

Lila Eufrasia Tapia Castillo

# Ponderación de Derechos en la sentencia Nro. 34-19-IN/21 y acumulados legalización del aborto en casos de violación

**RESUMEN:** El presente trabajo académico versa sobre la despenalización del aborto por causa de violación sexual, contenido en un pronunciamiento de la Corte Constitucional del Ecuador identificado como Nro. 34-19-IN/21 y acumulados. Por lo que abarca el esclarecimiento de puntos importantes como la usurpación de una potestad normativa con su emisión, además que analiza la condición de vulnerabilidad de las víctimas de este tipo de violencia. Y finalmente se realiza una ponderación de derechos siguiendo los pasos de derecho constitucional alemán, para determinar si los argumentos de la corte son acertados en aplicación de una defensa de derechos y garantías constitucionales.

**PALABRAS CLAVE:** Aborto Consentido; Ponderación; Violación Sexual.

## Consideration of Rights in sentence No. 34-19-IN/21 and cumulative legalization of abortion in cases of rape

**ABSTRACT:** This academic work deals with the decriminalization of abortion due to rape, contained in a pronouncement of the Constitutional Court of Ecuador identified as No. 34-19-IN/21 and accumulated. Therefore, it covers the clarification of important points such as the usurpation of a normative power with its issuance, in addition to analyzing the condition of vulnerability of the victims of this type of violence. And finally, a weighting of rights is conducted following the steps of German constitutional law, to determine if the arguments of the court are accurate in application of a defense of rights and constitutional guarantees.

**KEYWORDS:** Consented Abortion; Weighing; Sexual Violation.

---

## Introducción

La ponderación de Derechos se entiende como aquella manera de sopesar principios constitucionales, en especial en aquellos casos donde podemos

► **Lila Eufrasia Tapia Castillo**, Facultad de Ciencia Sociales y Salud, Universidad Estatal Península de Santa Elena, Ecuador. **Autor de correspondencia:** (✉) lilatapia73@hotmail.com – **iD** <https://orcid.org/0009-0008-7511-7883>.

encontrar dos o más disposiciones jurídicas incompatibles entre sí, en las cuales se presenta la necesidad de proteger en esta colisión de normas a un bien jurídico mayor. Traslademos este escenario al polémico tema del aborto, objeto de constantes luchas sociales y debates jurídicos en toda la nación ecuatoriana, así como en Sudamérica que desde mediados del siglo XX se ha mantenido su criminalización con base en una ética imperante de la sociedad ecuatoriana que según Muñoz afirma se justifica porque «busca fines loables» (Muñoz 2020).

Ecuador en su derecho penal ha venido señalando como delito el aborto consentido, siguiendo las líneas del derecho canónico como base de su regulación social; con el devenir del tiempo se ha producido variantes legislativas significativas, pero muy tardías que han generado una deuda histórica en materia de derechos con las mujeres. En estos cambios se encuentran las excepciones legisladas al aborto relacionadas a la preservación de la salud de mujer (embarazo riesgoso) o en mujeres que poseen discapacidad. Este marco judicial en la práctica procesal arroja cifras de mujeres judicializadas por abortar, cuyos casos no se encuentran en las justificaciones legales para ser eximidas de la pena fijada; en los años del 2013 al 2017, 243 mujeres pertenecieron a este grupo de procesadas (Zaragocin, y otros 2018, 111).

En Ecuador el máximo órgano de control constitucional declaró hace poco más de un año la despenalización del aborto por violación, a través de una sentencia que no puede ser objeto de impugnación alguna. Como es de esperar esta sentencia ha causado un debate desde todas las aristas jurídicas en contra y a favor, dado que se ha tocado un tema que pese a las luchas sociales había permanecido inalterable por alrededor de 83 años.

Los cuestionamientos en contra de este pronunciamiento de la Corte Constitucional se basan en que la protección del derecho a la vida contenido en los artículos 1 y Art. 45 de la Constitución de la República de Ecuador (Asamblea Nacional del Ecuador 2008) se desconocen en esta sentencia; además de que señalan invasiones de funciones y competencias por parte de la Corte Constitucional hacia la Asamblea Nacional como órgano legislativo; en base a la materialización de normas constitucionales conviene detenerse a analizar cuál es

el razonamiento que ha aplicado la Corte Constitucional para expedir una sentencia que legaliza el aborto en casos de violación, identificada como N° 34-19-IN/21 y acumulados.

Es por ello por lo que se debe ahondar en la ponderación de derechos a la que se enfrenta este órgano judicial desglosando uno a uno los aspectos utilizados dentro de su análisis sobre el aborto, como la proporcionalidad de la pena, la igualdad, así como la condición de vulnerabilidad de las mujeres víctimas de violación y el derecho a la vida.

## **Argumentos de la investigación**

### **La condición de vulnerabilidad de las mujeres víctimas de violación sexual**

La violación sexual es una de las formas de manifestación de violencia, en la cual se presenta una serie de actos conexos que conducen a la ejecución del delito como el uso de la fuerza, amenazas entre otros para someter a la víctima, sobre la base de este concepto general el propósito de este apartado es profundizar en la condición de vulnerabilidad que existe en las mujeres víctimas de violación sexual; circunstancia que ha tomado en cuenta la Corte Constitucional en la sentencia Nro. 34-19-IN/21 y acumulados sobre la descriminalización del aborto como una antesala del análisis sobre la ponderación de derechos a la que se pretende concluir.

Para Capriati, Wald, y Camarotti (Capriati, Wald y Camarotti 2022), la violación sexual es una transgresión de los derechos humanos de las personas que afecta su bienestar físico, sexual, reproductivo, emocional, espiritual y social. La distribución del problema entre la población muestra que afecta a un gran número de mujeres, niñas y adolescentes, y resultando que sea común perpetradores hombres que utilizan relaciones de confianza o poder. Es por ello por lo que en este tipo de delito ocurre más de lo que se expone, considerando que no todas las víctimas llegan denunciar. Estos efectos de la violación a los que hacen referencia los autores mencionados son aspectos que también los reafirmado la corte en la sentencia que se estudia, puntualizando lo siguiente:

La violación de niñas, mujeres y adolescentes es un acto atentatorio contra su integridad en todas sus dimensiones, puesto que produce graves secuelas físicas, psicológicas, sexuales, morales y sufrimiento en las víctimas, menoscabando su intimidad, autodeterminación sexual, su dignidad y hasta su vida. [...] (CCE 34-19/21).<sup>1</sup>

Expertos en la vigilancia de la sociedad mundial e incluso varios estudios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos, recogen sentencias internacionales que han calificado a la violación sexual como una modalidad de tortura; señalando como presupuestos fácticos que «al igual que la tortura la violación se usa para propósitos como la amenaza, la degradación, la humillación, la discriminación, el castigo, el control o la destrucción de una persona» (ICTR 96-4/98).<sup>2</sup> Este criterio resulta muy acertado, la violación afecta la dignidad de la persona, lo que reúne elementos objetivos y subjetivos por la intencionalidad y la magnitud del sufrimiento que se ocasiona a la víctima para que se considere tortura.

A estas consecuencias expuestas hay sumar la maternidad forzada, en un estudio de casos en la ciudad de Quito parafraseando a Leff señaló que asumir el rol de la maternidad requiere la articulación de tres componentes: experiencias físicas, sociales e ideológicas (Montes 2022); aspectos no presentes en la maternidad como resultado de una violación, dado que la condición de víctima genera otro tipo de experiencias y más como señala a Corte Constitucional del Ecuador estas en torno a la afectación:

(i) la integridad física, pues menoscaba la libre disposición y goce de su cuerpo y puede ocasionar alteraciones orgánicas de carácter permanente y semipermanente. Asimismo, genera una doble victimización y afecta su derecho a la autonomía y control de su cuerpo y su vida; (ii) la integridad psíquica, pues genera severos traumas y problemas de salud

<sup>1</sup> Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 34-19-IN/21 y acumulados, de 28 de abril de 2021.

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda Caso No. ICTR 96-4, de 2 de septiembre de 1998.

mental que pueden perdurar a lo largo de la vida de las niñas, adolescentes y mujeres; (iii) la integridad moral pues provoca un rechazo social y familiar hacia ellas, afecta su autoestima y genera sentimientos de vergüenza y humillación; y, (iv) la integridad sexual limitando su autonomía y control de su sexualidad y reproducción (CCE 34-19/21).

Por otro lado, no podemos invisibilizar en este apartado a las mujeres que aun estando criminalizado se someten a la práctica de un aborto exponiendo su salud y vida. Según las cifras recogidas por el Anuario de Estadísticas de Salud: Camas y Egresos Hospitalarios del INEC<sup>3</sup> en el año 2020 se registraron 18520 ingresos relacionados con abortos, de los cuales 704 corresponde a una causa terapéutica, 10 casos de muertes maternas como producto de practicarse un aborto clandestino (Surkuna 2021).

Otro de los aspectos que integran esta condición de vulnerabilidad de las mujeres víctimas de una violación sexual importante de nombrar es la discapacidad mental, considerando que una mujer con discapacidad tiene hasta 10 veces más probabilidades de ser víctima de violencia sexual (UNFPA 2017)<sup>4</sup>, debido a que los agresores pueden ejercer un mayor control sobre ellas y tienen la creencia de que sus actos son tolerados. En el ámbito social este es un sector de la población de mujeres en el que se desconoce que existe esta mayor exposición a delitos sexuales por considerarlas mujeres «asexuadas» es decir que no tienen derechos sexuales o reproductivos.

Para las mujeres con discapacidad es más difícil reconocer que son víctimas de violencia, porque la violencia independientemente del tipo aún se encuentra normalizada en la sociedad, y estas mujeres permanecen más aislamiento y con dificultad para acceder a fuentes de información o a medios por falta de conexiones sociales (esto depende de la situación de discapacidad de las mujeres), lo que les impide ser reconocidas o tomar conciencia de comportamientos inusuales y de violencia. (Gomiz 2015, 501)

<sup>3</sup> Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

<sup>4</sup> Fondo de Población de las Naciones Unidas.

El delito de violación es atroz, y puede acarrear un sinnúmero de secuelas, y daños hacia las mujeres como un embarazo no deseado, lo que otorga justificadamente a las víctimas de esta agresión un estado especial de vulneración; las derivaciones de estos hechos repercuten tanto en mujeres con una discapacidad mental como en aquellas que no la poseen, lo que nos remite a traer a mencionar el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, en el cual se garantiza en el numeral 4 el «Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación» (Asamblea Nacional del Ecuador 2008), lo que nos presenta un espacio para una diferenciación nacida de la discriminación hacia mujeres que se convierten en víctimas por un mismo tipo de acción que por otro lado en su artículo 35 se establece además que son parte del grupo de personas de atención prioritaria, las niñas, las adolescentes, las mujeres embarazadas, mujeres en situación de movilidad, las mujeres privadas de libertad y las mujeres víctimas de violencia y que por ello tienen una condición de doble vulnerabilidad a las cuáles el Estado debe prestar su especial protección (Asamblea Nacional del Ecuador 2008).

Con los dos artículos revisado queda establecido, que la existencia de la penalización por la práctica de un aborto consentido en casos de violación no evita que las mujeres decidan someterse al mismo, sino que las lleva a practicarlo en circunstancias de riesgo, es por ello que este hecho que se analiza, evidencia que se provocan afectaciones a otros derechos constitucionales que tienen el mismo grado de valor que se pretende proteger con su prohibición; por lo que visto desde un enfoque de derechos la medida establecida se convierte en exceso gravosa más que protectora ya que al querer proteger al *nasciturus*<sup>5</sup> se está trasgrediendo los derechos de vida y salud de la madre gestante, su derecho a la no discriminación, sumado a la condición de vulnerabilidad de ser víctima de una violación sexual; lo cual muestra que la criminalización del aborto consentido por causa de violación no se consolida como una medida necesaria para conseguir el fin con el que se justifica su aplicación.

<sup>5</sup> Término utilizado para referirse al ser humano concebido, pero no nacido.

Entonces este fallo de la Corte Constitucional que se aborda contempla lo que quienes se oponen al aborto tienden a olvidar, que las mujeres son víctimas de una violencia múltiple que además de la violación también pasan por la experiencia tortuosa de que el sistema de justicia las criminaliza por un aborto practicado en servicios clandestinos de salud.

### **Usurpación de funciones de la asamblea nacional por la corte constitucional**

En la tarea de revisar y analizar la sentencia Nro. 34-19-IN/21 y acumulados de la Corte Constitucional de Ecuador, hay que explorar las funciones de esta Corte considerando que se han emitidos criterios externos de usurpación de potestades legislativas y así de esta manera despejar las vacilaciones en torno a este tema, para ello es conveniente iniciar este apartado revisado los antecedentes procesales que lo originaron.

La Corte Constitucional se pronunció en este tema dado que a sus dependencias judiciales el 18 de noviembre de 2019 se avocó conocimiento de la causa identificada como No. 34-19-IN, la cual fue admitida a trámite por reunir los requisitos formales y situó entre los obligados a la Asamblea Nacional, la Presidencia de la República y la Procuraduría General del Estado para que se pronuncien sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas en esta demanda que son los artículos 149 y 150 de Código Orgánico Integral Penal los cuales expresan lo siguiente:

**Art. 149.-** La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

**Art. 150.-** El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental (Asamblea Nacional del Ecuador 2014).

El 03 de febrero de 2021, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador avocó conocimiento de una nueva causa que se identificó como No. 115-20-IN, admitida también a trámite, de lo cual por versar de normas similares se dispuso su acumulación al caso No. 34-19-IN. Posteriormente el 15 y 16 de abril de 2021, se acumularon a esta causa otras adicionales identificadas como No. 105-20-IN, 23-21-IN, 25-21-IN y 27-21-IN, a esto se suma que en fechas distintas la corte recepto más de cien amicus curiare<sup>6</sup> impulsados por representantes de colectivos y de la sociedad civil por la misma causa.

Ya en el desarrollo del proceso como parte este y referente a las competencias de la Corte Constitucional, la secretaria jurídica de la Presidencia de la República haciendo uso de su facultad representativa de este nivel de gobierno manifiesta tomando como base las recomendaciones internacionales existentes de una observancia del cumplimiento de disposiciones nacidas en convenciones del Sistema Universal «estas hacen referencia a modificar la legislación vigente sobre el aborto en Ecuador; sin embargo, considerar que todo cambio normativo debe realizarse a través del proceso legislativo de conformidad con el artículo 132 y subsiguientes de la CRE» (CCE 34-19/21).

El portal digital Agenda Estado de Derecho, en su investigación y reportaje sobre la constitucional de la aprobación del aborto por violación narra que esta decisión de la Corte Constitucional ha sido fuertemente impugnada principalmente por grupos religiosos y otros que se consideran «pro-vida» o «pro-familia», para quienes la ampliación de excepciones sancionatorias por aborto consentido, viola la protección constitucional existente al derecho a la vida desde la concepción y que con ello se está irrumpiendo en la autoridad del legislador y su potestad normativa. Aunque considerando todos los

<sup>6</sup> Expresión latina para referirse a la participación de terceros a un proceso judicial.



antecedentes sociales y jurídicos que rodean este tema en realidad parece menos controvertida de lo que se expone, ya que el sistema legal de Ecuador si tenía ya previsto el aborto en caso de violación para mujeres con discapacidad mental desde hace aproximadamente 83 años (Ron 2021).

Para despejar estos cuestionamientos, en primer plano hay que asimilar que la sentencia en referencia nace de la tarea de «control de constitucionalidad de la pena en casos de interrupción voluntaria del embarazo de mujeres víctimas de violación» (CCE 34-19/21). Acción que está dentro de las facultades y competencias de la Corte Constitucional en virtud de lo contenido en los artículos 436 numeral 2 de la CRE y en el artículo 75 numeral 1 literal c) y en el artículo 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

**Art. 436.-** La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado. (Asamblea Nacional del Ecuador 2008)

**Art. 75.-** Competencias. - Para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para: 1. Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de: c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley. ( Asamblea Nacional del Ecuador 2009)

**Art. 98.-** Regla general. - La acción pública de inconstitucionalidad podrá ser propuesta por cualquier persona. La Corte Constitucional conocerá sobre las acciones de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales, de conformidad con las normas establecidas en el capítulo anterior. ( Asamblea Nacional del Ecuador 2009)

Es que en base a este marco normativo la Corte Constitucional tiene la competencia suficiente para desterrar de cuerpos legales todo que aquello que no tenga afinidad con la Constitución, y en el reconocimiento de las atribuciones de la Asamblea Nacional establecidas en el artículo 120 de la CRE numeral 6 esta misma corte en la sentencia mencionada expresa la necesidad de que el legislador

Cree un cuerpo legal que regule de forma adecuada el aborto consentido por caso de violación; por lo que dispone que el Defensor del Pueblo en coordinación con los organismos estatales y ciudadanía en el plazo máximo de 2 meses prepare y presente un proyecto de ley para la interrupción voluntaria del embarazo en caso de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación sexual en el cual contenga las pautas específicas que sean afines a los derechos constitucionales de las víctimas de violación y la protección del hijo por nacer en formas equilibradas con las condiciones y requisitos para el caso (CCE 34-19/21).

### **La ponderación de derechos**

Tratados los antecedentes preliminares y resueltas dudas principales en torno al fallo que se está analizando, se puede centrar el presente trabajo en la ponderación de derechos como una forma de resolver el conflicto entre principios para sopesar los derechos que tienen mayor fuerza de aplicación conectando la proporcionalidad con el grado afectación que existe. Para esto, es necesario consignar los conceptos básicos de la teoría de Derecho Constitucional lo cual imprime que en palabras parafraseadas de Chano la ponderación es una estructura propiamente metodológica en el campo jurídico de una compleja aplicación y que es utilizada por los tribunales constitucionales para resolver conflictos que se presentan entre principios y así justificar relaciones generales condicionales que se presentan entre dos bienes protegidos constitucionalmente (2022, 241).

La ponderación proviene de los objetivos del derecho, que van más allá de la sistematización jurídica, ya que se busca justificar adecuadamente decisiones por medio de la argumentación jurídica; la aplicación de este método va a permitir dar tutela real a derechos fundamentales que están viéndose afectados en situaciones puntuales. Alexy impulsor de dos teorías de iusfundamentales y de «la ley de ponderación» sostiene que es imposible definir o pretender aplicar la ponderación sin tener un conocimiento previo de su estructura, para lo cual hay que acudir al derecho constitucional alemán, que plantea que se compone del principio de la proporcionalidad y este se forma de tres partes: subprincipios de

adecuación, necesidad y proporcionalidad, los cuales buscan esa idea de optimización de medios materiales (Alexy 2009).

En base a esta estructura se elabora una regla que dice «como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro» (Alexy 2009). Es decir que la ley de ponderación debe optimizar en base a un principio que este generando un choque, y para su aplicación se puntualizan se tres pasos:

- La constatación del grado de perjuicio de un principio o de la falta aplicación de este.
- La comprobación de la importancia de la realización del principio contrario.
- Inquirir entre la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro (Alexy 2009).

Antes de analizar desde la «ley de ponderación» la sentencia Constitucional Nro. 34-19-IN/21 y acumulados, hay que traer a colación la conceptualización de lo que son los principios. Entendiéndose estos como la sustancia contenida en las normas jurídicas (escritas o no, como la costumbre y la jurisprudencia), son ideas básicas o fundamentos del derecho que ontológicamente definen y explican el derecho (Navarro 1998, 23).

Ahora bien, tomando en cuenta el enfoque que ha utilizado la Corte Constitucional en el abordaje de la violencia sexual y en la obligación que tienen los estados de erradicar la violencia contra las mujeres y niñas, la ponderación en torno al aborto por violación aplicando la teoría de Alexy es el siguiente:

#### **A. Constatación del grado de perjuicio de un principio o de la falta aplicación de este.**

Para esta calificación es necesario recordar el grado de vulneración que analizamos en el primer apartado del presente trabajo académico, en el cual se concluyó que las magnitudes de los efectos y secuelas de una violación sexual en las victimas son incalculables, sumado al hecho de sumir una maternidad forzada que se consolida como una forma de tortura; lo cual es el resultado de la

aplicación de una normativa penal en la cual solo faculta a las mujeres que padecen de una discapacidad mental acceder a la práctica de un aborto seguro sin ser criminalizadas por ello.

En este fallo analizado las accionantes sostienen que el trato diferenciado que se obtiene por la aplicación del artículo 150 numeral 2 del COIP es contrario al principio de igualdad y no discriminación, porque utiliza la discapacidad como criterio diferenciador para distinguir a las mujeres con discapacidad mental de las mujeres sin esta condición que quedan embarazadas a raíz de ser víctimas de una violación (CCE 34-19/21). Por lo que se contraviene el principio de igualdad en sus dos dimensiones (como no discriminación y como no sometimiento), a lo que el tribunal Constitucional sostiene que, en circunstancias similares, la discriminación directa ocurre cuando una persona recibe un trato desfavorable en detrimento de otra persona.

En este sentido, la práctica de norma aplicable en el caso que se investiga implica consecuencias jurídicas diferentes para dos personas en situaciones similares. Esta es una realidad que la corte identifica y resalta la existencia de elementos esenciales similares en la configuración del delito como el no cometimiento de la víctima y que «en ninguno de los casos, medió el consentimiento ni influyó la capacidad mental de las víctimas lo que otras palabras, resulta irrelevante analizar la capacidad mental de la víctima como presupuesto para la configuración del delito» (CCE 34-19/21).

## **B. Comprobación de la importancia de la realización del principio contrario.**

Para este segundo paso es necesario exponer el conflicto entre los principios y pasar al argumento de la importancia de la contraposición que la corte Constitucional ha tomado en cuenta para su argumentación, en el paso uno ya se examinó el valor del principio de igualdad y no discriminación que tiene en el presente caso, por lo que corresponde acercarse a la proporcionalidad de la pena

frente a la aplicación del artículo 150 numeral 2 de COIP<sup>7</sup>. Es por ello necesario acudir a la Constitución de la República para dar una mirada a la reglamentación de este principio en el artículo 76 numeral 6 señala que «La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza» (Asamblea Nacional del Ecuador 2008).

Se comprende que el principio de proporcionalidad está enfocado en evitar que se aplique o imponga penas de forma desmedida que no guarden relación con la magnitud de los hechos y que con la imposición de la pena no se afecte injustificadamente bienes jurídicos. La aplicación del principio de proporcionalidad Arias (2012) refiere en que hay una cuidadosa tarea a realizar por parte de los juzgadores, ya que en la imposición de la pena en un caso concreto se afectan de cierta manera directa derechos fundamentales, por ello se no puede esquivar la exigencia de los parámetros de aplicación de este principio.

Con base a lo referido la Corte Constitucional se ha detenido a la interrogante: ¿La sanción penal hacia niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación que han interrumpido su embarazo sin tener una discapacidad mental es una pena proporcional? Y para responderla se coloca en un primer plano el bien jurídico protegido en el artículo 150 numeral 2 y lo dispuesto en el 171 del COIP analizando así lo que protegen y la sanción que nace para el aborto consentido en caso de violación y se comprende que la razón de la pena existente proviene de la intención de proteger al *nasciturus* pretendiendo la *disuasión* de la realización de esta conducta (CCE 34-19/21).

A la intencionalidad de esta norma las cifras estadísticas a nivel nacional reflejan que la pena en discusión no surte el efecto deseado. Las mujeres siguen accediendo a procesos abortivos en la clandestinidad que como ya quedó establecido su práctica hay riesgos que implican la pérdida de la vida de la mujer y además son sancionadas por ellos privándose el derecho a la libertad; aquí es donde yace la falta de una medida justa del poder sancionador, lo que nos remite a la proporcionalidad de la pena inexistente para el caso.

<sup>7</sup> Código Orgánico Integral Penal 2019

La Corte Constitucional en su fallo reconoce que la aplicación de esta pena buscando proteger al *nasciturus*, afecta derechos constitucionales que son de igual importancia; por lo que la medida coercitiva es excesiva, afecta la salud de la madre gestante, que ya tiene una condición de afectación y vulnerabilidad por ser víctima de una violación sexual; con la aplicación de la pena estipulada para el efecto se agranda el «detrimento de su integridad personal, autonomía sexual y reproductiva y libre desarrollo de la personalidad» (CCE 34-19/21).

### **C. Examinación entre la importancia de la realización de un principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento otro.**

Para finalizar esta ponderación de derechos queda por ejecutar el tercer paso al caso de estudio, y analizar si la aplicación de la pena establecida para el aborto consentido en caso de violación justifica la protección del valor constitucional a la vida del *nasciturus*.

El encarcelamiento, se constituye para el presente caso en una medida que equivale a una revictimización excesiva e injustificada hacia las mujeres y adolescentes, que no beneficia ni mejora la protección que se busca, por lo que es muy adecuado recurrir a los criterios externos formulados sobre el derecho a la vida como el que realiza Salgado señalado que la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes, porque la vida pasa por diferentes etapas, se manifiesta de diferentes formas y debe tener distinta protección jurídica, y se debe considerar que, si bien es cierto que la normativa protege al feto, no lo protege al mismo nivel e intensidad que lo hace a un ser humano (2008).

La Corte Constitucional acertadamente obra al concluir de su control de constitucionalidad que no existen razones que justifiquen la falta de una aplicación del principio de igualdad y no discriminación, junto con el principio de la proporcionalidad de la pena buscando proteger la vida desde la gestación del *nasciturus* concebido a causa de una violación sexual. Por ello, para finalizar y cerrar este tema es importante reflexionar junto el pronunciamiento del Juez Constitucional Ramiro Ávila Santamaría, como voto concurrente en el proceso que señala que:

Los derechos no se votan. Una mayoría parlamentaria no puede ni debe vulnerar derechos. Los derechos son límites a cualquier tipo de poder. Cuando los derechos no tienen la potencialidad de limitar los poderes, entonces el poder adquiere contornos que terminan acumulando poder, oprimiendo y vulnerando derechos (CCE 34-19/21).

## **Aspectos metodológicos**

### **Metodología**

La metodología que se utiliza responde a enfoques cualitativos, en la que se describe y califica los criterios justificantes que la Corte Constitucional sobre los cuales afianza su pronunciamiento sobre la despenalización del aborto en casos de violación, para lo cual se ha realizado un análisis de doctrina jurídica extrayendo lo más selecto de tratadistas del Derecho Constitucional referente al tema.

Además, se ha aplicado el método analítico y sintético, los que han permitido realizar una ponderación de derechos constitucionales en la sentencia de la Corte Constitucional Nro. 34-19-IN/21 y acumulados en relación con los principios de no discriminación y proporcionalidad de la pena.

### **Método de Nivel Teórico**

- 1) Método Histórico lógico: fue utilizado para determinar el comportamiento y la evolución del derecho en torno a la penalización del aborto consentido y establecer así una línea de tiempo.
- 2) Método Exegético jurídico: este método permitió determinar los elementos jurídicos esenciales que se han tenido en cuenta la Corte Constitucional en la sentencia Nro. 34-19-IN/21 y acumulados con relación a la criminalización del aborto por causa de violación sexual.

### **Métodos de Nivel Empírico:**

- 1) Revisión Bibliográfica: por medio de este recurso se ha podido sustentar de forma teórica el marco teórico y los demás componentes conceptuales

básicos de la investigación, buscando llevar al lector a la comprensión de la investigación realizada.

- 2) Método de modelación: se empleó para interpretar el sistema constitucional vigente y realizar con ello una ponderación de los derechos constitucionales siguiendo los pasos del derecho alemán.

### **Método Estadístico**

- 1) Estadístico no paramétrico: se recurrió a este método para procesar y seleccionar toda la información relacionada con el barrido de datos nacionales existentes en el año 2020 a fin de recompilar una base de datos que responda a la realidad nacional.

## **Técnicas e Instrumentos de Investigación**

### **Guía de Revisión Documental**

Se ha empelado al recopilación y revisión documental para estructurar el desarrollo del marco teórico en conjunción con la doctrina de derecho constitucional.

### **Muestras de Expedientes Administrativos**

El expediente administrativo es el emitido por la Corte Constitucional Nro. 34-19-IN/21 y acumulados sobre el cual se centra todo el presente trabajo académico.

### **Análisis y discusión de los resultados**

En el desarrollo del Estado Constitucional de derechos fundado en el garantismo de derechos, está la legitimidad y legalidad de los pronunciamientos de la Corte Constitucional que son en pro de la protección de derechos fundamentales, manteniendo la supremacía de estos observando la debida articulación de principios y neutralizando abusos del poder punitivo.



Partiendo de esta deducción se argumentan resultados sobre la distinción constitucional entre la protección de la vida fetal y la protección del derecho a la vida como sistemática y evolutiva, en relación con la penalización del aborto por violación sexual, aplicando una ponderación de derechos basado en las pautas y pasos del derecho constitucional alemán.

El conflicto presente es en torno además del principio de prohibición de discriminación, el principio de proporcionalidad de la pena en relación con el numeral 2 del artículo 150 de Código Orgánico Integral Penal en el cual se criminaliza a las mujeres que consientan un aborto sin importar si la causa del embarazo responde a una violación sexual, estableciendo una excepción de esta coerción a las mujeres que poseen una discapacidad mental.

Ha resultado necesario ponderar estos derechos constitucionales implicados, identificados de manera similar por la Corte Constitucional donde primero: existe una diferenciación entre aquellas mujeres que tienen una discapacidad mental y de aquellas que no, con consecuencias penales diferentes para circunstancias que en realidad son muy análogas, este trato diferenciado en la aplicación de la ponderación de derechos evidencia que se está generando una vulneración al principio de igualdad y al de proporcionalidad de la pena.

Con base a lo pronunciado por la Corte Constitucional y la revisión bibliográfica no se ha podido recompilar información o criterios que fundamenten que esta diferenciación hecha por la normativa penal sea justificada o se aplique en pro de protección de un derecho de mayor valía que el de la vida de las mujeres con una condición de vulnerabilidad cuando se trata de víctimas de violación sexual. De igual manera no hay una base argumentativa suficiente que respalde que la pena establecida para el efecto es idónea y que su aplicación arroje resultados eficientes al cumplimiento de los fines de la pena, ya que los datos estadísticos de las mujeres que acceden a un aborto de forma clandestina nos muestran una realidad diferente.

Entonces, habiéndose verificado que existe un trato diferenciado, es necesario determinar si se trata de una diferencia justificada o de una que

discrimina. Para ello, esta Corte analiza si existe un criterio objetivo para realizar tal distinción, de lo cual los resultados son que no, es una pena desmedida que criminaliza a mujeres en condición de vulnerabilidad lo que altera el equilibrio constitucional con su aplicación. Por lo que la declaratoria de inconstitucional del artículo 150 del COIP numeral dos es una forma de afirmar que la ley si protege al *nasciturus* pero que permitir el aborto sopesando la condición de vulnerabilidad de la madre es algo totalmente compatible en el sistema garantista derechos ya que es el resultado una correcta aplicación de ponderación de intereses y derechos constitucionalmente protegidos.

## Conclusiones

De lo anterior expuesto se deduce que tras analizar los argumentos de la sentencia Nro. 34-19-IN/21 y acumulados de la Corte Constitucional del Ecuador, esta ha aplicado una ponderación de derechos buscando enmendar una colisión existente entre principios y derechos constitucionales inmersos en el aborto por violación sexual. De los cuales se determina que la declaratoria de inconstitucional del 150 del COIP numeral 2 es una respuesta acertada para promover una afinidad y efectividad en el ejercicio de las garantías de los derechos constitucionales.

En consiguiente los argumentos que ha empleado la Corte Constitucional en la sentencia Nro. 34-19-IN/21 y acumulados solucionan la discusión existente entre la protección del derecho a la vida desde la concepción y descriminalización del aborto consentido por causa de violación sexual, ya que se instituye que el derecho que se pretende proteger con una prohibición desde un enfoque de derechos es en exceso gravosa más que protectora ya que al querer proteger al *nasciturus* se está vulnerando los derechos de vida y salud de la madre gestante.

Sobre la existencia de una posible usurpación de funciones por parte de la Corte Constitucional, se comprueba que no existe la situación debido a que esta sentencia nace la tarea de control de constitucionalidad, lo cual está dentro de las facultades y competencias de la Corte Constitucional en virtud de los artículos

436 numeral 2 de la CRE y en el artículo 75 numeral 1 literal c) y en el artículo 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Finalmente se concluye con el análisis de la ponderación de derechos en la sentencia de la Corte Constitucional sobre el aborto en casos de violación sexual, que se sopesa, el derecho a la vida del nasciturus, con la vida de la madre gestante, la aplicación de principio de igualdad y no discriminación y la proporcionalidad de la pena; llegando al resultado que la criminalización del aborto consentido por causa violación es injustificado, que agranda la condición de vulnerabilidad de las mujeres víctimas de violación sexual; por lo que el derecho que se busca proteger en relación a las diferentes etapas de la vida que la ley protege como resultado de esta ponderación es la de la mujer y sus garantías a una vida digna.

**Conflicto de intereses:** El autor declara que no tiene ningún posible conflicto de intereses. **Aprobación del comité de ética y consentimiento informado:** No es aplicable a este estudio. **Contribución de cada autor:** L.T desarrolló las ideas y escribió el artículo. Ha leído y aprobado el manuscrito final. **Contacto:** Para consultas sobre este artículo debe dirigirse a: (✉) lilatapia73@hotmail.com.

#### Referencias

- UNFPA. «Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo.» Quito: UNFA Ecuador, 2017.
- Alexy, Robert. «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad.» *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 12 (2009): 3-14.
- Arias, Diana Patricia. «Proporcionalidad, pena y principio de legalidad.» *Revista de Derecho de la Universidad de Antioquia*, 2012.
- Asamblea Nacional del Ecuador. «Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.» Quito, 2009.
- Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano*. Quito: Editorial Legales, 2014.
- Asamblea Nacional del Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*» Quito: Editorial legales, 2008.
- Capriati, Alejandro, Gabriela Wald, y Ana Clara Camarotti. «Vulnerabilidad ante el abuso sexual. Aportes desde un modelo integral y comunitario de prevención.» *Cuestiones de Sociología*, n° 21 (2022): 22-89.
- Gomiz, María del Pilar. «Violencia contra las mujeres con discapacidad.» 2015.
- La Corte Constitucional analiza la constitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal relativos a la penalización del aborto consentido en casos de mujeres víctimas de violación y declara la inconstitucionalidad por el fondo. 34-19-IN/21 y Acumulados (Corte Constitucional Del Ecuador, 28 de abril de 2021).*
- Montes, María del Carmen Ruales. «Construcción social de la maternidad forzada por violencia sexual y su repercusión en el desarrollo del vínculo afectivo con la madre.» Quito: Repositorio UASB - Digital, 2022.
- Muñoz, Santiago. «Análisis jurídico del delito de aborto en el Ecuador.» *UDA Law Review*, 2020: 43-49.
- Navarro, Román. «Los Principios Jurídicos. Estructura, Caracteres y Aplicación en el Derecho Costarricense.» *Ivstitia*, 1998: 21-42.

- Chano, Lorena. «Ponderación (Tribunal Constitucional español).» *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, n° 23 (2022): 241-253.
- Ron, Ximena. «¿Es constitucional el aborto por violación en Ecuador?» *Agenda Estado de Derecho*, 2021.
- Salgado, Judith. «Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la despenalización del aborto.» *FORO, Revista jurídica*, 2008.
- Sentencia Fiscal contra Akayesu*. No. ICTR-96-4-T. (Tribunal Penal Internacional, 1998).
- Surkuna. *Informe del acceso al aborto en Ecuador*. Quito: FOS, 2021.
- UNFPA. «Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo.» Quito: UNFA Ecuador , 2017.
- Zaragocin, Sofía, y otros. «Mapeando la criminalización del aborto en el Ecuador.» *Revista de Bioética y Derecho*, 2018: 109-125.

### Información sobre la autora

► **Lila Eufrasia Tapia Castillo** es graduada en la Universidad Nacional de Loja en la carrera de Derecho, su trabajo se ha centrado en áreas financieras, en derecho público y participación ciudadana y en el libre ejercicio profesional. **Contacto:** Código Postal: 110101, Ciudad de Loja, parroquia El Sagrario/Provincia de Loja, Ecuador – (✉): lilatapia73@hotmail.com – iD <https://orcid.org/0009-0008-7511-7883>

### Como citar este artículo

Tapia, Lila. (2023). «Ponderación de Derechos en la sentencia Nro. 34-19-IN/21 y acumulados legalización del aborto en casos de violación». *Analysis* 37, pp. 1-20.