

SEÑORES JUECES Y SEÑORAS JUEZAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

AB. LITA MARTINEZ ALVARADO, ecuatoriana, mayor de edad, de profesión abogada, domiciliada en esta ciudad de Guayaquil, en mi calidad de Directora Ejecutiva del Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer, CEPAM – Guayaquil, como se desprende del nombramiento que en copia certificada adjunto a la presente, como documento habilitante de conformidad con el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República en concordancia con el Arts. 75 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC), presento la siguiente **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEY** en los siguientes términos:

I.

LOS DEMANDADOS:

Los demandados son:

La Asamblea Nacional, debidamente representada por su Presidente **CÉSAR ERNESTO LITARDO CAICEDO**, o quien ejerza tales funciones al momento. Se lo citará en su lugar de trabajo ubicado en la Asamblea Nacional ubicada en la ciudad de Quito, en las calles San Juan Piedrahíta 212 y Av 6 de Diciembre.

Por tratarse de asuntos del Estado, se contará con la presencia del Procurador General del Estado, **AB. ÍÑIGO SALVADOR CRESPO**, o quien ejerza tales funciones al momento. A quien se lo citará en su lugar de trabajo ubicado en la Procuraduría General del Estado ubicada en Av. Amazonas N39-123 y José Arízaga, Edificio Amazonas Plaza.

II.

LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS INCONSTITUCIONALES

La norma cuya declaración de inconstitucionalidad demando es el numeral 2 del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, en lo que dice: “...*en una mujer que padezca de discapacidad mental.*”, las negrillas son mías.

III.

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA:

1.- VULNERACIÓN A LA ASISTENCIA Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL, QUE INCLUYE EL DERECHO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA Y LA PROHIBICIÓN DE TRATOS CRUELES E INHUMANOS, CONTRA LAS MUJERES, NIÑAS O ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL, QUE NO TIENEN DISCAPACIDAD MENTAL.

El restringir el acceso al aborto a las mujeres, adolescentes y niñas víctimas de violencia sexual, bajo la condición prevista en el numeral 2 del artículo 150 que dice “...*en una mujer que padezca de discapacidad mental*”, las negrillas son mías, vulnera el artículo 66, numeral 3 literales b y c de la Constitución de la República que indica:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: ...

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes. ...”

Esta vulneración afecta además los mandatos constitucionales previstos en:

“Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, ... recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, ... El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”

“Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: ...

4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.

Las acciones y las penas por delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niñas, niños y adolescentes serán imprescriptibles ...”

Argumentación:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que “51. Jurídicamente, víctima es quien resiente el daño de un bien jurídico amparado por un derecho o una libertad que poseen la relevancia necesaria para figurar en la elevada categoría de los derechos ‘humanos o fundamentales’¹. El bien jurídico protegido o tutelado puede conceptualizarse como todo bien, situación o relación protegida por el Derecho. De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Es relevante establecer el concepto de víctima de la violación de un derecho. Se suele identificar a la víctima directa como el titular del derecho -y del bien jurídico- inmediatamente afectado por la violación; es, pues, el lesionado del que hablan los instrumentos internacionales”²

En este sentido la integridad tanto física, psicológica y sexual de las personas, es reconocida constitucionalmente como un derecho de las personas conforme el precitado artículo 66.3, y es tutelada como bien jurídico por la legislación penal ecuatoriana.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la violencia sexual como:

Todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo. (Jewkes et al., 2002). Un limitado pero creciente conjunto de evidencia indica que la violencia sexual es un grave problema en toda la región de Latinoamérica y el Caribe (LAC), no sólo como problema de salud pública sino también como violación de los derechos humanos.³

Sobre qué puede comprender la violencia sexual la Corte Interamericana de Derechos Humano, en sentencias como en el Caso Espinoza González vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, ha indicado:

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

² Sergio García Ramírez, Cuadernillo (2005) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos un Cuarto de siglo: 1979-2004: La Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos En Materia De Reparaciones. Pág. 22.

³Organización Mundial De Salud, OMS, Violencia sexual en Latinoamérica y El Caribe: Análisis de datos secundarios. Versión: marzo de 2010.

Asimismo, siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, la Corte ha considerado que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginal o anal mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril. Al respecto, la Corte aclara que para que un acto sea considerado violación sexual, es suficiente que se produzca una penetración, por insignificante que sea, en los términos antes descritos. Además, se debe entender que la penetración vaginal se refiere a la penetración, con cualquier parte del cuerpo del agresor u objetos, de cualquier orificio genital, incluyendo los labios mayores y menores, así como el orificio vaginal. Esta interpretación es acorde a la concepción de que cualquier tipo de penetración, por insignificante que sea, es suficiente para que un acto sea considerado violación sexual. La Corte entiende que la violación sexual es una forma de violencia sexual.⁴

La violación sexual es una forma de violencia sexual, que es a su vez una expresión de la violencia basada en género y tiene dos aspectos importantes que deben ser abordados en su conjunto, los efectos en la salud física y psicológica de las víctimas, y el acceso a la tutela judicial efectiva para que no quede en la impunidad, además como un proceso reparatorio y de sanación para la propia persona afectada.

La violación sexual como una inconducta que vulnera la integridad física, psicológica y sexual de las personas, está tipificada en el Código Orgánico Integral Penal, en los siguientes términos:

Art. 171.- Violación.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.
2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.
3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

⁴ CIDH - Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:

1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.
2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.
3. La víctima es menor de diez años.⁵
4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.
5. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo, siempre y cuando no constituya violación incestuosa.”

Artículo 171.1.- Violación incestuosa. - La persona que viole a un pariente que sea ascendiente, descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista en el artículo anterior.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asimilado a la violación sexual con un acto de tortura:

118. Por otra parte, esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos.⁶

128. Por otra parte, esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la

⁵ Código Orgánico Integral Penal – Ley Ordinaria – cuya función es regular el derecho penal y procesal penal en el Ecuador – Publicado en el Registro Oficial S. 180, el 10 feb 2014 y emitido 28 ene 2014.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rosendo Cantú Y Otra Vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010

acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto.⁷

Siendo la violación sexual un acto cuya naturaleza deviene en consecuencias que afectan a las víctimas de forma grave la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha especificado que, en una investigación penal de este delito, es necesario que:

- i) Se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia;
- ii) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso, y
- iii) ***se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación.***⁸, las negrillas son mías.

Una de las consecuencias de la violación sexual en cualquier mujer en edad reproductiva, independiente de su capacidad física o mental es un embarazo no deseado, que puede convertirse en una nueva forma de tortura o someterla a tratos crueles y degradantes, al tener que enfrentar un sistema judicial revictimizante gestando obligatoriamente el producto de un hecho violento. El proceso judicial lejos de convertirse en la realización de la justicia, como reza la Constitución del Ecuador, se pervierte en un mecanismo de nuevos traumas.

Tal es la calidad de la víctima de violación sexual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido en el apoyo necesario a esta, que, en palabras de nuestra Constitución, es no realizar actos o permitir conductas que revictimicen:

La atención a una víctima de violación sexual debe estar basada en derechos humanos con perspectiva de género, por lo que es necesario considerar los estándares que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en varias sentencias:

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fernández Ortega Y Otros Vs. México Sentencia De 30 de agosto de 2010,

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Caso Fernández Ortega Y Otros Vs. México Sentencia De 30 de agosto de 2010.

- La declaración de la víctima es una prueba fundamental, puesto que “resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.”⁹
- Al analizar las declaraciones de la víctima se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales son un tipo de delito que no se suele denunciar, por la vergüenza y la estigmatización que conlleva¹⁰.
- Las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos, y que ello no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad.¹¹

“Adicionalmente, es necesario señalar que la ausencia de señales físicas no implica que no se han producido maltratos, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas ni cicatrices permanentes. Lo mismo es cierto para los casos de violencia y violación sexual, en los cuales no necesariamente se verá reflejada la ocurrencia de los mismo en un examen médico, ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de un examen médico.”¹²

Cabe resalta que la Organización Mundial de la Salud, elaboró el Manual Clínico para la Atención de salud para las mujeres que han sufrido violencia de pareja o violencia sexual OPS/FGL/16-016 con el propósito de ayudar a los prestadores de salud, a brindar una atención sanitaria adecuada a las mujeres que han sufrido violencia.

Indica esta guía que en “el apoyo de primera línea a las mujeres que han sufrido violencia se debe prestar atención a cuatro clases de necesidades:

- las necesidades inmediatas de salud emocional y psicológica;

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fernández Ortega Y Otros Vs. México Sentencia De 30 de agosto de 2010

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rosendo Cantú Y Otra Vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Espinoza González Vs. Perú, Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso J. Vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2013.

- las necesidades inmediatas de salud física;
- las necesidades continuas con respecto a la seguridad;
- las necesidades continuas de salud mental y de apoyo”.

El apoyo o asistencia a las víctimas de violación sexual implica además el no realizar sobre ellas nuevas formas de constreñimientos como es un embarazo no deseado, en base de normas generadas desde las preconcepciones y prejuicios sobre la función reproductiva de las mujeres.

Recordemos que las preconcepciones o conductas socialmente esperadas de las mujeres con respecto al embarazo, construyen un estereotipo de la función reproductiva, que limita su autonomía y el ejercicio de sus derechos. Cualquier acto que contradiga o ponga en entredicho las características preconcebidas sobre el comportamiento durante el embarazo, conducen a la condena social y estigmatización de las mujeres que no se apegan a ellas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo entre otras consideraciones que:

Al definir la feminidad con base en la maternidad, se evidencian los estereotipos que existen sobre los roles que debe cumplir cada sexo y que contribuyen a estas repercusiones dispares insistiendo en que los "estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y deben tomarse medidas para eliminarlos.¹³

De acuerdo a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

Las mujeres, así como las personas que no se ajustan a los mandatos de género, han enfrentado obstáculos generalizados y persistentes en el ejercicio de su salud y derechos sexuales y reproductivos debido a los fuertes estereotipos que existen sobre la sexualidad, el embarazo y la maternidad. La CEDAW ha reconocido que los estereotipos de género pueden afectar a la capacidad de la mujer para adoptar libremente decisiones con conocimiento de causa sobre su atención médica, sexualidad y reproducción y que, además, afectan a su autonomía para determinar su propio papel en la sociedad.¹⁴

¹³CIDH - Caso Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica, 28 noviembre de 2012

¹⁴ Documento de antecedentes sobre el papel del Poder Judicial en el abordaje de los estereotipos nocivos de género en casos relativos a la salud y los derechos sexuales y reproductivos. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/JudiciaryRoleCounterStereotypes_SP.pdf

En este mismo sentido el Informe del “Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica”, del Consejo de Derechos Humanos (32o periodo de sesiones) A/HRC/32/44, de 8 de abril de 2016, indicó:

18. El cuerpo de la mujer es instrumentalizado con fines culturales, políticos y económicos arraigados en tradiciones patriarcales. La instrumentalización se produce dentro y fuera del sector de la salud y está profundamente enraizada en múltiples formas de control social y político sobre las mujeres. Su propósito es perpetuar los tabúes y los estigmas relacionados con el cuerpo de la mujer y las funciones tradicionales de la mujer en la sociedad, especialmente en lo que respecta a su sexualidad y a la reproducción. Como resultado de ello, las mujeres se enfrentan a constantes dificultades en el acceso a la atención sanitaria, así como cuando pretenden mantener un control autónomo respecto de la adopción de decisiones sobre su propio cuerpo. Para que se opere un cambio es fundamental comprender y eliminar la instrumentalización del cuerpo de la mujer, basada en normas culturales y estereotipos nocivos, y sus efectos perjudiciales en la salud de las mujeres.¹⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en sus sentencias que la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales, debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia¹⁶.

➤ **LA OPCIÓN DE UN ABORTO EN CONDICIONES SEGURAS CUANDO EL EMBARAZO ES PRODUCTO DE VIOLACIÓN SEXUAL ES UNA MEDIDA DE ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS.**

Las restricciones a la capacidad de las mujeres o las niñas víctimas de violación sexual para acceder al aborto, independientemente de su capacidad mental o física, pone en riesgo su vida y es una forma de sometimiento a nuevos sufrimientos mentales o físicos. En ese sentido se pronunció el Comité de Derechos Humanos, sobre interrupción del embarazo en la *Observación General núm. 36*, con respecto al Artículo 6 (Derecho a la vida) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

8. Aunque los Estados partes pueden adoptar medidas para regular la interrupción voluntaria del embarazo, estas no se deben traducir en la violación del derecho a la vida de la mujer o la niña embarazada, ni de los demás derechos que se

¹⁵ Consejo de Derechos Humanos (32o periodo de sesiones) A/HRC/32/44, de 8 de abril de 2016

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V. VS. Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016

les reconocen en el Pacto. Por lo tanto, las restricciones a la capacidad de las mujeres o las niñas de recurrir al aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro su vida ni someterlas a dolores o sufrimientos físicos o mentales de manera que se viole el artículo 7 del Pacto, ni suponer una discriminación contra ellas o una injerencia arbitraria en su vida privada. Los Estados partes deben proporcionar un acceso seguro, legal y efectivo al aborto cuando la vida y la salud de la mujer o la niña embarazada corran peligro, o cuando llevar el embarazo a término causaría dolores o sufrimientos considerables a la mujer o la niña embarazada, especialmente si el embarazo es consecuencia de una violación o incesto, o si no es viable. Además, los Estados partes no pueden regular el embarazo o el aborto en todos los demás supuestos de manera contraria a su deber de velar por que las mujeres y las niñas no tengan que recurrir a abortos peligrosos, y deberían revisar en consecuencia la legislación pertinente.¹⁷

Cabe indicar que la Recomendación general N.º 24 sobre el Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud señala:

29. Los Estados Partes deberían ejecutar una estrategia nacional amplia para fomentar la salud de la mujer durante todo su ciclo de vida. Esto incluirá intervenciones dirigidas a la prevención y el tratamiento de enfermedades y afecciones que atañen a la mujer, al igual que respuestas a la violencia contra la mujer, y a garantizar el acceso universal de todas las mujeres a una plena variedad de servicios de atención de la salud de gran calidad y asequibles, incluidos servicios de salud sexual y genésica.

31. Los Estados Partes también deberían, en particular...

c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos.¹⁸

El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) examinó los informes periódicos combinados octavo y noveno del Ecuador

¹⁷ Comité de Derechos Humanos, sobre interrupción del embarazo en la Observación General núm. 36, con respecto al Artículo 6 (Derecho a la vida) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁸ Recomendación general N.º 24 sobre el Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud.

(CEDAW/C/ECU/8-9) en sus sesiones de 19 de febrero de 2015. Resultado de este examen el mencionado Comité realizó varias recomendaciones al Estado ecuatoriano, entre las que consta:

33. El Comité recomienda que el Estado parte:

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.¹⁹

De acuerdo al Código Orgánico Integral Penal en su artículo 11, las víctimas de infracciones penales tienen derecho entre otros:

- ❖ A la protección especial, resguardando su intimidad y seguridad, así como la de sus familiares y sus testigos.
- ❖ A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos.

La Corte Constitucional sobre la revictimización indicó:

Se deben establecer procedimientos apropiados para la recolección y el recaudo de la prueba, así como se debe asegurar la participación efectiva de la víctima. En el caso de que las víctimas sean niños, niñas o adolescentes, estos gozan de una protección especial que debe ser salvaguardada por los investigadores y juzgadores, quienes deben considerar la prevalencia del interés superior del niño. Adicionalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva para las víctimas implica la adopción de políticas de acceso a la administración de justicia que no generen daños o sufrimientos adicionales para su bienestar físico o psicológico.”²⁰.

La victimización desarrollada en la doctrina ha recalado:

el carácter violento de la administración de justicia que agrede a la víctima especialmente en los exámenes médico- legales, y en la ceguera del sistema al no considerar sus especificidades sociales y culturales.

¹⁹ Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) examinó los informes periódicos combinados octavo y noveno del Ecuador (CEDAW/C/ECU/8-9) en sus sesiones de 19 de febrero de 2015

²⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1314-10-EP, Sentencia No. 108-14-SEP-CC de 23 de julio del 2014.

Por lo tanto, la asistencia y protección que proporciona el COIP, en este caso la posibilidad de acceder al aborto cuando el embarazo es producto de violación sexual debe extenderse a todas las mujeres, niñas o adolescentes, independiente de su capacidad física o mental.

2.- VULNERACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD FORMAL Y NO DISCRIMINACIÓN ANTE LA PROTECCIÓN DE LA LEY, EN EL CASO DE MUJERES, NIÑAS O ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE VIOLACIÓN SEXUAL QUE NO TIENEN DISCAPACIDAD MENTAL.

El restringir el acceso al aborto a las mujeres y niñas víctimas de violación sexual, bajo la condición prevista en el numeral 2 del artículo 150 que dice “...*en una mujer que padezca de discapacidad mental*”, las negrillas son más, vulnera el artículo 66, numeral 4, que dice:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: ...

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”

Esta vulneración además afecta a los mandatos constitucionales previstos en los artículos

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. 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, ...”

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

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. 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 ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad....

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía....

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos...

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: ...

10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener...

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión.

Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia...

Argumentación

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce a la igualdad y no discriminación como un derecho y principio central, fundamental y vertebrador para la protección de los derechos humanos.

En el sistema interamericano, este reconocimiento se encuentra consagrado en el contenido del artículo II de la Declaración Americana, en el artículo 1 y el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el texto de varios de los instrumentos fundamentales como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia; la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, entre otras.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado sobre el derecho a la igualdad que este se desprende directamente de la naturaleza humana y es inseparable de la dignidad de las personas, por lo que es incompatible toda situación que conduzca a tratar con privilegio a un grupo determinado; o que, por el contrario, se lo trate con hostilidad o se lo discrimine del goce de derechos.

La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contienen una definición de discriminación, sin embargo la Comisión Interamericana de DDHH, la Corte Interamericana de DDHH, y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas toman como base los conceptos de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, para establecer que la discriminación constituye:

*Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.*²¹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado sobre el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación que un aspecto de estos, es la prohibición de diferencia de trato arbitraria – entendiendo por diferencia de trato toda distinción, exclusión, restricción o preferencia – y otro es la obligación de generar condiciones de igualdad material para grupos que han sido históricamente excluidos y están en riesgo de ser discriminados, en todo caso, los Estados están obligados a abstenerse de realizar o de tolerar acciones que de

²¹ Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989)

cualquier forma estén dirigidas, directa o indirectamente, a crear condiciones de discriminación y deben adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, con fundamento en la noción de igualdad y el principio de no discriminación.

En este orden de reflexiones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencias como las emitidas en los Casos Yatama Vs. Nicaragua, de 23 de junio de 2005, o Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, de 24 de agosto de 2010, ha dicho que el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos, consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.

La Convención interamericana de Derechos Humanos señala:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.²²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos evidenció que el artículo citado señala la obligación de los Estados de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado. El artículo 24 de la misma Convención consagra el derecho de igual protección de la ley, y es aplicable en el caso de que la discriminación se refiera a una protección desigual de la ley interna o su aplicación y dice:

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

²² Convención interamericana de Derechos Humanos - bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. Si el ejercicio de tales derechos y libertades no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes están obligados a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Por tanto, cuando el Código Orgánico Integral Penal protege a las mujeres discapacitadas mentalmente concediéndoles la posibilidad de abortar cuando el embarazo es producto de violación sexual, sin que dicha asistencia sea otorgada a la generalidad de las mujeres y niñas que también son víctimas, se produce una discriminación que las pone en desventaja al momento de acceder a la justicia.

La Recomendación General 33 del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer indica:

14. Hay seis componentes esenciales y relacionados entre sí —justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, buena calidad, rendición de cuenta de los sistemas de justicia y suministro de recursos a las víctimas— que son necesarios para asegurar el acceso a la justicia. Si bien es cierto que las diferencias en las condiciones jurídicas, sociales, culturales, políticas y económicas prevalecientes exigirán una aplicación diferenciada de estas características en cada Estado parte, los elementos básicos del criterio son su aplicación universal e inmediata. Por consiguiente:

a) La justiciabilidad requiere el acceso irrestricto de la mujer a la justicia, así como *la capacidad y el poder* para reclamar sus derechos en virtud de la Convención como derechos jurídicos. Las negrillas me pertenecen.²³

Es claro que una mujer, niñas o adolescente revictimizada por la obligación de gestar, no está en capacidad ni tiene el poder de reclamar por sus derechos y retomar su proyecto de vida.

En este sentido nuestra legislación penal señala que uno de los derechos de las víctimas es a ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana.

La igualdad procesal en relación a la víctima implica condiciones que remuevan las limitaciones que afecten su participación en el proceso, esto significa la adopción de medidas especiales, que aseguren la no discriminación. Sobre la importancia de la igualdad procesal la Corte Constitucional ha señalado:

Actuación discriminatoria en la sentencia y afectación de la igualdad procesal.

La accionante, en la sentencia impugnada, relata pasajes y frases que, según lo planteado en la demanda, evidencian un trato discriminatorio, a través de un lenguaje inadecuado e

²³ Recomendación General 33 del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

innecesario y referencias particulares sobre los motivos personales que tendría la demandante respecto de los fines perseguidos en el proceso penal.

El artículo 11 numeral 2 de la Constitución contempla el principio de igualdad y no discriminación que sería de dos tipos. La igualdad clásica o del derecho liberal, la igualdad formal, según la cual todos somos iguales ante la ley, con una diferencia, que la referencia del primer inciso de esta disposición no coloca como referencia de igualdad a la ley, sino a los derechos [constitucionales], deberes y oportunidades. Es decir, estaríamos ante un tipo de igualdad formal con una referencia normativa más amplia. Otro tipo emerge en el inciso segundo donde se establecen las condiciones de diferencia - cuya manifestación es legítima- que se vuelven ilegítimas en el momento que tienen como objeto o resultado menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Esta disposición se debe relacionar con el artículo 11 numeral 8 de la Constitución, en donde se establece que no se puede menoscabar, restringir, disminuir o anular "injustificadamente" el ejercicio de estos derechos. Lo que quiere decir que existe un núcleo duro de los derechos que se está salvaguardando en la medida que sea imposible, de manera razonable, el ejercicio de un derecho, y que los derechos pueden ser justificadamente (motivadamente) limitados entre sí, y que es necesario examinar cada actuación, estatal y no estatal, para determinar si es discriminatoria.

ii. La sentencia cuestionada reproduce un sinnúmero de expresiones personales y subjetivas de parte de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia para deslegitimar las versiones presentadas como pruebas periciales por parte de la accionante. Así, constan frases tales como (1) "inventar falacias como equivocadamente vienen sosteniendo ciertos sectores interesados" (fs. 31), (2) "con su proceder [de la accionante] y la serie de acciones legales e incluso acudir hasta la prensa ha permitido la re victimización de su nieta..." (fs. 31); y, (3) "fácilmente se infiere que lo que pretende en el caso, la acusación particular es acudir al derecho penal para resolver conflictos de índole eminentemente civil lo que evidentemente no puede prosperar..." (fs. 34). Ahora corresponde analizar si estas expresiones que reflejan claramente prejuicios, son capaces de menoscabar injustificadamente el derecho a ser oído, en el sentido de considerar y valorar como prueba legalmente actuada lo expresado voluntaria y libremente ante los peritos, dentro del proceso penal de parte de la víctima. De lo citado, se puede aseverar que las expresiones no tienen un fundamento objetivo en los hechos del caso, las piezas procesales, los

argumentos jurídicos o las normas jurídicas, por lo cual, además, eran innecesarios a más de discriminatorios y evidencian una inadecuada motivación²⁴.

El derecho de acceso a la justicia o a la tutela judicial efectiva implica para la víctima el que tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su victimario sea juzgado, obteniendo su reparación. Ahora bien, también se establece en el documento “Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer Recursos y obtener Reparaciones” aprobado mediante la Resolución 60/147 la Asamblea General de la Naciones Unidas, que “(e)l derecho a la justicia confiere al Estado una serie de obligaciones: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción.” Es el derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se da en tres momentos, a saber: a) acceso; b) sustanciación y resolución y, c) cumplimiento de la decisión²⁵.

La justicia constitucional ecuatoriana sobre la tutela judicial ha señalado

...consiste en el derecho de acceso a la justicia y de protección efectiva de los derechos y garantías ciudadanas, tendientes materializar en forma real sus derechos individuales y sociales. La efectividad en el acceso a la justicia puede ser considerada como el requisito más esencial dentro de un sistema legal igualitario moderno, destinado a garantizar los derechos constitucionales y humanos. Dentro de esta perspectiva, el acceso a la justicia puede asimilarse como una ‘corriente de pensamiento que se interroga sobre las condiciones de paso de un estado formal a un estado real de derecho en que la causa de uno sea escuchada por las cortes y los tribunales (...)’. Para ello se demanda la existencia de un sistema jurídico válido y eficaz, a efectos de alcanzar los objetivos que pretende la seguridad jurídica, en otras palabras, evitar la vulneración a la seguridad del ordenamiento constitucional, capaz de garantizar a las personas, la certeza de contar con jueces competentes que las

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de Transición, Caso No. 1277-10-EP, en Sentencia No. 010-12-SEP-CC, de 15 de febrero del 2012.

²⁵ De acuerdo a la Corte Constitucional, en Sentencia No. 286-15-SEP-CC, el 2 septiembre de 2015, del caso No. 0367-12-EP

defiendan, proteja y tutelen sus derechos, evitando recurrir de forma incesante a las formalidades legales.²⁶.

Sobre el alcance de la tutela judicial efectiva la Corte Constitucional ha mencionado:

Así la tutela judicial efectiva comporta un enfoque integral en tanto no versa únicamente respecto del acceso a la justicia, por el contrario, implica una actuación jurisdiccional apegada a las normas que componen el ordenamiento jurídico nacional y además el establecimiento de condiciones mínimas que aseguren a las partes una defensa apropiada de sus derechos. Este sentido, se puede indicar que este derecho se presenta en tres momentos: en primer lugar, el consagrado procesalmente como derecho de petición, es decir, el acceso a los órganos jurisdiccionales; en segundo lugar, la actitud diligente del juez en un proceso ya iniciado y finalmente, el rol del juez una vez dictada la resolución, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos. Es decir, la tutela judicial efectiva va más allá del simple acceso gratuito a la justicia, implica una serie de actuaciones por parte del Estado que permitan asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución. Por tanto, los operadores de justicia deben enmarcar sus actuaciones sin ninguna especie de condicionamientos, teniendo como referentes exclusivamente las disposiciones constitucionales y legales aplicables al caso concreto.²⁷.

Una práctica jurídica basada en derechos humanos con perspectiva de género, implica que la atención brindada a una mujer víctima de violación sexual, garantice que pueda ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, removiendo los obstáculos o dificultades para ello. En este sentido y en base de las recomendaciones hasta aquí desarrolladas es fundamental que se constate y asegure que la víctima ha recibido apoyo no sólo en el ámbito legal, sino en su salud, dada la naturaleza de la violencia sufrida, lo que debe incluir su derecho a elegir un procedimiento de aborto si así lo requiere.

IV.

²⁶ Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Caso No. 0355-10-EP, sentencia No. 0027-12-SEP-CC de 06 de marzo del 2012.

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1852-11-EP, en Sentencia No. 114-14-SEP-CC de 06 de agosto del 2014.

PETICIÓN

Por todos los antecedentes y argumentos presentados, de conformidad con los artículos 436 (2) de la Constitución, 75 de la LOGJCC, demandamos se declare la inconstitucionalidad de la condicionante prevista en el artículo 150 numeral dos: “...*en una mujer que padezca de discapacidad mental.*”

V.

AUTORIZACIÓN DE REPRESENTACIÓN, DOMICILIO Y NOTIFICACIONES

Para las notificaciones que me correspondan señalo el correo electrónico lmartínez@cepamgye.org cbowen@cepamgye.org y jolvera@cepamgye.org así como autorizo a la abogada Consuelo Bowen Manzur a fin de que para que en mi nombre y representación, comparezca a audiencias y realicen cuanta gestión sea necesaria para la defensa de los derechos de mi representada.

Ab. Lita Martínez Alvarado
C.I. 1102798061
Directora Ejecutiva
CEPAM GUAYAQUIL

Ab. Consuelo Bowen Manzur
Matrícula 17-1994-135 Foro de Abogados

