 17-2011-1059



Msc. Milena Almeida Mariño
CC. 0913869889



GILDA PAULINA PALACIOS HERRERA

CC 1706316666