

JUEZAS Y JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Nidia María Soliz Carrión, CI 0101559739, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil viuda, domiciliada en la ciudad de Cuenca, Coordinadora del Cabildo de las Mujeres del cantón Cuenca y por mis propios derechos; Johanna Melyna Romero Larco, CI 0104736160, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil soltera, domiciliada en la provincia de Buenos Aires, Argentina, de profesión abogada, por mis propios derechos y como parte de BOLENA Género y Diversidades; Milton David Salazar Páramo, C.C. 1713582326, de nacionalidad ecuatoriano, de estado civil soltero, de profesión abogado, por mis propios derechos y como parte de BOLENA Género y Diversidades, de conformidad con lo previsto en el artículo 439 de la Constitución, en los artículos 74 y 77 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y en el artículo 67 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, comparecemos ante Ustedes y presentamos la siguiente Acción de Inconstitucionalidad, según lo dispuesto en los artículos 436, numeral 2, de la Constitución, 113 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y 66 del reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, en los siguientes términos :

I. DESIGNACIÓN DE LA AUTORIDAD ANTE QUIEN SE PROPONE:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución y los artículos 75 literal c y 113 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la autoridad competente para conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado, en esta acción una disposición legal, es la Corte Constitucional del Ecuador.

II. DETERMINACIÓN DE LA NORMA ACUSADA DE INCONSTITUCIONAL

La disposición jurídica objeto de la presente Acción de Inconstitucionalidad es la contenida en el artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), concretamente respecto de la frase "*en una mujer que padezca de discapacidad mental*". La norma en cuestión fue promulgada el 28 de enero del 2014 y publicado en el Registro Oficial Suplemento número 180 del 10 de febrero del 2014, entrando en vigencia el 10 de agosto del 2014.

La norma cuya inconstitucionalidad se demanda señala:

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: (...)

2. Si el embarazo es consecuencia de una violación **en una mujer que padezca de discapacidad mental** (resaltado no corresponde al original).

III. DENOMINACIÓN DEL ÓRGANO EMISOR DE LA DISPOSICIÓN JURÍDICA OBJETO DEL PROCESO:

El órgano emisor de la disposición jurídica que se impugna es la Asamblea Nacional del Ecuador, por lo que pondrá en su conocimiento el contenido de esta demanda, a través de su Presidente Señor César Litardo García, en su calidad de representante legal, judicial y extrajudicial de la Asamblea Nacional, conforme lo dispone el artículo 80, número 2, letra c, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el artículo 12 numeral 1, de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. Al Presidente de la Asamblea se lo notificará en su despacho ubicado en el edificio de la Legislatura, situado en calle Piedrahita entre las avenidas Colombia y 6 de Diciembre de la ciudad de Quito.

En calidad de legislador, se notificará con el contenido de la presente demanda al Licenciado Lenin Boltairé Moreno Garcés, conforme ordena el artículo 80, número 2, letra c, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a quien se notificará en su despacho ubicado en el Palacio de Gobierno, en las calles García Moreno, entre Chile y Espejo, de la ciudad de Quito.

Asimismo, se notificará con el contenido de esta demanda al Procurador General del Estado, Doctor Íñigo Salvador Crespo, en el despacho de la Procuraduría General del Estado, ubicado en la Av. Amazonas N39-123 y José Arízaga de la ciudad de Quito.

IV. FUNDAMENTOS:

La presente demanda sostiene por un lado, que la frase "*en una mujer que padezca de discapacidad mental*" contenida en el artículo 150.2 del Código Orgánico Integral Penal, contraviene los artículos 11 numerales 2 de la Constitución en tanto vulnera el Principio de Igualdad y no discriminación de las mujeres con discapacidad y en general de las personas con discapacidad, al establecer una distinción no razonable basada en la discapacidad.

Esta distinción además, trae como consecuencia que frente a la amenaza de una acción penal, las mujeres víctimas de violación sexual que no padezcan de discapacidad mental no puedan decidir libremente si interrumpir o no el embarazo en curso, lo que supone una imposición de la maternidad, constituyendo una afectación a sus derechos a decidir sobre su salud y vida reproductiva (Art. 66 numeral 10, CRE), su dignidad humana (art. 11 numeral 7, CRE), su derecho a la vida digna (Art. 66 numeral 2, CRE) e integridad (Art. 66 numeral 3, CRE).

Lo anterior lo sustentamos en los siguientes fundamentos:

4.1. Igualdad y no Discriminación

El artículo 11.2 de la Constitución del Ecuador establece como un principio de aplicación de los derechos reconocidos en la Constitución el Principio de Igualdad, el mismo que está contemplado en sus 2 dimensiones: 1) igualdad como no discriminación y, 2) igualdad como no sometimiento.¹

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. (...) Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por **objeto** o **resultado** menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. (...)

La igualdad entendida como no discriminación se refiere a la facultad estatal de tratar a las personas de modo diferente siempre que esta distinción sea razonable. Una distinción es razonable cuando persigue un fin legítimo y cuando la distinción es acorde a ese fin, es decir, si entre el criterio de distinción y el fin buscado existe una relación medio-fin. El principio de no discriminación se trata entonces de no establecer clasificaciones arbitrarias, bien porque el fin no es legítimo o porque el criterio de distinción no es acorde a ese fin.

Esta noción de igualdad se encuentra identificada en el artículo 11.2 de la Constitución del Ecuador, en las distintas categorías que se presumen *a priori* como irrazonables y por lo tanto prohibidas, y de forma más clara se concretiza en la afirmación que se refiere a la discriminación que tenga por "**objeto**" alguna afectación al ejercicio de los derechos.

Este mismo criterio es el que sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse a las "categorías sospechosas", las que se presumen prohibidas, correspondiéndole al Estado demostrar que esa presunción no es válida al caso particular que se trata, sobre la base de que existen razones imperiosas para utilizarla.²

La dimensión de "Igualdad como no sometimiento" (2), sin ser contraria a la primera dimensión, se ocupa de aquellas circunstancias en las cuales una distinción aunque no tiene como objeto una discriminación, ocasiona en el

¹ Sobre las dos dimensiones del Principio de Igualdad ver: Roberto Saba, "*Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*", Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2019.

² Saba, Roberto, "*Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*", Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2016, p. 89.

resultado una vulneración al ejercicio de algún derecho de un grupo o colectivo de personas. No hay por lo tanto una intención de ocasionar una restricción sino que en el resultado se deja en indefensión a un grupo de personas que se encuentran en situación de desventaja estructural. A ella se refiere el mismo artículo 11.2 de la Constitución cuando señala que la discriminación tenga “*por (...) resultado*” el menoscabo de algún derecho.

A diferencia de la dimensión anterior en donde se debe prestar atención a la relación medio-fin, en la dimensión de la igualdad como no sometimiento es preciso observar los resultados que la medida ocasiona.

En línea a lo anterior, la norma contenida en el artículo 150.2 contraviene el principio de igualdad (en sus dos dimensiones) en dos sentidos: *i*) En tanto introduce como criterio de distinción la discapacidad para diferenciar a las mujeres con discapacidad y mujeres sin discapacidad embarazadas como resultado de una violación; *ii*) pero también porque en el resultado de esta distinción introduce una restricción a los derechos a la vida, dignidad, integridad, salud, libertad para decidir sobre su vida reproductiva de niñas y mujeres víctimas de violación, que no poseen una discapacidad.

4.1.1. Igualdad como no discriminación por motivos de discapacidad mental.

Como se aprecia de la disposición constitucional referida (art. 11.2 CRE), la discapacidad es una de las categorías prohibidas, de modo que cualquier distinción o clasificación que se efectúe alrededor de la discapacidad se entiende *prima facie* prohibida y por lo tanto inconstitucional, salvo que el Estado identifique razones suficientes para tal distinción.

Cuando el inciso segundo del artículo 150 del COIP incluye la frase “*en una mujer que padezca discapacidad mental*” como condición para posibilitar la interrupción legal de su embarazo, está estableciendo una distinción entre mujeres embarazadas con discapacidad mental y mujeres embarazadas sin discapacidad mental, generando una distinción basada en un criterio de discapacidad, que como se mencionó *prima facie* está prohibido por el 11.2 de la Constitución.

La única posibilidad de que tal distinción no contravenga el principio de igualdad y no discriminación es, como se mencionó, identificando la razonabilidad de tal distinción, lo que implica identificar el fin que persigue para evaluar su legitimidad y la adecuación de la distinción a tal fin.

4.1.2. Identificación del fin en el Artículo 150 del COIP

El artículo 149 del COIP establece lo que podríamos identificar como una regla general en materia de interrupción del embarazo. La disposición jurídica establece

la regla según la cual es delito la práctica de un aborto. Este artículo, junto a los artículos 147 (aborto con muerte) y 148 (aborto no consentido) se encuadran en el Capítulo II sobre Delitos contra los Derechos de Libertad, en la Sección Primera sobre Delitos contra la inviolabilidad a la vida, de modo que la libertad y la vida son los fines que estos tipos penales pretenden precautelar.

Dentro de la misma sección y capítulo, es decir, en el ámbito de protección de los mismos derechos a la libertad y la vida, se encuentra el artículo 150 que es objeto de la presente demanda de inconstitucionalidad, estableciendo las dos situaciones en las cuales un aborto es permitido. 1) Por peligro en la vida y salud de la mujer embarazada, y; 2) por tratarse de la violación de una mujer con discapacidad mental; entendiéndose por lo tanto que es asimismo en razón de la libertad y la vida que aquella norma queda contemplada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En el primer inciso del artículo 150 el fin queda delimitado en la propia redacción de la disposición, en tanto señala la protección de **la vida y salud de la mujer** entendiéndose que procura la disminución de la morbilidad y mortalidad de todas las mujeres gestantes. Este fin es constitucional en tanto precautela el derecho a la vida y a la salud de la mujer en estado de gestación, antes cualquier situación que ponga en riesgo tales derechos. Lo que torna un fin legítimo conforma al Artículo 66 numerales 1, 2, Artículo 35 y 42 de la Constitución.

Respecto del inciso segundo del artículo 150, y que es objeto de la presente demanda, es importante identificar dos situaciones o condiciones que según la norma, deben presentarse para que un aborto sea permitido: 1) que el embarazo sea consecuencia de una violación³, y; 2) que se trate de una mujer con discapacidad mental⁴.

Por la forma como se encuentra redactado el artículo es posible inferir que las dos situaciones (violación y discapacidad mental) deben presentarse simultáneamente, situación que como se mencionará, torna cuestionable el fin perseguido, por lo que a fin de identificar la inconstitucionalidad de la frase “de una mujer con discapacidad mental” y no de la norma completa, se analizará estas dos condiciones por separado.

³ La Guía Práctica Clínica de Atención del Aborto Terapéutico del Ministerio de Salud Pública (RO Suplemento N. 395 de 12 de diciembre de 2014) establece que el embarazo se constatará con un examen de sangre o una ecografía. En relación a la violación se determina que la denuncia no constituye un requisito para acceder al procedimiento, sin perjuicio de que se informe sobre la importancia de denunciar el hecho con el objetivo de proteger a la mujer.

⁴ La Guía Práctica Clínica de Atención del Aborto Terapéutico del Ministerio de Salud Pública (RO Suplemento N. 395 de 12 de diciembre de 2014) establece en un 40% el porcentaje de discapacidad que una mujer debe tener para acceder a un Aborto Terapéutico en la causal segunda del artículo 150.

4.1.3. Embarazo como producto de una violación sexual.

Tomando de forma aislada la condición de embarazo como producto de una violación (sin considerar la condición de discapacidad), es posible observar que la norma pone de relieve el derecho de niñas y mujeres víctimas de violación a decidir si llevar o no a término un embarazo, permitiéndolas interrumpir un embarazo cuando así lo decida. En tal sentido, la norma precautelaría el derecho a decidir sobre la vida reproductiva de las niñas y mujeres, conforme el artículo 66 numeral 10 de la Constitución.

La libertad reproductiva entendida como la capacidad de decidir cuándo, cómo y cuántos hijos o hijas tener (art. 66.10, CRE), pero principalmente a decidir libremente a gestar, adquiere trascendental relevancia cuando el embarazo es consecuencia de una violación sexual⁵, pues se trata de un embarazo no deseado sino impuesto por la fuerza, lo que torna de suprema urgencia precautelar la libertad reproductiva de las mujeres, es decir, elegir si desea o no llevar a término ese embarazo, más cuando su vida y libertad se encuentra en riesgo como consecuencia de un delito.

En tal sentido, el fin de una norma que no prohíbe el aborto por violación, es evitar una maternidad forzada y principalmente evitar la prolongación de vulneraciones de derechos, reconociendo y asegurando a las víctimas de violación, su derecho a decidir sobre su vida y salud reproductiva. Cuestión que torna al fin en constitucionalmente válido por ser acorde al artículo 66 numeral 10 de la Constitución.

4.1.4. Embarazo en una mujer con discapacidad mental.

Sin embargo, cuando la norma que despenaliza el aborto por violación incluye la frase “*en una mujer que padezca discapacidad mental*”, para reconocer el aborto por violación, el fin antes mencionado se ve trastocado, y vuelve arbitraria e irrazonable el criterio de discapacidad incorporado; es decir, el criterio de distinción resulta no idóneo al fin propuesto.

Incluso si se alegara que esta condición (discapacidad) tiene como fin evitar que el proceso de gestación en una mujer con discapacidad mental produzca un deterioro en la salud mental y física de aquella mujer, es importante notar que este mismo fin ya se encuentra contenido en la causal primera (art. 150.1). Lo que no quiere decir que la causal segunda de despenalización del aborto sea innecesaria por encontrarse incluida en la causal primera, sino que el criterio (o condición) de discapacidad incluido en ésta resulta irrelevante al fin perseguido en la segunda causal; tampoco implica que la causal de violación en sí misma sea inconstitucional, pues como ya se mencionó anteriormente esta persigue un fin

⁵ Acto que se encuentra tipificado como delito en el artículo 171 del COIP.

constitucionalmente válido, cuando no se introduce una distinción en razón de la discapacidad.

El problema por lo tanto no se encuentra en la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 150, sino en el criterio de distinción que este contiene, es decir en la frase *“en una mujer que padezca discapacidad mental”*. La norma puede y debe continuar siendo constitucional en tanto persigue un fin legítimo, (permitir decidir sobre la continuación del embarazo), siempre que se elimine la discapacidad como condición.

Tal como se encuentra redactada la norma del artículo 150.2, es decir con las condiciones de embarazo por violación y discapacidad mental de la mujer gestante, la norma precautea el derecho de decidir libremente únicamente a una mujer con discapacidad mental que se encuentre embarazada como consecuencia de una violación, pero lo hace introduciendo una distinción estereotipada hacia las mujeres con discapacidad como sujetos gestantes y en general hacia las personas con discapacidad.

La distinción que recoge el art. 150.2 del COIP está incorporando una presunción según la cual, una mujer con discapacidad mental no es capaz de consentir ninguna relación sexual y por tanto siempre es víctima de violencia sexual⁶, incorporando para ello un mecanismo de sustitución de la capacidad jurídica y del consentimiento sustitutivo⁷, propio de los modelos médicos en el que las personas con discapacidad son objeto de tratamiento médico, caridad y protección social, y no sujetos de derechos. Una presunción así, contradice el artículo 12 de la Convención de derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) que reconoce que las personas con discapacidad pueden participar en las decisiones que influyen en su vida.⁸

Si consideramos que la ausencia de consentimiento está presente en cualquier caso de violación a una mujer, con independencia de la condición de discapacidad, el

⁶Situación que se puede advertir en el inciso primero del artículo 150 cuando se establece un consentimiento sustitutivo en manos de un cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal. Situación que como lo ha advertido el propio Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, puede encubrir las violaciones ocasionadas en el propio núcleo familiar.

⁷Acevedo Guerrero, Natalia, “Aborto y discapacidad en Colombia. La paradoja entre la autonomía reproductiva y el modelo social de la discapacidad” en Paola Bergallo, *et all*(comp.), *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias ma de decisiones. conservadora*, Siglo XXI, Colección derecho y política, Argentina, 2018.

⁸Art. 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley - Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, entre otras cosas para adoptar decisiones, heredar bienes o tener acceso a préstamos bancarios. En ciertas circunstancias el Estado tiene la obligación de prestar apoyo y asistencia a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica.

El reconocimiento de la capacidad jurídica en la Convención estableció la garantía de salvaguardia y apoyos a las personas con discapacidad, que les permita ejercer su capacidad de decisión en cumplimiento de los principios de autonomía y libertad de toma de decisiones.

pretender precautelar el derecho solo del grupo de mujeres en razón de su discapacidad mental, se incurre en una violación del principio de igualdad y no discriminación de las mujeres embarazadas como consecuencia de una violación pero que no padecen una discapacidad mental.

El legislador utiliza el criterio de la **ausencia de consentimiento** en los artículos 147⁹ y 148¹⁰ para establecer penas distintas en razón del consentimiento o no de la interrupción del embarazo, sin embargo no considera este mismo criterio para reconocer el derecho a decidir a toda mujer víctima de violación. Cuestión que nuevamente afecta el principio de igualdad porque proporciona un tratamiento diferenciado irrazonable.

Esta precisión nos permite afirmar que cuando el legislador incorpora en la causal de violación a la condición de discapacidad, no solo que afecta el fin presuntamente perseguido de la norma en general, sino que puede producir una interpretación que incluya un fin eugenésico, al procurar evitar el nacimiento de seres humanos que puedan tener alguna discapacidad. Cuestión que constituye un prejuicio en contra de la discapacidad o condición discapacitante en general, y de la cual el Estado ecuatoriano ha sido advertido por parte del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al tener como política pública la prevención de la discapacidad por cuanto “crea una imagen negativa hacia las personas que viven con discapacidad”¹¹.

De modo que considerar que la excepción está dirigida solamente a mujeres con discapacidad mental, pone en duda el fin perseguido, y contraviene varias observaciones realizadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La Observación General N° 3 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad estableció que:

La fijación de estereotipos indebidos relacionados con la discapacidad y el género es una forma de discriminación que tiene repercusiones especialmente graves en el disfrute de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, y del derecho a fundar una familia. Los estereotipos nocivos respecto de las mujeres con discapacidad incluyen la creencia de que son asexuales, incapaces, irracionales, carecen de control y/o son sexualmente hiperactivas.

⁹El artículo 147 (aborto con muerte) prevé una pena diferenciada y agravada a aquellos casos en los cuales el aborto causare la muerte de una mujer **que no ha consentido** su aborto. De 7 a 10 años cuando la muerte es de una mujer que ha consentido el aborto, de 13 a 16 años cuando no ha consentido.

¹⁰El artículo 148 refiere un tipo penal específico para el aborto **sin consentimiento**. De 5 a 7 años cuando el aborto se practica sin consentimiento (art. 148).

¹¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial del Ecuador, octubre 2014.

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsocXytluzOs83fWWVlzUSPWEY3i2MPneAltDx32YbiDNoBSFxJe89zNUXHff3j2eYOfwk09EJebYA2f6n55ArMfrEglEyEqI%2Bzc9%2FWnroDpP>

Al igual que todas las mujeres, las que presentan discapacidad tienen derecho a elegir el número y el espaciamiento de sus hijos, así como a ejercer control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y a decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujetas a la coerción, la discriminación y la violencia¹²

Por lo tanto, el único fin que resultaría legítimo es aquel que permite dar la posibilidad de decidir si mantener o no un embarazo, tras una violación sexual. Ante este fin, la distinción entre mujer con discapacidad mental, y mujer sin discapacidad mental resulta –como se mencionó– por demás irrelevante al fin, pero por sobre todo arbitrario e irrazonable pues tanto el derecho de decidir a ser o no madre le corresponde a una mujer con discapacidad mental como aquella que no tiene discapacidad mental. Es decir, ante las mismas circunstancias, como lo es un embarazo producto de una violación, el legislador no puede agregar un criterio clasificatorio prohibido.

En definitiva, cuando el artículo 150.2 incluye la frase “*en una mujer que padezca discapacidad mental*” está haciendo uso de una categoría sospechosa como la discapacidad, generando estereotipos denigrantes sobre las personas con discapacidad, lo que configura una medida discriminatoria, pues, como se mencionó, no se trataría del derecho de elegir libremente sobre cuándo y cuántos hijos tener, sino sobre todo evitar el nacimiento de niñas o niños hijos de mujeres con discapacidad.

4.1.5. Test de Igualdad

Utilizando un Test de Igualdad, podemos constatar nuevamente que el uso de la frase “*en una mujer que padece discapacidad mental*” (art. 150.2 COIP), introduce una distinción en un grupo de mujeres en razón de la discapacidad que contraviene el principio de igualdad contemplado en la Constitución (art. 11.2, CRE).

Identificaremos los siguientes aspectos:

- a) La existencia de un objetivo que sea perseguido a través del establecimiento del trato desigual
- b) La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución
- c) La razonabilidad del trato desigual, es decir la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.¹³

¹² Op cit, parr. 38

¹³ Bernal Pulido, Carlos, El Juicio de la Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Ed. Porras Velasco Angélica y Danilo Caicedo. (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), p. 460

a. El objetivo perseguido.

A fin de identificar el objetivo que persigue la distinción (mujer con discapacidad mental/ mujer sin discapacidad mental) es preciso mencionar que la norma en cuestión es una norma que surgió en el Código Penal de 1938. El código de entonces, establecía que el aborto se encontraba permitido en los siguientes casos:

- 1) Por riesgo en la salud o vida de la mujer y
- 2) Por tratarse de un embarazo producto de una violación de una mujer “demente” o “idiota”

Con la entrada en vigencia del COIP en el año 2014, los artículos que contemplan las causales de despenalización del aborto no se modificaron de manera sustancial, salvo el cambio en el uso de los términos “demente” e “idiota” que fueron sustituidos por el término “discapacidad mental”. De modo que si la única modificación lograda en la norma es de tipo lingüístico, para referirse de modo diferente a una misma persona, se puede afirmar que el objetivo que persigue la causal no ha variado desde entonces (1938).

Resulta importante prestar atención al marco jurídico general en el cual se enmarcaba la derogada norma penal. El Código Penal de 1938 adquirió validez mientras se encontraban vigentes las Constituciones de 1929 y 1938. Estas dos cartas políticas establecían como requisito de ciudadanía saber leer y escribir, cuestión que permite explicar el tratamiento en el código penal respecto de las mujeres con discapacidad mental.¹⁴ Este asunto es importante remarcar ya que pone de manifiesto la concepción de la discapacidad del contexto en el cual surge una norma como la contenida en el Código Penal de 1938 y que se extiende hasta nuestros días. Se trata de una concepción que responde a un modelo médico en el cual las personas con discapacidad son consideradas enfermas de manera que requieren ser tratadas, curadas o normalizadas.

Es en este marco de un modelo médico de la discapacidad en el que el movimiento eugenésico muestra su mayor expresión cuando recurrió a prácticas como la de evitar la reproducción de personas con discapacidad,¹⁵ como se puede observar en el código penal de entonces. De este modo es posible afirmar que, dada la concepción que entonces se tenía de la discapacidad (tanto en el código como en

¹⁴ Art. 13 Constitución del Ecuador de 1929 y Art. 11 Constitución del Ecuador de 1938.

¹⁵ Sobre la evolución de los modelos de comprensión de la discapacidad ver: Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cerami. Ver también Natalia Acevedo Guerrero, “Aborto y discapacidad en Colombia. La paradoja entre la autonomía reproductiva y el modelo social de discapacidad.”, en Bergallo, Paola, et al, *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Siglo XXI, Argentina, 2016.

las Constituciones vigentes) su prolongación hasta la actualidad en el COIP mantiene el mismo objetivo.

b. La validez del objetivo a la luz de la Constitución

Analizar la validez del objetivo inmerso en la distinción establecida en el art. 150.2 del COIP supone observar si éste es o no acorde a la Constitución. Como ya se mencionó, la distinción establecida entre mujeres con discapacidad y mujeres sin discapacidad para dar permitir un aborto, contiene un fin eugenésico.

La “eugenesia” que se traduce de la palabra en griego “bueno en nacimiento” fue sustento de lo que se denominó en su momento como una Teoría Científica de la Eugenesia, desarrollada en 1883 por el científico inglés Francis Galton, la misma que se sustentaba en una idea de “mejora social” planteando un “apareamiento juicioso” adecuado para las razas o cepas de la “sangre más adecuada” y sobre todo “que tenga mejor oportunidad de prevalecer sobre los menos adecuados que los que otro modo no habrían tenido.”¹⁶

Un objetivo como el anterior no solamente que desconoce el derecho que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos y oportunidades (art. 11.2), sino que además establece una jerarquía entre los seres humanos en donde unos son más valiosos que otros, cuestión que contradice totalmente la base y fundamento sobre el cual se construyen todos los derechos humanos, la dignidad. (Artículo 1 Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 11.7 Constitución del Ecuador).

c. La razonabilidad del trato desigual

Para analizar la razonabilidad del trato desigual, es preciso considerar que un trato desigual será razonable, sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir que no existe un medio menos oneroso, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales, y; (3) proporcional, esto es que el trato desigual no sacrifica valores o principios que tenga un mayor peso que el principio que se requiere satisfacer mediante dicho trato.

Por lo que a continuación se revisarán estas tres variables.

a. Adecuación

Como ya se mencionó anteriormente la distinción que se realiza en la norma jurídica, a través de la frase “*en una mujer que padece discapacidad mental*”, contenida en el Art. 150.2, no contiene un fin constitucional, por lo que cualquier

¹⁶ Natalia Acevedo Guerrero, “Aborto y discapacidad en Colombia...”, *op cit.*

adecuación a un fin inconstitucional, no resulta aceptable, de modo que desde su origen el trato diferenciado no es razonable, siendo además discriminatorio.

b. Necesidad

El artículo 11.2 de la Constitución menciona las categorías que *prima facie* se encuentran prohibidas para establecer distinciones en el reconocimiento, goce o ejercicio los derechos establecidos en la Constitución. En este sentido, cualquier argumento que pretenda defender la distinción entre mujeres con discapacidad y mujeres sin discapacidad para ejercer al derecho de libertad reproductiva, dignidad humana, integridad física, salud, integridad personal, deberá probar cómo aquella es menos lesiva; de modo que la carga argumentativa le corresponderá a quién ha establecido aquella distinción, en este caso a la Función Legislativa.

En la medida que el propio fin que la distinción persigue es inconstitucional, cualquier otra medida (más o menos gravosa) no puede esquivar este problema, mientras mantenga el mismo fin.

c. Proporcionalidad

Una distinción entre mujeres con discapacidad mental y mujeres sin discapacidad mental se entenderá proporcional si este trato desigual no sacrifica principios de mayor peso que aquel que se requiere satisfacer. Cuando se antepone la prevención de posibles nacimientos de personas con discapacidad, al ejercicio de la libertad de reproducción, de trato digno, del derecho a la salud, vida e integridad de mujeres y niñas víctimas de violación, la distinción además es desproporcional.

En consecuencia, la frase “*en las mujeres que padezcan discapacidad mental*” no constituye una distinción razonable, sino arbitraria, vulnerando el principio de igualdad y no discriminación contemplado en la Constitución del Ecuador.

4.2. Libertad Reproductiva y Dignidad Humana

La distinción que introduce la frase “*en una mujer que padezca discapacidad mental*” además de contravenir el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, trae como **consecuencia** la prohibición de la interrupción de un embarazo producto de una violación en una mujer **sin** discapacidad mental, restringiendo el ejercicio de la misma libertad reproductiva a aquellas mujeres (art. 66.10), ante circunstancias iguales (embarazo por violación); esto pese a que el Comité sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad señala que “las mujeres con discapacidad están sujetas a las mismas prácticas nocivas perpetradas contra las mujeres sin discapacidad”¹⁷

De este modo, la categoría de discapacidad se torna subinclusiva en tanto excluye a otras mujeres que encontrándose en la misma situación que se pretende tutelar (embarazo por violación) quedan apartadas por el criterio seleccionado en la norma. Así, la distinción según la discapacidad produce en el resultado la anulación del reconocimiento, goce y ejercicio del derecho a la libertad de decidir sobre su vida reproductiva (art. 66.10) de las mujeres víctimas de violencia sexual que no tengan discapacidad mental.

Permitir la interrupción de un embarazo solamente a mujeres con discapacidad mental víctimas de violación, no solo que oculta un fin eugenésico, sino que lo hace para limitar el derecho a decidir sobre la vida reproductiva (art. 66.10 CRE) de aquellas mujeres que habiendo sido víctimas de violación sexual no poseen una discapacidad mental, por cuanto impone una maternidad que no ha sido buscada prescindiendo absolutamente de su voluntad para gestar.

4.2.1. Restricción a la libertad de decidir sobre la vida reproductiva.

Si una mujer que ha sido víctima de violación sexual no desea continuar con el embarazo que ha sido producto de esa violación, no solo que se encuentra ante la imposibilidad legal de realizarlo, sino principalmente ante la amenaza de una acción penal, se ve impedida de tomar una decisión libre respecto de su vida reproductiva y por lo tanto se impone una maternidad no deseada. Esta imposibilidad de decidir convierte a las mujeres víctimas de violación en un medio para alcanzar un fin, instrumentalizándola, anulando o desconociendo su capacidad para decidir sobre su propio cuerpo.

Desconocer la libertad para decidir de forma libre y sin amenazas, contraviene el principio según el cual toda persona nace libre (art. 66.29.a), porque se desconoce el derecho a decidir libre y voluntariamente sobre cómo dirigir su vida, lo que incluye decidir sobre cómo y cuándo disponer su cuerpo y principalmente si desea gestar. Cuando se proscribe el aborto en caso de violación instrumentaliza a las mujeres para un mero fin reproductivo, pues le impide decidir sobre ello, desconociendo incluso su dignidad humana (Preámbulo, art. 11.7 CRE).

Cuando ordenamiento jurídico otorga relevancia al consentimiento de las personas, lo hace como concreción de la dignidad y libertad de aquella, pues la manifestación de su voluntad constituye la expresión su autonomía personal, lo que significa que tiene derecho a tomar sus propias decisiones de forma libre y asumiendo las consecuencias de aquellas; de ahí que se establezcan sanciones

¹⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación General N° 3, sobre las mujeres y niñas con discapacidad”. 25/11/2016, parr. 37

civiles y penales respecto de aquellos actos que se ejecuten sin el consentimiento debido o con un consentimiento viciado.

Al respecto vale mencionar lo manifestado en otras Magistraturas Constitucionales respecto de la afectación a la dignidad humana ante la no permisión del aborto en caso de un embarazo producto de una violación.

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado lo siguiente:

“La dignidad humana se constituye en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se traten de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. Al normas de carácter penal, no puede el legislador desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”¹⁸

El Tribunal Constitucional de Chile, en sentencia No.3515 de 28 de agosto del año 2017, señaló lo siguiente:

El primer sujeto obligado por la protección y sin cuyas acciones u omisiones este deber no puede cumplirse, es la mujer. El legislador no puede no contar con esas acciones u omisiones. También, porque la madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido. El legislador, precisamente y por ese deber primario, no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio.

De tal manera se puede colegir, que obligar a través de la legislación penal, a una persona a continuar con el embarazo producto de una violación, implica contravenir de su dignidad, generando una intromisión por parte del estado que resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable.

V. PETICIÓN CONCRETA

En vista de todo lo expresado en la presente demanda, solicitamos se declare la inconstitucionalidad de la frase *“en una mujer que padezca discapacidad mental”* contenida en el artículo 150 inciso dos del Código Orgánico Integral Penal, por vulnerar el contenido esencial del principio de igualdad y no discriminación previsto en el Art .11.2 de la Constitución, así como el derecho a decidir sobre la

¹⁸ Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 8.1., rta.10/05/2006

B O L E N A

CONSULTORA

vida reproductiva, la integridad, vida digna contemplado en el Art. 66 de la Constitución de la República de las mujeres y niñas víctimas de violación.

VI. NOTIFICACIONES

Notificaciones que nos correspondan las recibiremos en el casillero 1377 del Palacio de Justicia de Quito, además de los correos electrónicos: nidia.soliz@gmail.com , jhonnamelyna@hotmail.com, bolenagenero@gmail.com y mdsalazar@asesorialegal.ec.

Firmamos a continuación

NIDIA SOLIZ CARRIÓN

AB. JOHANNA MELLYNA ROMERO LARCO

MAT. 01-2008-193

AB. MILTON DAVID SALAZAR PÁRAMO

MAT. 17-2012-304 FORO.