

Quito, D.M., 13 de octubre de 2022

CASO N.º 50-14-IN

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y
LEGALES,
EMITE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA N.º 50-14-IN/22

Tema: Se demanda la inconstitucionalidad del segundo inciso del artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia en relación con la medida de prohibición de manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes. Al respecto, se realiza una interpretación sistemática del inciso impugnado en relación con los artículos 45 y 66.3.d) de la Constitución.

I. Antecedentes

A. Actuaciones procesales

1. El 4 de diciembre de 2014, Mishelle Estefanía Bermeo Vivar, procuradora común de Jaime Alfonso Dousdebés Costa, Dayana Lizeth Naranjo Jaramillo, Allison Michelle Vasco Campoverde y Guillermo Brando Zapatier Nájera (también, “parte accionante”), presentó una demanda de inconstitucionalidad¹, por razones de fondo, en contra del segundo inciso del artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia (también, “CONA”), publicado en el Registro Oficial N.º 737 de 3 de enero de 2003. Esta demanda dio origen al caso N.º 0050-14-IN.
2. En el auto de 12 de febrero de 2015, el correspondiente tribunal de Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la acción planteada. Asimismo, requirió a la Presidencia de la República, Asamblea Nacional y Procuraduría General del Estado que intervengan defendiendo o impugnando la constitucionalidad de la norma demandada; también dispuso que se publique un resumen de la demanda, tanto en el Registro Oficial como en el portal electrónico de la Corte Constitucional, y que la Asamblea Nacional remita a esta Corte el expediente con los documentos que dieron origen a la norma cuestionada.

¹ En la demanda autorizaron a Mario Melo del Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador para que presente escritos en su representación. Adicionalmente, la demanda se encuentra suscrita por Sonia Merlyn Sacoto.

3. En el auto de 20 de enero de 2016, el juez constitucional Alfredo Ruiz Guzmán avocó conocimiento de la presente causa y convocó a una audiencia pública para el 26 de enero de 2016, la que se llevó a cabo en el día y hora señalados.
4. Una vez posesionados los actuales integrantes de la Corte Constitucional, se llevó a cabo un nuevo sorteo de la causa, correspondiendo la sustanciación de la misma al juez constitucional Alí Lozada Prado, quien, en providencia de 17 de febrero de 2021, avocó conocimiento de la causa.

B. Disposición legal impugnada

5. La disposición impugnada es el segundo inciso del artículo 20 del CONA, el cual establece lo siguiente:

Art. 20.- Derecho a la vida. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral. [Énfasis fuera de texto]

C. Pretensiones y fundamentos de la parte accionante

6. La parte accionante pretende que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad del segundo inciso del artículo 20 del CONA porque sería incompatible con los artículos 45² y 66.3.d)³ de la Constitución, en apoyo de lo cual, en la demanda planteada y en la audiencia pública, esgrimió los siguientes fundamentos⁴:

² Constitución, artículo 45: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas”.

³ Constitución, artículo 66: “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: (...) d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos”.

⁴ Se integraron los fundamentos establecidos en la demanda, la audiencia y el escrito de 1 de febrero de 2016.

- 6.1. El uso del término “manipulaciones” genera varias interpretaciones y su amplitud comportaría que *“en ningún supuesto se pueda tratar o intervenir al concebido previo a su nacimiento”*, aun cuando el propósito fuese precautelar su vida e integridad. En ese sentido, este término debería entenderse de conformidad con el artículo 66.3.d) de la Constitución, del que se desprende que *“la voluntad del constituyente fue prohibir el uso de material genético y la experimentación científica siempre que atenten contra los derechos humanos”*; de forma que, si dicha manipulación no vulnera derechos humanos, no está prohibida constitucionalmente.
- 6.2. Según el artículo 3.1 de la Constitución, uno de los fines del Estado es la protección y promoción de derechos, por lo que, *“si en aras de precautelar los derechos se requiere usar material genético o realizar una intervención médica, no solo que no está prohibido a la luz de la Constitución, sino que el Estado debería garantizar que se proteja al bien jurídico incluso con el uso de dicho material”*. Así, la aplicación del inciso normativo impugnado atentaría contra el artículo 45 de la Constitución porque existirían casos en los que se requiera de manipulación médica y genética; por ejemplo, la cirugía fetal, que sería un procedimiento médico estándar que salva vidas, o la detección y tratamiento de enfermedades intraútero. Adicionalmente, refieren que, en países como España, se sanciona *“en caso de que la manipulación perjudique el normal desarrollo o provoque en el embrión una grave enfermedad o secuela física o psíquica”*⁵; de modo que, *“prohibiendo las intervenciones intrauterinas pro vida y pro derechos humanos, se est[aría] limitando y contrariando el derecho del no nacido a la vida y a la integridad”*.
- 6.3. En la audiencia, intervinieron los doctores Santiago Chávez⁶ y Mónica Ruiz⁷, quienes enfatizaron que, de ninguna manera se realiza o realizaría experimentación con *nasciturus*, sino *intervencionismo*, en virtud del cual, se actúa a nivel intrauterino en dos supuestos, a saber: evitar la muerte del *nasciturus* o mejorar su calidad de vida. A modo ejemplificativo, entre los procedimientos a realizar, señalan la intervención intrauterina ante enfermedades congénitas, cardíacas, pulmonares, de la sangre, paladar hendido, entre otras. Indican que estas intervenciones se realizan en otros países del mundo y que ha habido importantes avances médico- científicos en la materia.
- 6.4. Adicionalmente, en relación con el derecho a la vida, integridad y desarrollo del que está por nacer, la parte accionante refiere los siguientes artículos de instrumentos internacionales: artículo 3 de la Declaración Universal de

⁵ Al respecto, la parte accionante refiere los artículos 5 y 7 de la Ley 42/1998 de España.

⁶ Médico gineco- obstetra, fundador y coordinador de la Unidad Materno Fetal del IESS, miembro de la Sociedad Ecuatoriana de Ginecología y Obstetricia, docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Universidad San Francisco de Quito.

⁷ Magíster en Genética Humana, docente de Genética y Biología de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Derechos Humanos⁸, artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹, artículos 1¹⁰, 6.1 y 2¹¹ y 24¹² de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 4. a)¹³ y 5. a) y c)¹⁴ de la Declaración sobre los Derechos del Paciente, introducción¹⁵ y artículo 26¹⁶ del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

6.5. Finalmente, durante la audiencia, especificaron que el énfasis de sus pretensiones está en que se aclare el alcance y contenido del inciso impugnado en relación con la prohibición de la manipulación médica y genética, a fin de que se especifique que esta no implica la prohibición de intervenciones médicas para salvar la vida del *nasciturus* o mejorar su calidad de vida. Ante lo cual, sostienen que se debería considerar también que dicha norma es anterior a la Constitución del 2008 y deviene anacrónica en consideración a los avances científicos que se han suscitado sobre intervenciones intrauterinas; y que no es coherente con el resto del ordenamiento jurídico.

⁸ Declaración Universal de Derecho Humanos, artículo 3: *"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"*.

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4, numeral 1: *"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"*.

¹⁰ La parte accionante señala lo siguiente en relación con este artículo: *"[la] Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: Indica que para la interpretación jurídica del término niño se utilizará el siguiente concepto: "Se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad."*

¹¹ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 6: *"1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño."*

¹² *Ibidem*, artículo 24: *"1. Los estados partes garantizarán el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud"*.

¹³ Declaración sobre los Derechos del Paciente, artículo 4: *"El paciente inconsciente: a. Si el paciente está inconsciente o no puede expresar su voluntad, se debe obtener el consentimiento de un representante legal, cuando sea posible"*.

¹⁴ *Ibidem*, artículo 5: *"El Paciente legalmente incapacitado: a. Incluso si el paciente es menor de edad o está legalmente incapacitado, se necesita el consentimiento de un representante legal en algunas jurisdicciones; sin embargo, el paciente debe participar en las decisiones al máximo que lo permita su capacidad. c. Si el representante legal del paciente o una persona autorizada por el paciente, prohíbe el tratamiento que, según el médico, es el mejor para el paciente, el médico debe apelar de esta decisión en la institución legal pertinente u otra. En caso de emergencia, el médico decidirá lo que sea mejor para el paciente"*.

¹⁵ Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, introducción: *"Es decir que la biología y la medicina son efectivamente un beneficio, un derecho, que no puede ni tendría razón para ser restringido en ninguna de sus aplicaciones. Claro está, mientras estas representen justamente un paso en favor de la salud y el bienestar"*.

¹⁶ *Ibidem*, artículo 26: *"El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas"*.

D. Contestaciones a la demanda

7. En su escrito de contestación a la demanda¹⁷ y en la audiencia, la **Presidencia de la República** señaló lo siguiente:

7.1. Que, en relación con la manipulación genética, “*la errónea y dolosa utilización*” de material genético podría derivar en la violación y afectación de otros derechos constitucionales, como la dignidad humana, y una inobservancia del principio de no regresividad, establecido en el artículo 11.4 de la Constitución. En esa línea, afirma que el inciso de la norma impugnada no transgrede el artículo 66.3.d) de la Constitución, sino que amplía el ámbito de protección del *nasciturus*, mismo que pertenece a uno de los grupos de atención prioritaria determinados en la Constitución.

7.2. Que, en Ecuador, está permitida la investigación del material genético y se encontraría regulada por la Ley Orgánica de Salud y el Reglamento para Uso de Material Genético Humano en Ecuador¹⁸, mismo que establecería “*la posibilidad de realizar, bajo la supervisión y control de la autoridad sanitaria nacional, investigaciones (no manipulaciones) al material genético humano para efectos de identificar situaciones anómalas en la salud del concebido*”¹⁹.

7.3. Que la *intervención* quirúrgica es factible, mas no la *manipulación* médica y genética; la cual, a su entender, no refiere a intervenciones quirúrgicas; en otras palabras, las intervenciones quirúrgicas no estarían comprendidas en el alcance de la palabra “manipulación”.

8. En su escrito²⁰ de contestación a la demanda y en la audiencia, la **Asamblea Nacional** señaló lo siguiente:

8.1. Que la Constitución protege la vida desde la concepción, es decir, desde la fecundación del óvulo con el espermatozoide; y se prohíbe el uso de material genético y la experimentación científica si esta llegase a atentar contra los derechos humanos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

8.2. Que distintos cuerpos normativos regulan la temática, a saber: la Ley Orgánica de Salud (también, “LOS”) que, en el artículo 212, establece que podrán efectuarse intervenciones sobre el genoma humano, células de la línea germinal y células madre, únicamente por razones predictivas, preventivas, diagnósticas o terapéuticas; el Reglamento para uso del material genético humano en el

¹⁷ Expediente constitucional, escrito de 18 de marzo de 2015, hojas 24 a 27.

¹⁸ Ministerio de Salud Pública (MSP) Reglamento para uso del material genético humano en Ecuador, Quito: Ministerio de Salud Pública, Dirección Nacional de Normatización y Programa Nacional de Genética, 2013.

¹⁹ Expediente constitucional, escrito de 18 de marzo de 2015, hojas 24 a 27.

²⁰ Expediente constitucional, escrito de 19 de marzo de 2015, hojas 41 a la 49.

Ecuador; el Comité Nacional Ecuatoriano del Genoma Humano y los Derechos Humanos, así como el Comité Nacional de Bioética en Salud, que poseen principios y garantías básicas de bioética.

- 8.3. Que la Constitución 2008 estableció un nuevo paradigma constitucional y garantiza la inviolabilidad de la vida, cuidado y protección desde la concepción. *“Sobre el uso de material genético y experimentación científica la prohíbe expresamente cuando ésta atente contra los derechos humanos (...). En lo que respecta a la manipulación genética, la Constitución de la República del Ecuador, presenta una peculiaridad, elevando a derecho fundamental la protección del material genético”*.
- 8.4. Que *“el intérprete debe elegir de forma razonada una interpretación que resulte compatible con el ordenamiento (...) [p]or lo tanto, las normas jurídicas deben ser interpretadas en el sentido que más se ajuste a la Constitución, en su integralidad y, en caso de duda, se la debe interpretar en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos reconocidos en la misma”*. En relación con el inciso impugnado, la correcta interpretación sintáctica- literal de la norma llevaría a establecer que están prohibidas las manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo, cuando se ponga en peligro la vida, integridad o desarrollo integral del *nasciturus*. Así, *“la interpretación literal correcta se encuentra conforme a la Constitución, la interpretación teleológica y sistemáticas [sic] nos lleva a los mismos resultados, esto es, las normas jurídicas se deben entender a partir de los fines e intereses que persigue el texto normativo “si el fin de la ley era alcanzar un fin, el texto debe interpretarse de manera que no frustre ese objetivo”*.
9. En su escrito²¹ de contestación a la demanda y en la audiencia, la **Procuraduría General de Estado** (también, “PGE”) especificó lo siguiente:
- 9.1. Que el artículo 45 de la Constitución garantiza el derecho a la vida desde la concepción y, en la sentencia Artavia Murillo Vs. Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (también, “Corte IDH”) habría señalado que una corriente de pensamiento entiende por concepción el momento de la fecundación; por lo que, el inciso del artículo impugnado prohíbe manipulaciones médicas y genéticas para proteger la vida desde la fecundación del óvulo.
- 9.2. Que los artículos 45 y 66.3.d) de la Constitución y la norma impugnada coinciden en el propósito de proteger al que está por nacer y la normativa legal guarda armonía con estas normas constitucionales. En consecuencia, el CONA prohíbe las manipulaciones médicas y genéticas para precautelar la vida e integridad del *nasciturus*; y, el artículo 214 del Código Orgánico Integral Penal (también, “COIP”) sanciona la manipulación genética que se realice con un fin diferente a la de prevenir y combatir una enfermedad. Por tanto, el inciso de la

²¹ Expediente constitucional, escrito de 19 de marzo de 2015, hojas 33 a 38.

norma impugnada no viola los referidos artículos de la Constitución y no hay una incompatibilidad normativa.

- 9.3.** Que, en virtud que el CONA fue expedido en el año 2003, previamente a la entrada en vigor de la actual Constitución, se podría realizar una interpretación conforme, según los establece el artículo 76.5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (también, “LOGJCC”).

E. Audiencia pública

- 10.** El 26 de enero de 2016, a las 10h30, se llevó a cabo la audiencia convocada dentro de la presente causa. En calidad de parte legitimada activa, comparecieron Mishelle Estefanía Bermeo Vivar, procuradora común de las personas accionantes, y su abogado patrocinador Mario Melo. En calidad de parte legitimada pasiva, comparecieron Luis Idrovo y Fabiola Gaibor, en representación de la Presidencia de la República y la Asamblea Nacional, respectivamente. Por parte de la PGE, compareció Jenny Veintimilla.

II. Competencia

- 11.** De conformidad con lo establecido en el artículo 436.2 de la Constitución de la República, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 75 y 76 de la LOGJCC, este Pleno es competente para conocer y resolver sobre el presente caso.

III. Cuestión Previa

- 12.** El 3 de enero de 2003, se publicó en el Registro Oficial N.° 737 el CONA, mismo que entró en vigor 180 días después de su publicación. El 4 de diciembre de 2014, se presentó la acción de inconstitucionalidad que dio origen al presente caso, respecto de lo cual, se debe tener en cuenta que el CONA fue reformado, entre otras, el 7 de julio de 2014²² y que la última reforma es de 17 de enero de 2022²³.
- 13.** Realizada la verificación correspondiente, se establece que el inciso segundo del artículo 20 del CONA continúa vigente en los mismos términos en que se encontraba a la fecha de presentación de la demanda.

IV. Planteamiento del problema jurídico

- 14.** Las alegaciones contenidas en la demanda cuestionan la constitucionalidad del segundo inciso del artículo 20 del CONA por el fondo, en virtud de que este sería incompatible con el contenido de los artículos 45 y 66.3.d) de la Constitución.

²² Ley s/n, Segundo Suplemento del Registro Oficial N.° 283 de 7 de julio de 2014.

²³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.° 28-15-IN/21, Edición Constitucional del Registro Oficial 262 de 17 de enero de 2022.

15. El artículo 79.5.b) de la LOGJCC establece que las demandas de inconstitucionalidad deben contener “[a]rgumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa”, de forma que los accionantes están compelidos a cumplir con cierta carga argumentativa que permita a esta Corte realizar un pronunciamiento en el marco del control abstracto de constitucionalidad²⁴.
16. A decir de la parte accionante, la norma impugnada se podría entender como la prohibición de realizar cualquier tipo de procedimiento médico y genético desde la fecundación hasta el nacimiento del niño o niña, sin considerar aquellos casos en los que estos son necesarios para garantizar la vida del *nasciturus* y la calidad de vida tras el nacimiento. Asimismo, la parte accionante especifica que la demanda de inconstitucionalidad no versa sobre la experimentación médica y genética en el *nasciturus*. Es decir, se restringe a lo que los médicos especialistas –en la audiencia– denominaron “*intervencionismo*”, el que consistiría en actuaciones médicas de diagnóstico o tratamiento de enfermedades o condiciones médicas para salvar la vida del *nasciturus* o mejorar la calidad de vida después de nacer.
17. En esa línea, la parte accionante manifiesta que, de realizarse una interpretación a la luz del artículo 66.3.d) de la Constitución, una manipulación médica y genética sería posible siempre y cuando no atente contra los derechos humanos, y que, en este supuesto, la prohibición sería contraria al artículo 45 de la Constitución, que garantiza la vida incluidos su cuidado y protección desde la concepción.
18. La Presidencia de la República coincide en que es factible la *intervención* en el *nasciturus*; y tanto la Asamblea Nacional como la PGE estiman que la norma impugnada no es contraria a la Constitución, y puntualizan que, al ser entendida en el conjunto del ordenamiento jurídico, favorece la protección del *nasciturus*.
19. Teniendo en cuenta las alegaciones de las partes, cabe partir de una distinción conceptual necesaria: las *disposiciones jurídicas* son proposiciones normativas (textos), cuyo contenido puede incluir una o varias *normas jurídicas*, obtenidas mediante interpretación jurídica, las que vienen a ser el contenido de aquellas disposiciones. En efecto, en el presente caso, el segundo inciso del artículo 20 del CONA constituye una *disposición jurídica* cuestionada. Y, toda vez que se ha excluido de la controversia lo relativo a la experimentación médica o genética en el *nasciturus*, el carácter tentativo de la *norma jurídica* que se impugna es la que, según la parte accionante, prohibiría las intervenciones médicas y/o genéticas para salvaguardar la vida de los *nasciturus* y/o evitar daños en la integridad de las personas tras su nacimiento.
20. En consecuencia, se plantea el siguiente problema jurídico: *La norma jurídica contenida en el artículo 20 del CONA que prohibiría las intervenciones médicas y/o genéticas para salvaguardar la vida de los nasciturus y/o evitar daños en la integridad de las*

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 69-16-IN /21 de 20 de octubre de 2021, párr. 35. En el mismo sentido, ver la sentencia N.º 32-17-IN/21 de 9 de junio de 2021, párr. 31.

personas tras su nacimiento, ¿es compatible con los artículos 45 y 66.3.d) de la Constitución?

V. Resolución del problema jurídico

Problema jurídico: La norma jurídica que prohibiría las intervenciones médicas y/o genéticas para salvaguardar la vida de los *nasciturus* y/o evitar daños en la integridad de las personas tras su nacimiento, ¿es compatible con los artículos 45 y 66.3.d) de la Constitución?

21. La medicina moderna ha desarrollado la subespecialidad de Medicina Fetal, misma que “*se ocupa de la salud del feto, considerado este como un paciente individual y en sus múltiples relaciones con su madre*”²⁵; y constituye una disciplina que “*emplea todos los medios disponibles en la naturaleza para prevenir, cuidar, conservar, mejorar la salud y curar o aliviar las enfermedades del ser humano antes de nacer*”²⁶; de modo que se ha producido un trascendental avance tecnológico

*logrado gracias al desarrollo de las aplicaciones imagenológicas, especialmente la ecografía en el estudio del feto y los anexos, la resonancia magnética nuclear (RMN), el laboratorio prenatal especializado, (...), entre otros, lo cual permite conocer con exactitud el desarrollo normal y patológico del feto y aplicar acciones de profilaxis para algunas complicaciones. Además, el diagnóstico y tratamiento basado en evidencias científicas que evitan muertes o mejoran el pronóstico de vida (...)*²⁷. [Énfasis fuera de texto]

22. La Federación Latinoamericana de Asociaciones de Medicina Perinatal, la Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología y la Sociedad Internacional del Origen Fetal de las Enfermedades del Adulto presentaron su publicación titulada “*El origen fetal de las enfermedades en el adulto*”; en la que exponen:

*(...) hoy sabemos que la interacción durante la vida intrauterina entre factores ambientales y genéticos, tienen repercusiones sobre el desarrollo de enfermedades en el adulto, derivadas de las alteraciones epigenéticas adaptativas a un ambiente intrauterino hostil. Basta esta aproximación, para destacar la importancia de la influencia de los acontecimientos prenatales en las enfermedades del adulto y justificar sobradamente la necesidad de ocuparse, no solo de conocer la fisiología fetal, sino también de las intervenciones necesarias para reducir, cuando no evitar patologías del adulto condicionadas por un origen fetal*²⁸. [Énfasis fuera de texto]

²⁵ Moisés Huamán Guerrero, Medicina Fetal: Actualidad, Instituto Latinoamericano de Salud Reproductiva, Simposio de Medicina Fetal, Rev. Perú. ginecol. obstet. vol.62 no.2 Lima abr./jun. 2016, versión On-line ISSN 2304-5132. Disponible en: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S2304-51322016000200006&script=sci_arttext&lng=pt

²⁶ Pacora Percy y otros, “Medicina Fetal: El feto como paciente”, en “El origen fetal de las enfermedades en el Adulto”, Empresa Editora Ecuasalud S.A., 2019, p.155.

²⁷ El origen fetal de las enfermedades en el Adulto, ibídem, p.0.

²⁸ Moisés Huamán Guerrero, ibídem.

23. Así, sobre los acontecimientos prenatales que podría constituir factores condicionantes de enfermedades fetales, se ha establecido que

[I]a herencia, representada por la interacción de los genes maternos con los genes del concebido heredados del padre y el medio ambiente biológico, psicológico y social determinan la presencia de factores condicionantes de la enfermedad fetal. Por su naturaleza, estos factores estresores patógenos son de ocho tipos: anatómicos, nutricionales, tóxico-contaminante, metabólicos, psicológico, nutricionales, vasculares, metabólicos e infecciosos. Los ocho factores estresores condicionantes de la enfermedad pueden intervenir en forma individual o simultánea sobre el organismo vivo (madre/embrión-feto-placenta). El organismo vivo respondería en dos formas: 1) local/específica a nivel uterino y 2) general/inespecífica en forma sistémica. Ambas respuestas alterarían la función de la célula endotelial de los tejidos del concebido o de la madre determinando la enfermedad fetal y la muerte perinatal²⁹.

(...) Durante el embarazo ocurren múltiples cambios en la regulación genética del proceso de organización, que pueden modificar el curso clínico de diversas afecciones crónicas del sistema inmune, como las alergias, así como generar enfermedades que solo ocurren en este período, como la preclamsia³⁰.

24. Es así que, actualmente, los avances científicos posibilitan considerar al feto como un paciente y

[I]os adelantos científicos en el campo de la biología, genética, cirugía y farmacología han convertido al feto sujeto de estudio, diagnóstico y tratamiento. Actualmente, es posible realizar diagnósticos prenatales de enfermedades genéticas, nutricionales, vasculares, tóxicas, metabólicas, infecciosas y anatómicas.

El estudio de los tejidos fetales, tales como la sangre, placenta, líquido amniótico, cordón umbilical y biopsia de los órganos fetales, permiten llegar al diagnóstico prenatal empleando las técnicas de imágenes, inmunología, histología, microbiología, biología molecular. Los adelantos en el tratamiento médico y quirúrgico han aumentado la esperanza y la fe de las familias en mejorar la calidad de vida y la sobrevivencia del feto enfermo y doliente³¹.

25. Estadísticas del INEC reflejan que, en el año 2020, se registraron 1 437 defunciones fetales en Ecuador³² y la OMS indica que, según las primeras estimaciones conjuntas de mortalidad fetal publicadas por UNICEF, la Organización Mundial de la Salud, el Grupo Banco Mundial y la División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU, cada 16 segundos se produce una muerte fetal³³; y UNICEF indica que “[I]a mayor parte de las muertes fetales pueden evitarse con una atención médica de calidad durante el embarazo y el parto”³⁴.

²⁹ Pacora Percy y otros, “Medicina Fetal: El feto como paciente”. Ibidem, pp. 156 y 157.

³⁰ Ávila Daltos y otros, “Epigenética e Inmunología”. Ibidem, p.2.

³¹ Pacora Percy y otros “Medicina Fetal: El feto como paciente”. Ibidem, p. 159.

³² Disponible en: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/nacidos-vivos-y-defunciones-fetales/>

³³ Disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/08-10-2020-one-stillbirth-occurs-every-16-seconds-according-to-first-ever-joint-un-estimates>

³⁴ Disponible en: <https://www.unicef.org/es/historias/lo-que-debes-saber-sobre-las-muertes-fetales>

26. En el mismo sentido, sobre el beneficio del diagnóstico y tratamiento fetal de enfermedades, el Servicio de Medicina Maternofetal del Instituto Clínic de Ginecología, Obstetricia y Neonatología del Hospital Clínic de Barcelona manifiesta:

Uno de cada diez fetos presentará algún tipo de problema durante su vida en el útero materno. Muchos de estos problemas son leves pero, lamentablemente otros son graves y pueden comprometer la supervivencia fetal o la calidad de vida después del nacimiento. El beneficio del diagnóstico prenatal en la detección de los problemas fetales es actualmente indudable, sea cual sea la gravedad de estos. Un manejo adecuado a cada caso de acuerdo con el conocimiento más actualizado permite mejorar notablemente los resultados para una amplia gama de enfermedades fetales leves o graves. Por otra parte, para algunas enfermedades existen intervenciones prenatales que pueden salvar la vida del feto o mejorar su futura calidad de vida notablemente³⁵.

27. Asimismo, estudios médicos revelan que “los defectos congénitos mayores son causa de mortalidad o enfermedad en los recién nacidos [y] [s]on relativamente comunes”³⁶; así, desde la primera cirugía fetal³⁷ hasta la actualidad,

*[l]a sofisticación de las técnicas de imágenes y los avances en las pruebas diagnósticas han hecho que muchas anomalías sean detectadas antes del nacimiento. Si bien la mayoría de los defectos son y deben ser tratados en forma médica o quirúrgica luego del nacimiento, **un cierto número de ellos han sido corregidos con éxito antes del nacimiento para evitar la muerte fetal o neonatal, o bien para revertir o detener las devastadoras o incapacitantes consecuencias usualmente observadas en la vida postnatal**³⁸. [Énfasis fuera de texto]*

28. En el campo específico de la genética, se halla que la medicina fetal ha realizado avances importantes en torno al uso de material genético con fines diagnósticos, de forma que

[e]l estudio no invasivo del material genético fetal es hoy en día una realidad. Mediante el uso de tecnología de avanzada, se puede actualmente determinar el grupo Rh fetal, el sexo fetal y trastornos genéticos fetales. El NIPD (Non Invasive Prenatal Diagnosis) ha generado revuelo en la comunidad científica debido a las grandes perspectivas que se abren desde el punto vista del manejo de las pacientes³⁹. [Énfasis fuera de texto]

³⁵ Disponible en:

https://fetalmedbarcelona.org/clinica/index.php?option=com_content&view=article&id=1%3Ael-feto-como-paciente-por-el-dr-e-gratacs&catid=2%3Adescripcin&lang=en

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ En 1981, el doctor Michael Harrison realizó la primera cirugía fetal de la historia en el Hospital de Niños de la Universidad de California en San Francisco (UCSF), a través de la técnica de cirugía intrauterina. R. Harrison Michael, Avances en cirugía intraútero, revista Prevención en Salud N.º 41 junio/01 - Publicación del Centro de Diagnóstico y Tratamiento Fetal, del Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno. Disponible en: <https://www.intramed.net/contenidover.asp?contenido=14060>

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ Illanes Sebastián y otros, “Diagnóstico Prenatal no Invasivo”, en Revista Médica Clínica Las Condes, Vol.25, N.º 6, 2014, p. 887.

29. Así, por ejemplo, en relación con la detección de enfermedades genéticas en el embrión, el DELS del Ministerio de Salud de la Nación de Argentina, en colaboración con la Organización Panamericana de la Salud, refieren que

*(...) en los últimos tiempos se han desarrollado especialmente los estudios sobre la herencia y se ha avanzado considerablemente en la comprensión de la estructura y función del material genético a nivel molecular. Técnicas como la inserción de genes foráneos en células receptoras, o la activación y desactivación de genes dentro de los organismos mismos, permiten guiar su función hacia fines predeterminados. Se ha perfeccionado, por ejemplo, la detección de enfermedades genéticas en el embrión de pocas semanas de gestación (...)*⁴⁰. [Énfasis fuera de texto]

30. De igual forma, el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO (también, “CIB”), en su informe titulado “*Actualización de la reflexión del CIB sobre el genoma humano y los derechos humanos*”, señaló que son admisibles “[l]as intervenciones sobre el genoma humano (...) **por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas**”⁴¹. [Énfasis añadido]

31. En relación con los criterios sobre la posibilidad y recomendación médica de realizar una intervención médica y genética, se debe considerar que, en cuanto a la práctica de la Medicina Materno Fetal, “[u]n elemento que ha modificado tanto el perfil de educación médica actual como la relación profesional- usuario (...), lo constituye la práctica de medicina basada en evidencia (MBE), **que se define como el uso consciente, explícito y juicioso de la mejor evidencia científica disponible para la toma de decisiones sobre el cuidado de los pacientes**”⁴²; y que

[e]l entendimiento de las bases moleculares de la patología humana y la posibilidad de su estudio con aplicaciones diagnósticas y/o pronósticas avanza de manera rápida en los últimos años de la mano de los avances tecnológicos.

*(...) Actualmente, existe disponible una prueba prenatal no invasiva para cribado de aneuploidías y algunos trastornos genómicos recurrentes, que se basa en la secuenciación de nueva generación*⁴³. [Énfasis fuera de texto]

32. De lo expuesto, este Organismo identifica que los avances médicos y científicos, particularmente en el ámbito de la medicina fetal, hacen posible realizar distintos procedimientos de diagnóstico y tratamiento de enfermedades o condiciones médicas en el *nasciturus*; los cuales podrían hacer una diferencia en la salud y calidad de vida de la

⁴⁰ Digilio Patricia, Genética y Desarrollo Científico Tecnológico, DELS- Ministerio de Salud de la Nación, Argentina. Disponible en: <https://salud.gob.ar/dels/entradas/genetica-y-desarrollo-cientifico-tecnologico>

⁴¹ UNESCO, Preguntas y respuestas sobre el Genoma Humano. Disponible en: <https://en.unesco.org/themes/ethics-science-and-technology/human-genome-and-human-rights>

⁴² Cabrera Carlos y otros, Participación de la bioética y la evidencia clínica en la medicina materno fetal, revista Latinoamericana de Perinatología, vol. 22, 2019. Disponible en: http://www.revperinatologia.com/images/2_Rev_lat_perinat_Vol_22_4_2019.pdf.

⁴³ M.G. Palacios-Verdú, L.A. Pérez-Jurado, “Nuevas metodologías en el estudio de enfermedades genéticas y sus indicaciones”, en revista Pediatría Integral, Vol. XVIII, N.º 8, 2014. Disponible en: <https://www.pediatriaintegral.es/publicacion-2014-10/nuevas-metodologias-en-el-estudio-de-enfermedades-geneticas-y-sus-indicaciones/>

persona tras su nacimiento, en la medida que, se distingue la existencia de enfermedades en las personas tras el nacimiento, condicionadas por un origen fetal. A tal efecto, una norma que prohíba realizar intervenciones médicas y genéticas en el *nasciturus* podría comprometer su supervivencia y calidad de vida después del nacimiento.

33. El artículo 45 de la Constitución reconoce como valor constitucional la protección de la vida desde la concepción, conforme se manifestó en la sentencia N.° 34-19-IN/21; en ese sentido, la norma de prohibición, que según el accionante contiene el segundo inciso del artículo 20 del CONA, lejos de ser una garantía para salvaguardar la vida del *nasciturus*, constituye un obstáculo para su protección, cuyo efecto práctico es la omisión de realizar procesos orientados tanto al diagnóstico, como al tratamiento del *nasciturus*, cuando esto sí es posible y lo médicamente recomendado para salvar su vida o mejorar la calidad de vida de la persona tras su nacimiento.
34. Además, la parte accionante precisó que la norma impugnada sería contraria al **artículo 66.3.d)** de la Constitución, que “[r]econoce y garantiz[a] a las personas: (...) 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: (...) d) La prohibición del uso de material genético (...) que atenten contra los derechos humanos”. En ese sentido, la incompatibilidad radicaría en que la norma de prohibición de intervención genética, que según el accionante estaría contenida en el segundo inciso del artículo 20 del CONA, no consideraría que sí es posible el uso de material genético, siempre que dicho uso no atente contra los derechos humanos.
35. En la misma línea de lo analizado en relación con el artículo 45 de la Constitución, esta Corte considera que la intervención genética no es contraria al artículo 66.3.d) de la Constitución, cuando el objetivo que persigue es salvaguardar la vida del *nasciturus* y evitar daños a la integridad de la persona tras su nacimiento. Por lo tanto, la realización de estas intervenciones es coherente con lo previsto en el artículo 66.3.d) respecto del uso del material genético, es decir, que este no atente contra los derechos humanos. Esto coincide con la citada recomendación del CIB sobre considerar admisibles las intervenciones genéticas por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas (párrafo 30 *supra*).
36. Respecto de lo analizado sobre las intervenciones médicas y genéticas, se puede reparar en que podrían suscitarse casos en los que las mismas intervenciones que pretenden salvaguardar la vida del *nasciturus* y evitar daños a la integridad de la persona tras su nacimiento podrían comportar un riesgo. Sin embargo, esta consideración, ¿sería suficiente para concluir que se debe prohibir cualquier tipo de intervención en el *nasciturus*? De ninguna manera, lo que comporta es la obligación de los profesionales de la medicina de considerar, en cada caso y atendiendo a las normas bioéticas, la evidencia médica y científica disponible para prescribir el esquema de tratamiento, los beneficios de este en contraste con los posibles riesgos de la o las intervenciones, con miras a informar a las personas responsables del cuidado del *nasciturus* y que puedan consentir válidamente⁴⁴. Es decir, la determinación sobre si una intervención médica o genética en un *nasciturus* es la medida que satisface de mejor manera la protección de

⁴⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.° 2951-17 –EP/21 de 21 de diciembre de 2021, párr. 129.

su vida, o es la menos lesiva, dependerá de las circunstancias y especificidades de cada caso⁴⁵; y la decisión sobre realizarla o no la deberán tomar las personas responsables del cuidado del *nasciturus*.

37. El permitir que un *nasciturus* acceda a un tratamiento médico, en aras de proteger su vida y la integridad de la persona tras su nacimiento, hace posible la participación en los beneficios de los progresos científicos⁴⁶, lo cual ha sido reconocido como un derecho en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es así que, el artículo 27.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a “participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. Asimismo, el artículo 15.1.b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece el derecho a “[g]ozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (también, “Comité”), en su Observación General N.º 25, especificó que este derecho “constituye un instrumento esencial para la realización de otros derechos económicos sociales y culturales”; y sobre su relación con el derecho a la salud, puntualizó que es fundamental para la realización de este, puesto que “el progreso científico crea aplicaciones médicas que previenen enfermedades (...) o que permiten tratarlas más eficazmente”⁴⁷. De igual manera, el Comité manifestó que los Estados tienen, entre otras, las obligaciones de eliminar

las leyes, las políticas y las prácticas que limiten injustificadamente el acceso de personas o grupos particulares a instalaciones, servicios, bienes e información relacionada con la ciencia, los conocimientos científicos y sus aplicaciones”, y velar “por el acceso a las aplicaciones del progreso científico que sean fundamentales para el disfrute del derecho a la salud y otros derechos económicos, sociales y culturales”⁴⁸.

38. El artículo 20 del CONA reconoce “el derecho a la vida desde [la] concepción” y se comprende que el fin de las distintas reglas contenidas en esta disposición jurídica es proteger este derecho. El CONA se expidió en el año 2003 y el artículo 20 se ha mantenido con el mismo texto desde entonces; sin embargo, como se expuso, la medicina fetal ha experimentado un avance sustancial en los últimos 30 años con el desarrollo de tecnología y descubrimientos científicos significativos en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades y condiciones médicas del *nasciturus*. En tal virtud, la norma impugnada se debe entender a la luz de la nueva evidencia científica en este campo, así como a la luz del fin constitucional del artículo 45 de la Constitución y con lo establecido en el artículo 66.3.d) *ibídem*.

⁴⁵ Esto sin perjuicio de lo determinado en la sentencia N.º 34-19-IN/21 y acumulados de 28 de abril de 2021.

⁴⁶ Por ejemplo, en países como Estados Unidos o Colombia, se ha reconocido el derecho a intentar (“*right to try*”), que implica la posibilidad de decidir por el acceso a tratamientos que se encuentren fase experimental de investigación, cuando la vida se encuentra en riesgo inminente. *Verbi gracia*, ver las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia N.º T-597/01 de 7 de junio de 2001 y N.º T-057 de 12 de febrero de 2015.

⁴⁷ CPIDESC, Observación General N.º 25 relativa a la ciencia y los derechos económicos sociales y culturales (artículo 15, párrafo 1 b), 2, 3 y 4 del PIDESC), 2020, párrs. 63 y 67.

⁴⁸ *Ibídem*, párr. 52.

39. En razón de lo analizado, se concluye que la disposición del segundo inciso del artículo 20 del CONA, que establece que “[s]e prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescente”, es compatible con los artículos 45 y 66.3.d) de la Constitución, en cuanto esta permite las intervenciones médicas y/o genéticas para salvaguardar la vida de los *nasciturus* o evitar daños en la integridad de las personas tras su nacimiento⁴⁹.

VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. Declarar la constitucionalidad del segundo inciso del artículo 20 del CONA en relación con los cargos planteados por la parte accionante.
2. Desestimar la demanda presentada dentro de la causa N.° 50-14-IN.
3. Notifíquese, publíquese y archívese.

Alí Lozada Prado
PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con seis votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Alejandra Cárdenas Reyes, Jhoel Escudero Soliz (voto concurrente), Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado y Daniela Salazar Marín; y, tres votos salvados de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce, Teresa Nuques Martínez y Richard Ortiz Ortiz, en sesión ordinaria de jueves 13 de octubre de 2022.- Lo certifico.

Firmado electrónicamente
Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

⁴⁹ Esto sin perjuicio de lo determinado en la sentencia N.° 34-19-IN/21 y acumulados de 28 de abril de 2021.

SENTENCIA No. 50-14-IN/22

VOTO CONCURRENTENTE

Juez Constitucional Jhoel Escudero Soliz

I. Antecedentes

1. La Corte Constitucional aprobó la **Sentencia No. 50-14-IN/22**, mediante la cual resolvió la acción de inconstitucionalidad presentada por Mishelle Estefanía Bermeo Vivar, procuradora común de Jaime Alfonso Dousdebés Costa, Dayana Lizeth Naranjo Jaramillo, Allison Michelle Vasco Campoverde y Guillermo Brando Zapatier Nájera en contra del segundo inciso del artículo 20 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.
2. Si bien estoy de acuerdo con la decisión adoptada por la Corte en esta causa, con fundamento en el artículo 92 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respetuosamente presento el razonamiento de mi voto concurrente en los siguientes términos.

II. Análisis

3. En la sentencia aprobada la Corte desestimó la demanda al concluir que “la disposición del segundo inciso del artículo 20 del CONA, que establece que “[s]e prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescente”, es compatible con los artículos 45 y 66.3.d) de la Constitución, en cuanto esta permite las intervenciones médicas y/o genéticas para salvaguardar la vida de los *nasciturus* o evitar daños en la integridad de las personas tras su nacimiento.
4. Coincido con la conclusión a la que ha arribado la sentencia, sin embargo, considero que el análisis de la norma impugnada se relaciona con el “*derecho a intentar*”. A efectos de referirme a este derecho, es importante partir de lo contemplado en el artículo 11.7 de la Constitución, el cual señala expresamente que, “*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*”.
5. La citada norma constitucional contempla la posibilidad de que derechos innominados, es decir, que no están reconocidos expresamente en la Constitución o en instrumentos internacionales de derechos humanos, puedan ser reconocidos y garantizados como tales, si estos se derivan de la dignidad humana y permitan su desenvolvimiento. Este es el caso del “derecho a intentar” o “derecho a ser intentado”, por el cual, es posible acceder a tratamiento o procedimientos experimentales que permitan el ejercicio de una vida digna.

6. En la jurisprudencia comparada, este derecho ha sido invocado y reconocido a través de garantías interpuestas para que pacientes con enfermedades terminales o catastróficas puedan realizarse tratamientos en fase experimental aun y que, sin embargo, presentaban altas probabilidades favorables para el mejoramiento de la salud de los pacientes y de mejoramiento de la calidad de vida.¹ Casos similares se verifican en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, en los cuales se acepta y reconoce el “*right to try*”, que actualmente incluso tiene su propia regulación.²
7. El derecho a ser intentado ha sido desarrollado con fundamento en el derecho a la vida (artículo 66.1 de la Constitución) y, de manera particular, en la vida digna (artículo 66.2 de la Constitución), así como en el derecho a la salud (artículo 32 de la Constitución), derechos que han sido consagrados expresamente en la Constitución ecuatoriana y cuyo desarrollo permitiría, a su vez, el reconocimiento del derecho a ser intentado, de ser el caso.
8. En relación al artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia, respecto del cual se presenta esta demanda de inconstitucionalidad, si bien no aborda directamente el sufrimiento de enfermedades terminales o catastróficas, su interpretación condicionada se encuentra estrechamente relacionada con la realización de experimentos y manipulaciones genéticas en el proceso que va desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento, lapso en el cual, bien podría ser invocado el derecho en casos en que la vida o la salud se encuentren afectados o en riesgo.
9. Es necesario advertir que el derecho a intentar no debe interpretarse como un obstáculo para que las mujeres, “*como titulares de los derechos a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a tomar decisiones libres sobre su sexualidad y vida sexual, ejer[zan] autonomía para adoptar decisiones informadas, libres, responsables, sobre su propio cuerpo, así como respecto a su salud, vida sexual y reproductiva, y a su vez se encuentran protegidas de interferencias arbitrarias por parte del Estado o de terceros*”.³
10. De ahí que, dependiendo de los hechos del caso concreto, bajo la mencionada norma del Código de la Niñez y Adolescencia y bajo el marco constitucional ecuatoriano, sería procedente invocar y reconocer el derecho a ser intentado, siempre que tenga como objetivo propender al ejercicio de una vida digna y de la salud.

Jhoel Escudero Soliz
JUEZ CONSTITUCIONAL

¹ Corte Constitucional de Colombia N.º T-597/01 de 7 de junio de 2001 y N.º T-057 de 12 de febrero de 2015.

² "Right To Try For Individualized Treatments", ver: <https://www.fda.gov/patients/learn-about-expanded-access-and-other-treatment-options/right-try>

³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados de 28 de abril de 2021, párr. 137.

Razón. - Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Jhoel Escudero Soliz, anunciado en la sentencia de la causa 50-14-IN, fue presentado en Secretaría General el 24 de octubre de 2022, mediante correo electrónico a las 9:14; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia. - Lo certifico.

Firmado electrónicamente
Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 50-14-IN/22

VOTO SALVADO

Juezas Constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez

1. Con fundamento en el artículo 92 y 190 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”), formulamos voto salvado respecto de la sentencia No. 50-14-IN/22 (“**sentencia o voto de mayoría**”) que fue aprobada por el Pleno del Organismo en sesión del 13 de octubre de 2022, con profundo respeto a los argumentos esgrimidos por el juez ponente de la causa y por los jueces constitucionales que votaron a favor de la sentencia, con base en las razones y antecedentes que exponemos a continuación.

I. Antecedentes

2. El 4 de diciembre de 2014, Mishelle Estefanía Bermeo Vivar, procuradora común de Jaime Alfonso Dousdebés Costa, Dayana Lizeth Naranjo Jaramillo, Allison Michelle Vasco Campoverde y Guillermo Brando Zapatier Nájera (también, “parte accionante”), presentó una demanda de inconstitucionalidad¹, por razones de fondo, en contra del segundo inciso del artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia² (también, “CONA”), publicado en el Registro Oficial N.º 737 de 3 de enero de 2003. Esta demanda dio origen al caso N.º 0050-14-IN.
3. En el auto de 12 de febrero de 2015, el correspondiente tribunal de Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la acción planteada. Asimismo, requirió a la Presidencia de la República, Asamblea Nacional y Procuraduría General del Estado que intervengan defendiendo o impugnando la constitucionalidad de la norma demandada; también dispuso que se publique un resumen de la demanda, tanto en el Registro Oficial como en el portal electrónico de la Corte Constitucional, y que la Asamblea Nacional remita a esta Corte el expediente con los documentos que dieron origen a la norma cuestionada.
4. Una vez posesionados los actuales integrantes de la Corte Constitucional, se llevó a cabo un nuevo sorteo de la causa, correspondiendo la sustanciación de la misma al juez constitucional Alí Lozada Prado, quien, en providencia de 17 de febrero de 2021, avocó conocimiento de la causa y remitió el proyecto para conocimiento del Pleno del Organismo.

¹ En la demanda autorizaron a Mario Melo del Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador para que presente escritos en su representación. Adicionalmente, la demanda se encuentra suscrita por Sonia Merlyn Sacoto.

² Art. 20 CONA.-“Derecho a la vida. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral. [Énfasis fuera de texto]

5. En sesión ordinaria del Pleno de este Organismo del 13 de octubre de 2022, mediante sentencia No. 50-14-IN/22, el Pleno de la Corte Constitucional resolvió: “*Declarar la constitucionalidad del segundo inciso del artículo 20 del CONA en relación con los cargos planteados por la parte accionante*”, mientras que las suscritas juezas formulan el presente voto salvado por disentir de los fundamentos de la mencionada sentencia o voto de mayoría.

II. La disidencia: Análisis constitucional

6. En la *ratio decidendi* del voto de mayoría se expuso:

“19. (...) En efecto, en el presente caso, el segundo inciso del artículo 20 del CONA constituye una disposición jurídica cuestionada. (...) el carácter tentativo de la norma jurídica que se impugna es la que, según la parte accionante, prohibiría las intervenciones médicas y/o genéticas para salvaguardar la vida de los nasciturus y/o evitar daños en la integridad de las personas tras su nacimiento.

*20. En consecuencia, se plantea el siguiente problema jurídico: **La norma jurídica contenida en el artículo 20 del CONA que prohibiría las intervenciones médicas y/o genéticas para salvaguardar la vida de los nasciturus y/o evitar daños en la integridad de las personas tras su nacimiento, ¿es compatible con los artículos 45 y 63.3.d) de la Constitución?***

*32. De lo expuesto, este Organismo identifica que los avances médicos y científicos, particularmente en el ámbito de la medicina fetal, hacen posible realizar distintos procedimientos de diagnóstico y tratamiento de enfermedades o condiciones médicas en el nasciturus; los cuales podrían hacer una diferencia en la salud y calidad de vida de la persona tras su nacimiento, en la medida que, se distingue la existencia de enfermedades en las personas tras el nacimiento, condicionadas por un origen fetal. **A tal efecto, una norma que prohíba realizar intervenciones médicas y genéticas en el nasciturus podría comprometer su supervivencia y calidad de vida después del nacimiento.***

*36. Respecto de lo analizado sobre las intervenciones médicas y genéticas, se puede reparar en que podrían suscitarse casos en los que **las mismas intervenciones que pretenden salvaguardar la vida del nasciturus y evitar daños a la integridad de la persona tras su nacimiento podrían comportar un riesgo.** Sin embargo, esta consideración, **¿sería suficiente para concluir que se debe prohibir cualquier tipo de intervención en el nasciturus? De ninguna manera, lo que comporta es la obligación de los profesionales de la medicina de considerar, en cada caso y atendiendo a las normas bioéticas, la evidencia médica y científica disponible para prescribir el esquema de tratamiento, los beneficios de este en contraste con los posibles riesgos de la o las intervenciones, con miras a informar a las personas responsables del cuidado del nasciturus y que puedan consentir válidamente. Es decir, la determinación sobre si una intervención médica o genética en un nasciturus es la medida que satisface de mejor manera la protección de su vida, o es la menos lesiva, dependerá de las circunstancias y especificidades de cada caso (Pie de página 45: Esto sin perjuicio de lo determinado en la sentencia N.° 34-19-IN/21 y acumulados de 28 de abril de 2021);***

y la decisión sobre realizarla o no la deberán tomar las personas responsables del cuidado del nasciturus.

38. El artículo 20 del CONA reconoce “el derecho a la vida desde [la] concepción” y se comprende que el fin de las distintas reglas contenidas en esta disposición jurídica es proteger este derecho. El CONA se expidió en el año 2003 y el artículo 20 se ha mantenido con el mismo texto desde entonces; sin embargo, como se expuso, la medicina fetal ha experimentado un avance sustancial en los últimos 30 años con el desarrollo de tecnología y descubrimientos científicos significativos en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades y condiciones médicas del nasciturus. **En tal virtud, la norma impugnada se debe entender a la luz de la nueva evidencia científica en este campo, así como a la luz del fin constitucional del artículo 45 de la Constitución y con lo establecido en el artículo 66.3.d) ibídem.**

39. En razón de lo analizado, se concluye que la disposición del segundo inciso del artículo 20 del CONA, que establece que “[s]e prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescente”, es compatible con los artículos 45 y 66.3.d) de la Constitución, **en cuanto esta permite las intervenciones médicas y/o genéticas para salvaguardar la vida de los nasciturus o evitar daños en la integridad de las personas tras su nacimiento”**

[Énfasis agregados, se han omitido pies de página, salvo el citado número 45]

7. En lo principal, disentimos del análisis por las siguientes razones: **i)** Los accionantes no han proporcionado argumentos sobre una presunta incompatibilidad normativa conforme a la LOGJCC; **ii)** No corresponde interpretar la norma impugnada “a la luz de la nueva evidencia científica en el (...) campo [de la medicina fetal]”; **iii)** Es incompatible desestimar una acción pública de inconstitucionalidad y disponer una interpretación conforme de la norma impugnada.
8. Respecto del punto **i)**, el artículo 79.5.b. de la LOGJCC, determina que en las acciones públicas de inconstitucionalidad los accionantes están compelidos a cumplir con cierta carga argumentativa, esto, en tanto que dispone que las demandas de inconstitucionalidad contengan: “Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa”.
9. En su demanda, los legitimados activos sostienen que la norma impugnada contraviene el artículo 45 y 66.3.d) de la Constitución. Luego aseveran:

*“(...) según la norma impugnada, tal y como se halla redactada, **no existe la posibilidad de "manipulación" aun cuando la misma tuviera el propósito de precautelar la vida e integridad del concebido (...)**”³*

“toda vez que esta norma limita cualquier tipo de manipulación, sin distinción alguna a diferencia de lo que indica la Constitución de la República. De esta manera, podrían sacrificar el ejercicio y protección de derechos fundamentales por la aplicación del

³ Demanda, fojas 7 vuelta.

inciso demandado, atentando contra la vida e integridad del concebido (...).⁴

“el inciso segundo del artículo 20 del Código de Niñez y Adolescencia restringe la posibilidad de uso material genético incluso cuando no se vulneren derechos, limitando inconstitucionalmente el derecho a la integridad persona (...)”⁵.

[Énfasis agregados]

10. Adicionalmente citan en su demanda los artículos 3 numeral 1 y 424 de la Constitución, Art. 3 Declaración Universal del Hombre, artículo 4 numeral 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 6 Convención sobre los derechos del niño, Artículo 4 y 5 de la Declaración sobre los Derechos del Paciente, introducción de la Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina y la “ley 42/1998 de España”, para concluir que:

“a la luz de dichas normas internacionales anteriormente indicadas, es evidente que el artículo 20 demuestra una contrariedad, enriqueciendo solamente su inconstitucionalidad por estar en disonancia con la Constitución y el presente instrumento internacional, que forma parte del bloque de constitucionalidad según lo expresado en la misma Carta Magna del Ecuador”

[Énfasis añadido]

11. De lo transcrito, se observa que los legitimados activos interponen una acción pública de inconstitucionalidad haciendo referencia a la presunta contravención de los derechos a la integridad personal, protección a la vida e invocando otros instrumentos internacionales sobre derecho a la vida, definición de “niño”, derecho del niño a la salud, declaración sobre el consentimiento para el paciente menor de edad y una norma extranjera; no obstante, no han expuesto una construcción argumentativa completa en lo relativo a la aparente incompatibilidad de la norma impugnada con estos derechos o normas, de ahí que, no se encuentra un fundamento a partir del cual es posible cuestionar la presunción de constitucionalidad (Art. 76.2 LOGJCC) de que goza la norma impugnada con relación a los derechos y normas invocadas⁶.
12. Por otra parte, tampoco existe la posibilidad de la Corte se pronuncie sobre la presunta incompatibilidad de la norma impugnada con legislación extranjera toda vez que la acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo jurisdiccional de control abstracto de constitucionalidad de actos normativos y administrativos con efectos generales, emitidos por autoridad pública⁷ cuyo principal objetivo radica en garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto de las normas consagradas en la Constitución de la República.⁸

⁴ Demanda, fojas 9

⁵ Ibídem

⁶ Corte Constitucional. Sentencia No. 47-15-IN/21, párr. 27-28.

⁷ Corte Constitucional, sentencia No. 107-20-IN/21, de 27 de octubre de 2021, párr. 31.

⁸ Corte Constitucional, sentencia No. 75-15-IN/21, de 5 de mayo de 2021, párr. 100.

13. En relación al segundo punto (ii). Como se desprende del párrafo 9, aunque no se ha establecido argumentos claros, específicos, pertinentes y ciertos sobre una incompatibilidad normativa, los legitimados activos refieren de forma genérica que la norma impugnada contiene una prohibición para realizar procedimientos aun cuando estos propendan a proteger la vida e integridad del *nasciturus*.
14. A nuestro juicio tal alegación es ajena al texto de la norma impugnada, que claramente señala:

Art. 20 CONA.- "Derecho a la vida. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.

[Énfasis añadido]

15. Por tanto, nos apartamos del voto de mayoría y sus argumentos -sintetizados en el párrafo 6 *supra*- en cuanto acoge la tesis de la parte accionante y asume que la norma impugnada prohíbe procedimientos que propendan a proteger la vida e integridad del *nasciturus*, cuando el texto de la norma impugnada, por el contrario, prohíbe los "experimentos" "manipulaciones" "prácticas" que pongan en peligro la vida del *nasciturus*, su integridad o desarrollo integral.
16. Por lo dicho, a nuestro juicio, no corresponde plantear un problema jurídico que presupone que la norma impugnada "prohibiría las intervenciones médicas y/o genéticas para salvaguardar la vida de los *nasciturus*" ni compartimos la necesidad de interpretar la norma impugnada a la luz de los "avances médicos y científicos" y "a la luz de la nueva evidencia científica en este campo". Inclusive, el Estado tampoco ha entendido que tal prohibición existe como tal, como se desprenden de las intervenciones de la Asamblea Nacional y de la Presidencia de la República en el presente proceso. Para mayor abundamiento, el Ministerio rector en materia de salud pública en boletín de prensa ha anunciado con anterioridad que se han realizado cirugías fetales para precautelar la vida e integridad de los *nasciturus*⁹.
17. En este sentido, dado que no existe una lectura posible de que el inciso segundo del Art. 20 del CONA prohíba estas intervenciones médicas y genéticas para proteger la vida del concebido, el problema planteado parte de una interpretación anticipada de la norma (párrafos 19 y 20). En específico el inciso segundo del Art. 20 del CONA taxativamente prohíbe los experimentos, manipulaciones, técnicas y prácticas que pongan en peligro la vida del *nasciturus*, mas no las intervenciones médicas o genéticas para protegerla

⁹ Ministerio de Salud Pública. (véase: "MSP realiza la primera cirugía intrauterina para reparar en el feto un defecto del tubo neural (mielomeningocele)" Consultado el 13 de octubre de 2022. Recuperado de: <https://www.salud.gob.ec/msp-realiza-la-primera-cirugia-intrauterina-para-reparar-en-el-feto-un-defecto-del-tubo-neural-mielomeningocele/>).

(párrafo 32), a este término no se refiere la norma; y, si no está proscrito, no es necesario interpretar. En su lugar, si vía interpretación se incorpora el término “*intervención médica o genética*” con la autorización de “*las personas responsables del cuidado del nasciturus y que puedan consentir válidamente*” y que “*dependerá de las circunstancias y especificidades de cada caso (Pie de página 45: Esto sin perjuicio de lo determinado en la sentencia N.º 34-19-IN/21 y acumulados de 28 de abril de 2021)*” (párrafo 36), se podría extender a cualquier otra intervención de modo discrecional, sin un parámetro objetivo de razonabilidad. Consideramos que el inciso segundo del Art. 20 del CONA es totalmente claro, no siendo necesaria ninguna interpretación. El ampliar la “*intervención*” con un alcance relativizado por las circunstancias de cada caso, pondría en riesgo permitir lo que está prohibido, por la protección de la vida desde la concepción contemplada en el Art. 45 primer inciso de la Carta Constitucional y por la proscripción de uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra la dignidad humana establecida en el Art. 66.3.d) de la Constitución. Por lo que, así como discrepamos con la Sentencia No. 34-19-IN/21 referida por el voto de mayoría, disentimos también con la presente Sentencia No. 50-14-IN/22.

18. Finalmente y en relación al tercer punto (iii), disentimos del voto de mayoría, pues desestima la acción pública de inconstitucionalidad y, al mismo tiempo, dispone el sentido en que debe interpretarse la norma impugnada en sus párrafos 38-39, en los que concluye que la interpretación “*compatible con los artículos 45 y 66.3.d) de la Constitución, en cuanto esta permite las intervenciones médicas y/o genéticas para salvaguardar la vida de los nasciturus o evitar daños en la integridad de las personas tras su nacimiento*”.

III. Decisión

En mérito de lo expuesto, formulamos este voto salvado en los siguientes términos: Desestimar la acción pública de inconstitucionalidad No. 50-14-IN. Notifíquese.

Carmen Corral Ponce
JUEZA CONSTITUCIONAL

Teresa Nuques Martínez
JUEZA CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto salvado de las Juezas Constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, anunciados en la sentencia de la causa 50-14-IN, fue presentado en Secretaría General el 27 de octubre de 2022, mediante correo electrónico a las 08:00; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Firmado electrónicamente
Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 50-14-IN/22

VOTO SALVADO

Juez Constitucional Richard Ortiz Ortiz

1. Respetando la decisión de la mayoría, me aparto de la sentencia No. 50-14-IN/22, por las consideraciones que se desarrollan a continuación:
2. El Pleno de la Corte Constitucional, con voto de mayoría, declaró “*la constitucionalidad del segundo inciso del artículo 20 del CONA [Código de la Niñez y Adolescencia] en relación con los cargos planteados por la parte accionante*”, y desestimó la demanda.
3. Considero que, para alcanzar la decisión de mayoría, se realiza un análisis constitucional solo del segundo inciso del artículo 20 del CONA, sin observar el texto íntegro de la norma. Además, no se parte de un control abstracto entre norma impugnada y la Constitución, sino de una interpretación sesgada de la accionante de que el artículo 20 inciso segundo del CONA supuestamente “*prohibiría las intervenciones médicas y/o genéticas para salvaguardar la vida de los nasciturus y/o evitar daños en su integridad*”. Por lo que, se pretendía que este organismo decida sobre una posible interpretación de la norma y no sobre su incompatibilidad con la Constitución.
4. Dentro del análisis constitucional, lo que correspondía era realizar un ejercicio de análisis de la norma impugnada, en contraposición con la alegada incompatibilidad con los artículos 45 y 63.3.d de la Constitución, en resguardo de la naturaleza del control abstracto de constitucionalidad.
5. El artículo 3 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece dentro de los métodos y reglas de interpretación constitucional, a la **interpretación literal** que señala que cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal. Además, contempla la **interpretación teleológica** que determina que las normas se entienden a partir de los fines que persigue el texto normativo. Al respecto, el artículo 20 del CONA es claro y no refiere en ninguna parte alguna de su texto a las “*intervenciones médicas y/o genéticas para salvaguardar la vida de los nasciturus o evitar daños en la integridad de las personas tras su nacimiento*”, y mucho menos las regula como prohibidas.
6. De esta manera, la norma impugnada sí guarda correspondencia con la garantía del derecho a la vida desde su concepción reconocida en el artículo 45 de la Constitución, y con la garantía del derecho a la integridad personal y la prohibición de la experimentación científica que atente contra los derechos humanos, establecida en el artículo 66, número 3 letra d, de la Constitución.

7. En este sentido, simplemente correspondía desestimar la demanda de inconstitucionalidad, sin hacer referencia a “*los cargos planteados por la parte accionante*” porque la propia demanda fue desestimada.

Richard Ortiz Ortiz
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto salvado del Juez Constitucional Richard Ortiz Ortiz, anunciado en la sentencia de la causa 50-14-IN, fue presentado en Secretaría General el 27 de octubre de 2022, mediante correo electrónico a las 12:33; y, ha sido procesado conjuntamente con la sentencia.- Lo certifico.

Firmado electrónicamente
Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL