

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

**“ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENALIZACIÓN DE LA
INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO, EN EL MARCO DE LOS
DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS GARANTIZADOS EN LA
CONSTITUCIÓN ECUATORIANA”**

EVA ISABEL SERRANO AGUIRRE

DIRECTOR: AB. PABLO CAMPAÑA

QUITO, 2019

DEDICATORIA

A Carmen, que me impulsó a cada paso.

A Pablo, que me enseñó a desafiar lo convencional.

A Sofía, Julia, Saúl, Paula y Joaquín, que me brindaron su apoyo incondicional.

A Juan José, que lo cuestionó todo.

A Patricia y Fabricio, por su cariño.

A las mujeres cuya lucha inspiró este trabajo.

AGRADECIMIENTO

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por construir un espacio académico plural.

A la Facultad de Jurisprudencia, por enseñarme a valorar la justicia sobre las leyes.

A mi familia, por motivarme a crear.

A Pablo Campaña, por su confianza y apoyo en la construcción de este trabajo.

A Gianina, Sofía, Andrea y Karen, por su amistad.

RESUMEN

Este trabajo de investigación aborda, en primer lugar, el desarrollo del control de constitucionalidad de las normas jurídicas a través del principio de proporcionalidad. Posteriormente, se establece el alcance de los derechos sexuales y reproductivos y su relación con la interrupción voluntaria del embarazo a través del derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos. Finalmente, se evalúa la proporcionalidad de la norma penal que prohíbe la interrupción voluntaria del embarazo en relación con los derechos sexuales y reproductivos.

ABSTRACT

This work develops the constitutional review through the application of the proportionality principle. Subsequently through comparative law and international human rights law establish how sexual and reproductive rights are related with voluntary termination of pregnancy. Finally it reviews the proportionality between the criminal law that prohibits the voluntary termination of pregnancy and its overlapping with sexual and reproductive rights.

Tabla de Contenido

Introducción.....	1
1. El Control de Constitucionalidad y el Principio de Proporcionalidad	3
1.1 Antecedentes	3
1.1.1 El Control de Constitucionalidad en Estados Unidos	3
1.1.2 El Control de Constitucionalidad en Europa.....	5
1.1.3 El Control de Constitucionalidad en Ecuador	7
1.2 Supremacía Constitucional.....	11
1.3. Modalidades de Control de Constitucionalidad Contempladas en la Constitución Ecuatoriana.....	15
1.3.1 Normas o Principios	20
1.4 Interpretación Constitucional	22
1.4.1 Indeterminación Normativa	22
1.4.2 Principio de Proporcionalidad	25
1.4.2.1 Subprincipio de Idoneidad	26
1.4.2.2 Subprincipio de Necesidad	28
1.4.2.3 Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto	30
2. Derechos Sexuales y Reproductivos: Interrupción Voluntaria del Embarazo	34
2.1 Los Derechos Sexuales y Reproductivos: Contenido y Alcance	34
2.1.1 Antecedentes	34
2.1.2 Alcance de los Derechos Sexuales y Reproductivos en el Ecuador	36
2.2 Derechos Sexuales y Reproductivos: Derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo	44
2.2.1 Derecho Comparado	44
2.2.2 Organismos Especializados de Derechos Humanos	52
2.2.3 Adscripción de la interrupción Voluntaria del Embarazo al Art. 66 numeral 10 de la Constitución.....	54
3. Aplicación del Principio de Proporcionalidad: Evaluación del Art.149 del Código Orgánico Integral Penal	58
3.1 Subprincipio de Idoneidad	59
3.1.1 Fin Constitucionalmente Legítimo.....	59
3.1.2 Idoneidad de la Medida	60
3.2 Subprincipio de Necesidad	63
3.3 Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto	69
3.3.1 Grado de Intervención en el Art.66 numeral 10 de la Constitución	70
3.3.2 Grado de Satisfacción de la Protección de la Vida Intrauterina.....	72

3.3.3 Aplicación de la Ley de Ponderación.....	74
Conclusiones y Recomendación	76
Referencias.....	79

Introducción

En Ecuador, la interrupción voluntaria del embarazo se encuentra tipificada en el Código Orgánico Integral Penal. (COIP, 2014, art.149) Este trabajo de investigación evalúa la proporcionalidad de la norma penal que prohíbe la interrupción voluntaria del embarazo. Para hacerlo utiliza las herramientas interpretativas que ofrecen los autores Carlos Bernal Pulido y Robert Alexy, quienes han desarrollado un método para analizar la proporcionalidad de la intervención de una norma legislativa en un derecho fundamental.

La importancia de esta investigación radica en la necesidad de evaluar la constitucionalidad del empleo del poder punitivo, de esta manera, se asegura el empleo legítimo de la fuerza del Estado, cuando dirige todo su andamiaje para castigar la interrupción voluntaria del embarazo. En un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución reconoce una serie de valores que corresponden a sectores diversos de la sociedad, estos valores guían la conducta del legislador indicándole los límites de su intervención y su obligación de garantizarlos constituye el fin mismo de la existencia del Estado.

Dada la pluralidad de los individuos que integran la sociedad y la diversidad de sus intereses y valores fundamentales, la Constitución alberga principios divergentes que pueden encontrarse en conflicto. Esto ocasiona que el legislador emita normas legislativas que, pretendiendo desarrollar un determinado principio garantizado en la Constitución, intervienen otro de manera desproporcionada.

Los derechos garantizados en la Constitución no son absolutos, se encuentran limitados por las posibilidades fácticas y jurídicas involucradas, es decir, tanto por las alternativas que de hecho pueden ser tomadas para su garantía, como por los otros derechos que coexisten en la misma Constitución. Así se analiza si el derecho reproductivo de las mujeres a decidir cuántos y cuándo tener hijos, podría constituir un límite de carácter jurídico al margen de acción del legislador, para realizar este análisis se emplea el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad como método de interpretación, permite resolver la controversia que existe entre la norma de la Constitución, que establece que es

responsabilidad del Estado, garantizar la vida desde la concepción (CRE,2008, art.45) y aquella que garantiza el derecho de las mujeres a decidir cuántos y cuándo tener hijos. (CRE, 2008, art.66.10)

En este contexto, se encuentra en las manos del legislador, o en caso de su omisión, en las de la Corte Constitucional, garantizar la máxima satisfacción de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, articulando un sistema jurídico en el que toda intervención en los derechos fundamentales sea estrictamente proporcional y justificada.

La penalización de la interrupción voluntaria del embarazo, ha sido empleada por el legislador ecuatoriano como un mecanismo para garantizar la vida del que está por nacer. En este trabajo se evalúa la proporcionalidad de esta medida en relación con el derecho reproductivo de las mujeres a decidir cuándo y cuántos hijos tener, de manera que resulte posible optimizar la satisfacción de estos principios que conviven en el texto constitucional.

Si bien, jurídicamente, la vida del que está por nacer se encuentra protegida por la Constitución, esta protección debe articularse a través de medidas que respondan a las características particulares del desarrollo de la vida intrauterina, de manera que sea eficaz y además armónica con el resto de derechos previstos en el texto constitucional.

Este trabajo de investigación abre una puerta hacia la racionalización del empleo del poder punitivo, planteando la posibilidad de establecer un mecanismo alternativo al uso del derecho penal. El objetivo es hallar formas jurídicas de proteger la vida del que está por nacer, garantizando paralelamente el derecho reproductivo de las mujeres a decidir libremente sobre su vida reproductiva.

1. El Control de Constitucionalidad y el Principio de Proporcionalidad

1.1 Antecedentes

En esta sección se plantean los antecedentes del sistema de control de constitucionalidad. Por un lado, se desarrolla el origen del sistema de control de constitucionalidad en Estados Unidos; posteriormente, se realiza un contraste con el modelo de control implementado en Europa; y, finalmente, se hace referencia al control de constitucionalidad y sus antecedentes en Ecuador.

1.1.1 Control de Constitucionalidad en Estados Unidos

Los estudios sobre este tema suelen situar como el primer antecedente del control de constitucionalidad a la sentencia dictada dentro del juicio denominado *Marbury vs. Madison*, en el año 1803, por el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, John Marshall. Al resolver un conflicto entre una norma de carácter estatal y la Constitución de Estados Unidos, Marshall, concluyó que en la misma afirmación contenida en la Constitución referente a su supremacía, radica el deber de los jueces de controlar su constitucionalidad. (Vidal, 2005)

De acuerdo a Oyarte (2016):

Efectivamente, la Constitución de los Estados Unidos de América, consagra en su texto el principio de supremacía constitucional, pero no establece un sistema de control constitucional, es decir, no solo no instituye un órgano que realice el control de constitucionalidad sino que no establece ningún mecanismo que haga efectivo el principio, esto es no formaliza ninguna consecuencia en caso de que se dicten normas contrarias a la Constitución. (976)

La sentencia mencionada, estableció un sistema de control difuso de constitucionalidad, lo que implica que los jueces ordinarios que juzgan casos concretos, pueden y deben evaluar la constitucionalidad de las normas que aplican. Esto trae como consecuencia la eficacia de la Constitución ya que, las normas que hayan sido emitidas en contravención a la misma deben ser declaradas inconstitucionales y el juez deberá abstenerse de aplicarlas.

Lo anterior culmina en la consecución de un sistema de control difuso de constitucionalidad, en el cual, los jueces ordinarios cuando juzgan casos concretos, pueden y deben evaluar la constitucionalidad de las normas que aplican.

El hecho de que los jueces, funcionarios de carrera, tengan la facultad de declarar inconstitucional una norma que ha sido promulgada por un órgano colegiado con legitimación política, es decir, un órgano directamente elegido por el pueblo mediante votación popular, es un tema ampliamente discutido.

Se ha concluido, que la legitimidad de lo actuado por los jueces, se encuentra relacionada con su corrección jurídica:

Mientras el legislador cuenta con la legitimidad que le otorga la representación popular, el juez a la hora de aplicar e interpretar la Constitución tiene, como único aval, la utilización de un método jurídico de interpretación; su legitimidad está en el propio derecho (Vidal, 2005, 428)

Existen ciertos precedentes que son anteriores a la sentencia del Juez Marshall y que deben considerarse, un ejemplo, es el caso *Bonham*, del año 1610, en Inglaterra, el Tribunal de Jueces del *Common Pleas*. En él, en la sentencia redactada por el Juez Edward Coke, se estableció que una norma reglamentaria que facultaba al colegio de médicos a imponer multas y a cobrarlas y administrar este dinero, era contraria al *common law* inglés y por tanto no debía ser aplicada al contravenir uno de los principios del derecho que establece que nadie puede ser juez en su propio caso. (Lofler, 2019)

Esta sentencia, si bien en su época no causó gran revuelo, a mediados del siglo XVII, durante la Revolución Inglesa, reflejó su influencia en *Agreements of the People*. Este instrumento pretendía controlar tanto el poder del monarca como el del senado, estableciendo el *rule of law*, mediante una serie de principios que vinculaban y limitaban el ejercicio del poder tanto del ejecutivo como del legislativo. (Álvarez & Tur, 2015)

Estos antecedentes retratan un esfuerzo incipiente por otorgar a una serie de principios de naturaleza constitucional, supremacía y prevalencia sobre las normas jurídicas, si bien no instituyen, de manera directa, un sistema que permita garantizar su eficacia, establecen la supremacía de estos principios y por esta razón se consideran referencias históricas del control de constitucionalidad.

Sin perjuicio de lo mencionado, es necesario establecer que cierto tiempo antes del fallo *Marbury vs. Madison*, se publicó en el fascículo #10 de la revista “El Federalista”, año 1787, un artículo escrito por Alexander Hamilton, en el que ya se exponía la necesidad de controlar el respeto de la Constitución, garantizando que esta cumpla su función y planteando que este ejercicio debía ser encargado a la función judicial. (Álvarez & Tur, 2015)

Es así que, en los Estados Unidos, se estableció un sistema de control de constitucionalidad, casi cien años antes que en Europa, este sistema fue instaurado a partir del principio de supremacía constitucional con el objeto de convertirse en una garantía del respeto a la Constitución.

Si bien en Estados Unidos, se instauró antes un sistema de control de constitucionalidad, en Europa también se manifestó, sin éxito, tanto la necesidad como la iniciativa para controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas, que fracasó dado el ambiente político del continente europeo.

1.1.2 Control de Constitucionalidad en Europa

La historia en el continente europeo es distinta porque está marcada por sus procesos históricos particulares, para estas sociedades no resultaba sencillo reconocer a los jueces facultades adicionales a las de la aplicación de la ley, dada la arraigada confianza social en la labor del parlamento y el sistema de pesos y contrapesos.

Existe un antecedente que debe ser mencionado en el contexto doctrinario del tema de estudio, el politólogo, Sieyès, en Francia, en el año 1795, planteó la necesidad de crear un jurado constitucional que controlara la constitucionalidad de la legislación. Esta idea fue ferviente y casi unánimemente rechazada, lo cual se debió al contexto institucional de Francia en esas épocas. (Hurtado, 2012)

El principio de soberanía parlamentaria se encontraba fuertemente arraigado en esa sociedad; y, el rol del legislativo había permitido frenar ciertos abusos del ejecutivo, razón por la cual, no tuvo cabida esta iniciativa al ser considerada un atentado contra el sistema de pesos y contrapesos. (Hurtado, 2012)

En este contexto el control de constitucionalidad en Francia logró consolidarse recién en 1958, año en el que se instituyó un Consejo especializado. Este Consejo conformado por

miembros de los poderes que integran el sistema de pesos y contrapesos, realizaba formalmente un control de la constitucionalidad de las normas pertenecientes al *bloque de legalidad*, en relación con las normas que conformaban el *bloque de constitucionalidad*. (Hurtado, 2012)

Este órgano era de naturaleza política y no ejercía jurisdicción, además, no realizaba control concreto de constitucionalidad, sino que efectuaba un control *a priori* abstracto de la constitucionalidad de las leyes. (Hurtado, 2012)

Finalmente, hay que destacar que un impulsor europeo del control de constitucionalidad, efectuado por parte de un órgano independiente que ejerce jurisdicción, diseñando, por oposición, un sistema concentrado de constitucionalidad, fue el austriaco Hans Kelsen. Este autor enfrentándose a otros juristas de su época, que defendían este tipo de control en manos del ejecutivo, estableció:

La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder. Garantía constitucional significa generar la seguridad de que estos límites jurídicos no serán transgredidos. Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea que aquella. Precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Pues ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que: nadie puede ser juez de su propia causa (Kelsen, 2002,5)

Kelsen toma esta postura y critica los argumentos de sus contemporáneos, en específico de Carl Schmitt, quien defiende que el encargado de realizar control constitucional debe ser el ejecutivo o Reich. Mientras que, por su parte, Kelsen, sostiene la importancia de la imparcialidad del órgano que realiza control de constitucionalidad, diferenciando a los tribunales ordinarios, del tribunal constitucional que está facultado a actuar como *legislador negativo*. (Oyarte, 2016)

Explica que este tribunal constituye un medio de control para las otras funciones del Estado, otorgándole un lugar propio en el sistema de pesos y contrapesos del Estado, cuya función, de conformidad con lo establecido por Kelsen, es la de encarnar al defensor de la Constitución, por esta razón, se lo denomina como el precursor del modelo de control concentrado de constitucionalidad. (Kelsen, 2002)

Este modelo ideado por Kelsen es el que se desarrolló en los países europeos durante el siglo XX, así varios países europeos, entre ellos Austria y Francia, adoptaron un sistema

generalmente concentrado de control de constitucionalidad y con predominio del control abstracto de constitucionalidad sobre el control concreto. (Oyarte, 2016)

1.1.3 Control de Constitucionalidad en Ecuador

Por su parte, nuestro país adoptó en diferentes momentos de su historia constitucional, diversos sistemas de control de constitucionalidad, la influencia tanto del modelo de control difuso, como del modelo de control concentrado pueden apreciarse a lo largo de las diversas constituciones que ha tenido el Ecuador.

El paradigma de la soberanía parlamentaria ejerce una fuerte influencia durante más de un siglo, desde 1830 hasta 1945. En este período, el ejercicio del control constitucional de los actos de carácter político ciertamente sufrió varios cambios.

Se destacó por ser de carácter temporal, tener efecto suspensivo y no ser siempre vinculante, mientras tanto, el control definitivo se otorgó al Congreso, que constituyó, durante este periodo, el órgano encargado de la interpretación autorizada de la Constitución y garante de su respeto y aplicación. (Grijalva, 2011).

De acuerdo a Grijalva (2011), en la Constitución de 1830 ya está establecido que todo funcionario público se encuentra sujeto y debe fidelidad a la Constitución, sin embargo, no se aprecia ninguna referencia que otorgue facultades de control a órganos específicos, si bien dichas facultades pueden inferirse del texto constitucional. Es importante entender, que en la época, no se pensaba en la aplicabilidad directa de la Constitución.

De acuerdo a Oyarte (2016), se observa un primer mecanismo para controlar la constitucionalidad de las leyes en la Constitución de 1835, en ella se designa un órgano que forma parte de la función legislativa, denominado “Comisión Permanente”:

Cuya función principal era la de velar por el respeto de la Constitución y las leyes por parte del ejecutivo, y que debía dirigir, cuando existían recesos legislativos, reclamaciones directas al ejecutivo y que posteriormente debían ser conocidas por el Congreso, cuando este regrese a sus funciones. (Oyarte, 2016,983)

El primer tipo de control a emplearse en nuestro país corresponde a un control abstracto *ex ante* de la ley, así se encontraba establecido en las Constituciones de 1868, 1878 y 1929, la Corte Suprema ejercía este control. Por el contrario el control concreto de constitucionalidad no se desarrolla significativamente durante este período. (Grijalva, 2011).

Esto se evidencia en el caso Irigoyen, resuelto en el año de 1887, en la Corte Suprema Marcial que hace referencia a un grupo de militares procesados por sedición en la justicia marcial. En ese entonces existía la Ley Reformatoria al Código Militar de 1886, que sancionaba ese delito con la muerte. En el caso particular, el Consejo de Guerra Verbal había aplicado a los procesados una pena diferente a la prevista en dicho Código, por considerarla contraria a la Constitución vigente de 1884 que prohibía la pena de muerte. (Grijalva, 2011)

La Corte Suprema Marcial resolvió que ni el Consejo de Guerra Verbal ni la propia Corte, tenían la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas, ya que esta facultad no se encontraba expresamente otorgada a los jueces por la Constitución. La Corte aplicó, como consecuencia, la pena de muerte a Irigoyen por el delito de sedición, de conformidad a lo establecido en la Ley Reformatoria al Código Militar. (Oyarte, 2016)

El segundo período que va desde el año 1945 hasta el año 1996, constituye un momento de surgimiento y desarrollo de un órgano encargado del control constitucional, en este sentido se inauguran nuevas épocas para el control de constitucionalidad en el país, con la creación del primer Tribunal Constitucional del país, como respuesta al autoritarismo reinante en esa época, tanto a nivel nacional como internacional. (Grijalva, 2011)

Al Tribunal de Garantías Constitucionales, la Constitución le otorga diversas facultades que se pueden considerar como un antecedente, tanto del control abstracto de constitucionalidad de las leyes promulgadas por el legislador, como del control concreto de las normas, cuando un juez de última instancia, en el contexto de un caso particular, las eleva en consulta de constitucionalidad:

Entre sus facultades se encuentran la de efectuar control de constitucionalidad tanto preventiva como represiva, estableciendo la facultad del Tribunal de formular observaciones a las normas infra legales que en caso de no ser acogidas por el órgano que las dictó se ponían a consideración del Congreso para que resuelva sobre su constitucionalidad, en este momento el Tribunal Constitucional no podía declarar por sí mismo la inconstitucionalidad. (Oyarte, 2016,985)

Esto implica para Grijalva, (2011) que las facultades de control constitucional *a priori* que fueron previamente otorgadas a la Corte Suprema y al Consejo de Estado, se trasladaron al Tribunal de Garantías Constitucionales en 1945.

En cuanto al control *a posteriori*, se estableció un sistema mixto que permitía que cualquier juez o tribunal de última instancia, consulte al Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la constitucionalidad de una disposición. Facultando al tribunal a

suspender su efecto por razones de constitucionalidad, pero la decisión definitiva correspondía al Congreso, con efectos *erga omnes*. (Grijalva, 2011)

En el contexto político de la época, la creación de este Tribunal fue fuertemente rechazada por un sector conservador de la sociedad, lo que dio como resultado que, en el año de 1946, es decir, un año después de su creación, el Tribunal Constitucional sea eliminado y sustituido por un Consejo de Estado, por esta razón su poder no pudo consolidarse. Así, veintidós años después en 1968, este órgano volvió a formar parte de la estructura orgánica del Estado. (Grijalva, 2011)

En 1970 durante la dictadura de Velasco Ibarra, se suprimió este órgano y finalmente con la Constitución de 1978 se vuelve a crear el Tribunal Constitucional. Con las reformas realizadas a esta Constitución en los años de 1983 y 1992, se le otorgan al Tribunal de Garantías Constitucionales, las facultades de control *a priori* y *a posteriori*, que durante los años pasados, se encargó a la Corte Suprema. Consolidándose así las facultades de control de constitucional en el Tribunal de Garantías Constitucionales. (Grijalva, 2011)

A partir de las reformas que se realizaron a la Constitución de 1978, en los años 1995 y 1996, comienza el período en el que actualmente nos encontramos. En estas reformas, se le atribuye al Tribunal Constitucional, facultades de control con carácter definitivo. Por lo que el Congreso, se ve privado de las facultades de las que hasta ese entonces había gozado. (Grijalva, 2011)

Con respecto al control *a posteriori*, en la Constitución de 1998, se estableció un sistema difuso de constitucionalidad, en el cual cualquier juez podía inaplicar una norma que considerara inconstitucional, pero sus efectos eran solo *inter partes*, teniendo que presentar un informe ante el Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de la disposición, para que resuelva al respecto con efecto *erga omnes*. (CRE,1998, art.274)

En el control *a priori* se amplía el control de constitucionalidad a los instrumentos internacionales y en general a los actos de carácter normativo. Además, se fortalece el sistema de control al establecer que, las facultades del Tribunal, cuando controla la constitucionalidad de estos instrumentos, gozan del nuevo carácter definitivo que se otorga a las decisiones del Tribunal Constitucional. (Grijalva, 2011)

Para Agustín Grijalva, debe destacarse, de este periodo, que se amplía el régimen de garantías jurisdiccionales, como lo son el Habeas Data y el Amparo, y también que se amplía

el alcance de los derechos que se precautelan; incluyendo el control de constitucionalidad de “normas sobre derechos laborales de empleados públicos, seguridad social, descentralización y regulación económica” (Grijalva, 2011,185)

En la actualidad, en nuestro país, hay un sistema concentrado que permite el ejercicio del control de constitucionalidad. Por un lado, existe una entidad autónoma a quien se le ha encomendado el ejercicio de esta función, denominada Corte Constitucional. Esta Corte ejerce jurisdicción y se encuentra integrada por nueve jueces que son elegidos mediante un sistema meritocrático.

Finalmente, la Constitución del 2008, consolida, en la Corte Constitucional tanto facultades que corresponden al control abstracto de constitucionalidad, como otras referentes al control concreto. Así, el juez constitucional, se erige en legislador negativo al ser competente para declarar la inconstitucionalidad de las normas promulgadas por el legislativo y por su capacidad de modular las sentencias. Además, modelando mediante la interpretación el contenido de la norma también se constituye en titular de la interpretación de la Constitución. (CRE,2008)

Para Agustín Grijalva (2011), es importante destacar que, dentro del control constitucional abstracto, en la Constitución de 2008, se amplía la legitimación activa. Hasta la Constitución de 1998, los legitimados activos constituían el Presidente, el Congreso, los Gobiernos Seccionales, mil ciudadanos o cualquier persona con un dictamen favorable del defensor del pueblo. A partir de la Constitución del 2008, con el paradigma de la soberanía popular, se amplía la legitimación activa, de manera que cualquier ciudadano o colectivo están facultados para dar inicio a una acción de inconstitucionalidad.

Los controles que efectúa la Corte Constitucional son disímiles, sus facultades van desde resolver sobre la constitucionalidad del estatuto de un gobierno autónomo descentralizado; controlar las leyes vetadas total o parcialmente por inconstitucionales por el Presidente; y, finalmente, resolver sobre las consultas de constitucionalidad efectuadas por los jueces sobre cualquier norma jurídica.

A pesar de las amplias facultades que la Constitución actual confiere a la Corte Constitucional, la verdad es que estas no han sido asumidas en forma completa por los miembros que la han integrado, me atrevo a aseverar que esto se debe a que no se ha consolidado institucionalmente el poder de la Corte Constitucional.

En conclusión, el control de constitucionalidad, es una institución que se desarrolló alrededor del mundo a partir de la necesidad de garantizar el ejercicio legítimo del poder por parte de los poderes públicos. Se instauraron dos sistemas; uno difuso y otro concentrado desarrollados en Estados Unidos y Europa respectivamente.

En nuestro país el control de constitucionalidad se instaura y desarrolla a partir de la Constitución de 1945 y las facultades para el ejercicio de este control recaen en la actualidad en la Corte Constitucional. El fundamento del control de constitucionalidad es el principio de supremacía constitucional.

1.2 Supremacía Constitucional

Este principio constituye no solamente una garantía del orden jurídico, sino que es la piedra angular del Estado de Derecho. La sujeción de todos los poderes del Estado al ordenamiento jurídico, implica la sujeción del legislador a la Constitución, esto con respecto a la parte orgánica de la Constitución. Ya lo manifestó Kelsen. (2002)

Para Kelsen, la Constitución encabeza la pirámide normativa, siendo por tanto la norma superior del ordenamiento jurídico, de la cual se derivan y en la cual se fundamentan todas las normas que integran el ordenamiento jurídico. (Kelsen, 2002)

Dada su superioridad jerárquica, las normas de carácter inferior deben desarrollarse en conformidad con las reglas constitucionales, de esta forma, las disposiciones de índole constitucional adquieren un carácter vinculante para todo órgano competente que promulga normas jurídicas, para interpretarlas y para aplicarlas.

Lo manifestado por Kelsen corresponde al modelo tradicional de Estado de Derecho, lo vital para este modelo de Estado, era que el derecho vigente, sea promulgado de la manera establecida en la Constitución y por los órganos a los que estas facultades les fueron conferidas, lo que debía ser respetado por todos los poderes.

Si bien Kelsen se refería al carácter vinculante de las reglas que integran la parte orgánica de la Constitución, con el desarrollo del derecho constitucional ha quedado claro que, la parte dogmática de la Constitución también vincula el ejercicio del poder al respeto y garantía de los derechos fundamentales, de manera que constituye, a su vez, un límite para todos los poderes del Estado.

De esta forma, si bien la parte orgánica de la Constitución responde a las preguntas de quién y cómo se ha de promulgar una ley; la parte dogmática responde al interrogante de cuál debe ser su contenido, esto quiere decir, que el ejercicio del poder encuentra en la parte dogmática de la Constitución, un límite de carácter sustancial. (Ferrajoli, 2014)

En este sentido, los derechos fundamentales que se encuentran garantizados en la Constitución guían la labor del legislador. Él es el encargado de maximizar su garantía mediante la ley, pero también limitan su actuación ya que no le está permitido restringir su ejercicio o impedirlo mediante el desarrollo de normativa de carácter legal. (Ferrajoli, 2014)

De acuerdo a Ávila (2009), la Constitución en el Estado de Derecho Constitucional, adquiere un rol material, orgánico y procedimental:

Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia, que a su vez serán el fin del estado, orgánica porque determina los órganos que forman parte del estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aun si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. (p.778)

Ávila (2009), señala que al primer modelo de Estado expuesto se denomina Estado de Derecho o Estado Legal de Derecho. En él los poderes se encuentran sometidos al imperio del derecho legislativo y el legislador se encuentra vinculado por la Constitución en su parte orgánica. El avance hacia el respeto estricto del contenido sustancial de los derechos fundamentales, es decir, la parte dogmática de la Constitución da origen al Estado Constitucional de Derecho.

Para Ferrajoli (2014), el segundo modelo, consiste en la positivación de los derechos fundamentales, lo que permite que desempeñen el papel vinculante que mantienen en el Estado Constitucional de Derecho:

En esto consiste el pleno desarrollo del positivismo jurídico producido por el constitucionalismo: en la positivación, ya no solo del ser sino del deber ser del derecho; no solo de sus formas de producción, sino también de las opciones que su producción debe respetar y actuar (Ferrajoli, 2014,35)

Este cambio de paradigma, nos exige destacar una variación con respecto al rol del juez. En el Estado de Derecho, el papel que desempeña el juez es un papel mecánico, el juez es un mero aplicador del texto de la ley. En caso de que se demande la inconstitucionalidad de una norma jurídica, su rol abarca únicamente el análisis formal de las normas con respecto al órgano competente y a la forma de la promulgación de la ley.

En el Estado Constitucional de Derecho, el rol del juez cambia, pues se transforma en garante de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y por tanto debe velar por optimizar su garantía. En este modelo de Estado, el rol del juez abarca la garantía de los derechos, no solamente de una manera formal, sino material, esto requiere el desempeño de las labores de interpretación constitucional, que no eran facultades del juez tradicional.

La supremacía constitucional es un principio que se encuentra garantizado en la Constitución del Ecuador, este establece que es obligación tanto de la Asamblea Nacional como de los demás poderes públicos, adecuar las normas jurídicas para que formal y materialmente se respete el contenido de los principios y normas constitucionales. (CRE,2008,art.84¹)

El control de constitucionalidad constituye una garantía de esa organización jerárquica, ya que permite controlar que la normativa inferior sea formal y materialmente conforme a la Constitución. Es decir, que esta normativa siga el proceso previsto para su creación, lo que se denomina conformidad formal; y, que su contenido, sea compatible con lo establecido en la Constitución, denominado conformidad material:

El principio de supremacía constitucional descansa indefectiblemente, en la existencia de un sistema de control de constitucionalidad. La ausencia de esta clase de mecanismos hace que aquel principio no pase de ser una declaración que carece de eficacia, pues a pesar de la proclamación constitucional de superioridad formal y material, no existirá órgano que tenga la competencia de expulsar del ordenamiento jurídico las normas irregulares, lo que trae como resultado que la irregularidad permanezca y que la violación constitucional sea insuperable.” (Oyarte, 2016,975)

En nuestro país, no solamente las normas que se encuentran en la Constitución tienen este nivel jerárquico y por tanto poseen esta prevalencia, sino que todas las normas que

¹ **Art. 84.-** La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

integran el bloque de constitucionalidad gozan de este carácter supremo. Este bloque se encuentra integrado por las normas garantizadas en tratados internacionales de derechos humanos que contengan derechos más favorables a los establecidos en nuestra Constitución.² (CRE,2008,art.84)

Además, dentro de los parámetros de aplicación de los derechos constitucionales, el Art. 11 numeral 3³ de la Constitución, establece la directa aplicación de los derechos constitucionales y manifiesta que, ninguna autoridad en el ejercicio de sus facultades podrá alegar falta de norma legislativa que los desarrolle, para desconocerlos. (CRE,2008)

En este sentido es correcto indicar que, en caso de falta de norma, cualquier juez debe aplicar directamente la Constitución, sin recurrir a autoridad constitucional específica. Sin embargo, en caso de existir normas de cuya constitucionalidad el juez duda, no se encuentra facultado para desconocerlas por sí mismo, sino que deberá consultar a la Corte Constitucional, quien es la encargada de evaluar su constitucionalidad, de acuerdo a lo establecido en la Constitución⁴. (CRE,2008, art.428)

En conclusión, el origen del control constitucional es el principio de supremacía constitucional que se encuentra garantizado a través de los mecanismos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, diseñados para controlar la conformidad y el respeto de los derechos establecidos en la Constitución.

² **Art.424** La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público

³**Art.11.**-El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: **3.** Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

⁴ **Art. 428.-** Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

1.3. Modalidades de Control de Constitucionalidad Contempladas en la Constitución Ecuatoriana

De acuerdo a Ferrajoli (2014), existen dos tipos de garantías, las primarias, que se refieren al contenido de la norma constitucional, cuyo respeto por parte de aquellos a los que se dirige, tiene como consecuencia la garantía del derecho que contiene; y, las garantías secundarias, que constituyen mecanismos de exigibilidad de las garantías primarias y se dividen en políticas públicas y garantías jurisdiccionales.

Las garantías normativas, en este sentido, constituyen una especie de garantía primaria que se encuentra dirigida al legislador y otros órganos con potestad normativa, a quienes les exige la adecuación a la Constitución, de la normativa formal y material que expiden. En nuestra Constitución encontramos una garantía normativa en la Constitución:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución. (CRE,2008)

Esta garantía está dirigida tanto al legislador como a todas las autoridades con potestad normativa y el beneficiario de esta garantía:

En cuando al beneficiario de la garantía, no cabe duda de que somos todas las personas que estamos dentro de la esfera espacial o material de las potestades, entendidas como atribuciones, competencias o facultades de la persona o entidad que expide normas. Si dentro de esas esferas, se hace distinciones, que atentarían contra la universalidad de la garantía, se estaría discriminando. (Ávila, 2012,192)

Así, existe un sistema de garantías secundarias diseñado para articular la exigibilidad de esta garantía normativa, cuando se sospecha que la Asamblea Nacional ha incumplido su obligación de adecuar la normativa legal formal y materialmente a los derechos fundamentales.

En conjunto estas garantías secundarias constituyen herramientas que permiten, al juez constitucional, resolver las violaciones a las garantías principales, entre ellas, a las garantías normativas. De conformidad con el tema de análisis de este trabajo de

investigación, desarrollaremos los tipos de control constitucional contemplados en la Constitución y normativa secundaria.

En nuestro país, por regla general, existe un modelo de control de constitucionalidad de normas jurídicas, concentrado, es decir, que existe un órgano en cuyas manos se encuentra el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico, se denomina Corte Constitucional y es la intérprete oficial de la Constitución y la encargada de efectuar control constitucional de acuerdo a la Constitución⁵. (CRE,2008,art.429)

También de acuerdo a la Constitución, la Corte Constitucional realiza dos tipos de controles en virtud de la oportunidad de control: preventivo, o *ex ante* y represivo, o *ex post facto*, el tipo de control preventivo que interesa a esta investigación en concreto es el control preventivo de las leyes orgánicas y ordinarias que realiza la Corte Constitucional cuando el Presidente ha objetado total o parcialmente el proyecto de ley aprobado por la Asamblea Nacional, por motivos de constitucionalidad. En este caso, la Corte Constitucional deberá emitir un dictamen, confirmando la objeción del Presidente, declarando la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto o, por el contrario, declarando la constitucionalidad del proyecto⁶. (CRE,2008,art.139)

De acuerdo a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los efectos del dictamen emitido por la Corte dependen del sentido en el que falle, existen tres posibilidades: si la Corte Constitucional concluye la constitucionalidad del proyecto desestimando la objeción del Presidente, la Asamblea Nacional debe promulgar la ley y ordenar su publicación; si por el contrario, concluye la inconstitucionalidad total del proyecto, este debe ser archivado; y, finalmente, en caso de que concluya la inconstitucionalidad parcial del proyecto este debe ser modificado de acuerdo a lo establecido en la sentencia⁷. (LOGJCC,2009 ,art.132)

⁵ **Art. 429.-** La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

⁶ **Art. 139.-** Si la objeción de la Presidenta o Presidente de la República se fundamenta en la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto, requerirá dictamen de la Corte Constitucional, que lo emitirá dentro del plazo de treinta días. Si el dictamen confirmara la inconstitucionalidad total del proyecto, éste será archivado, y si esta fuera parcial, la Asamblea Nacional realizará las enmiendas necesarias para que el proyecto pase a la sanción de la Presidenta o Presidente de la República. Si la Corte Constitucional dictamina que no hay inconstitucionalidad, la Asamblea Nacional lo promulgará y ordenará su publicación.

⁷ **Art. 132.-** Efectos de la sentencia de la Corte Constitucional.- La sentencia de la Corte Constitucional producirá los siguientes efectos jurídicos: 1. Cuando declare la constitucionalidad del proyecto, la Asamblea Nacional deberá promulgarlo y ordenar su publicación. No se podrá demandar la constitucionalidad de la ley promulgada mientras permanezcan los fundamentos de hecho y de derecho de la declaratoria. 2. Cuando se declara la inconstitucionalidad

En este caso, el proyecto de ley de cuya inconstitucionalidad se sospecha, al ser objetado por el Presidente antes de su promulgación, entra en vigencia, previo el dictamen de la Corte Constitucional. Este tipo de control, previene que normas sospechosas, en términos constitucionales, nazcan a la vida jurídica y por esto adquiere su denominación.

Por otro lado, tenemos los casos de control represivo o *ex post facto*, para que estos casos lleguen al conocimiento de la Corte Constitucional, las normas potencialmente inconstitucionales deben estar o haber estado vigentes, por esta razón este control no pretende prevenir un suceso futuro sino corregir una situación de vulneración presente o en el caso de las normas derogadas, una situación pasada con potenciales efectos en el presente.

En estos casos la Corte Constitucional debe evaluar la constitucionalidad de una norma jurídica a petición de un interesado, quien puede accionar, de acuerdo a lo establecido en la Constitución, por medio de la acción pública de inconstitucionalidad. (CRE,2008,art.436.2⁸)

Mediante esta acción se obtiene control abstracto de constitucionalidad ya que la corte evalúa, la conformidad de una norma jurídica de carácter general con la Constitución:

En el control abstracto, se establece un proceso *contra* la norma, por así decirlo. La finalidad de este mecanismo es examinar la validez constitucional del precepto, para determinar su expulsión del ordenamiento jurídico en el evento de encontrarlo formal o materialmente contrario a la Constitución. Este es el único objeto de esta modalidad de control, en el que, por eso se confronta la norma examinada con la Constitución, sin que, en principio, interesen cuestiones concretas relacionadas con la aplicación de la norma a cuestiones específicas (Oyarte, 2016,995)

Cuando la Corte Constitucional realiza control abstracto de constitucionalidad, los efectos previstos para este tipo de control son *erga omnes*, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (LOGJCC,2009,art.96⁹) Al respecto Oyarte (2016) manifiesta:

parcial, la Asamblea Nacional deberá reformular el proyecto de ley para adecuarlo a los términos previstos en la sentencia. 3. Cuando se declara la inconstitucionalidad total, el proyecto deberá ser archivado hasta tanto desaparezca el fundamento de hecho o de derecho de la sentencia.

⁸ **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.

⁹ Art. 96.- Efectos del control de constitucionalidad.- Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual: 4. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.

En Ecuador el ejercicio del control de constitucionalidad tiene efecto *erga homnes*. Lo dicho no solo que se refiere al resultado de una declaración de inconstitucionalidad, que conlleva la invalidez del acto, lo que implica su expulsión del ordenamiento jurídico y, por tanto, la imposibilidad de aplicar la norma anulada, sino que también se refiere al efecto de la decisión destinatoria, la que también tiene carácter vinculante. (p.1001)

En segundo lugar, la Constitución establece que cuando un juez que tramita una causa tiene una duda razonable y motivada sobre la inconstitucionalidad de una norma jurídica, ya sea de oficio o por solicitud de una de las partes, debe remitir el expediente a la Corte Constitucional, la que en cuarenta y cinco días se encuentra obligada a resolver sobre la constitucionalidad de esta norma jurídica¹⁰. (CRE,2008, art.428)

Este tipo de control implica que la Corte Constitucional realice un control concreto de constitucionalidad. En este sentido la Corte evalúa si en un caso concreto, la norma jurídica de carácter general vulnera disposiciones fundamentales:

Este tipo de control se da por la *via de la excepción*, pues para invocar la inconstitucionalidad del precepto cuya revisión se pretende, es necesario que se lo esté aplicando a un caso concreto ante un juez o tribunal. También puede realizarse control concreto dentro de la modalidad concentrada, lo que se produce cuando los jueces, si bien no pueden inaplicar los preceptos que estima inconstitucionales, están facultados para *consultar* o iniciar la *cuestión de inconstitucionalidad*, es decir, cuando pueden formular una petición al órgano de control de constitucionalidad, con la finalidad que revise la regularidad de la norma que afecta el resultado o la prosecución del proceso. (Oyarte, 2016,996)

En nuestro país, cuando la Corte Constitucional realiza control concreto de constitucionalidad sus efectos varían, cuando este fallo se pronuncia sobre la constitucionalidad de la norma jurídica su efecto será *erga omnes*, mientras que si se pronuncia sobre la constitucionalidad de la aplicación de la norma su efecto será *inter partes*. “El efecto inter partes, en cambio implica que lo decidido solo tiene efecto en la causa y es aplicable solo para los justiciables.” (Oyarte, 2016,1001) A pesar de lo establecido, en este caso la Corte señalará con claridad el supuesto de hecho para que se aplique a casos análogos la misma solución¹¹: (LOGJCC,2009,art.143)

¹⁰ **Art. 428.-** Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

¹¹ **Art. 143.-** Efectos del fallo.- El fallo de la Corte Constitucional tendrá los siguientes efectos: 1. Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad. 2. Cuando se pronuncie únicamente sobre la

Excepcionalmente puede presentarse el caso en el que, al resolver sobre la inconstitucionalidad de una norma jurídica, el juez identifique en el ordenamiento jurídico la presencia de normas conexas, que no siendo expresamente invocadas por el accionante mantienen el mismo contenido dentro de otras normas jurídicas o son consecuencia o causa de esas normas. En este caso se encuentra facultado para resolver de forma oficiosa sobre su constitucionalidad:

Ahora bien, la competencia de la Corte Constitucional en esta materia es limitada, pues la norma debe ser *conexa*, esto es, cuando la disposición impugnada se reproduce en otros textos normativos no demandados y, fundamentalmente, cuando la norma impugnada es consecuencia o causa directa de normas no impugnadas. (Oyarte, 2018,1011)

A pesar de esto, existen varios casos en los que la Corte Constitucional ejerció estas facultades oficiosas para evaluar la constitucionalidad de normas que no pueden ser estrictamente denominadas conexas, como por ejemplo, en esta sentencia de la Corte Constitucional:

Como lo reconoció la Corte en el fallo antes citado, esta competencia revela la clara intención del Constituyente de permitir el control oficioso de la constitucionalidad por parte del máximo órgano de justicia constitucional ecuatoriano por diferentes vías, y ya no únicamente a través de las acciones dispositivas de inconstitucionalidad. En el Estado Constitucional de derechos y justicia se le otorga central importancia a la justicia constitucional de competencia de la Corte Constitucional; consecuentemente, se justifica materialmente el ejercicio de un control constitucional amplio y pleno, para dar efectiva vigencia a los derechos constitucionales y humanos y a la supremacía constitucional. (Sentencia No. 102-13-SEP-CC , 2013,12)

Es claro que la Corte Constitucional ha interpretado esta facultad, de manera amplia, de forma que puede realizar, de oficio, control de constitucionalidad de las normas jurídicas que tengan relación con las causas que conoce, desarrollando así un tipo de control oficioso de constitucionalidad.

En conclusión, en nuestro país el control de constitucionalidad de las normas legislativas es tanto preventivo como represivo. El control preventivo, es siempre control abstracto de constitucionalidad, mientras que, el control represivo, puede ser abstracto o concreto, por regla general el control de constitucionalidad represivo debe ser requerido: bien por el juez que consulta la constitucionalidad de una norma o por un particular, mediante

constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado.

la acción correspondiente, pero excepcionalmente, la Corte Constitucional realiza control de oficio de normas relacionadas a los casos que trata.

1.3.1 Normas o Principios

Para ser capaces de identificar la existencia de conflictos que deben resolverse mediante los métodos de control de constitucionalidad planteados, es importante distinguir una serie de conceptos que nos permitirán transitar por el camino trazado por el pensamiento jurídico hacia la resolución de controversias referentes a la constitucionalidad de las disposiciones legislativas.

En esta sección se desarrolla la diferencia entre normas y principios. Se explica, cuándo existe un conflicto entre una norma y un principio, cómo abordar este conflicto y cuál es la labor tanto del legislador como de los jueces constitucionales en la garantía de los principios constitucionales.

Las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, contienen derechos fundamentales que se encuentran formulados a través de enunciados imperativos. Para comprender cómo se diferencian estos enunciados de las reglas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico, es importante destacar que las segundas están planteadas de manera hipotética condicional, es decir, de la forma (si p entonces q), lo cual permite el empleo del método subsuntivo, que nos lleva a concluir, a partir de los hechos o premisa menor, la aplicación de la consecuencia jurídica o premisa mayor. (Bernal, 2007)

Por el contrario, las disposiciones de carácter imperativo toman la forma (q) o ($\sim q$) y por lo tanto, a la hora de evaluar la conformidad de una regla jurídica con las disposiciones del derecho fundamental, es necesario considerar si lo que la regla prescribe contraviene la disposición fundamental, es decir, si la disposición constitucional prescribe (q) y la disposición legal prescribe ($\sim q$). (Bernal, 2007)

Los principios de acuerdo a Alexy (1997), son mandatos de optimización que por su carácter particular confieren al intérprete un haz de posibilidades para optimizar su cumplimiento. Al respecto Ávila (2012) manifiesta:

El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones. (...) Finalmente, es

norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción. (p.63)

Los principios constitucionales son de dos tipos: principios de aplicación y principios sustanciales. Los del primer tipo, consisten en parámetros generales que permiten interpretar otros principios bajo su guía, por ejemplo, el principio de interés superior del niño, a través del cual podemos comprender que al interpretar otros principios o reglas en relación con los niños, niñas y adolescentes debemos garantizar mediante nuestra interpretación su máximo interés. Por otro lado, tenemos los principios sustanciales que son aquellos que desarrollan el contenido de los derechos, es decir, son los denominados derechos fundamentales. (Ávila, 2012)

Los principios a diferencia de las reglas, no son absolutos y pueden cumplirse en mayor o menor medida, esto depende de las posibilidades fácticas y jurídicas alrededor del principio:

Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciliabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente posible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. (Zagrebelsky, 2011,16)

En este sentido, el legislador tiene un margen de actuación bastante amplio, las posibilidades para optimizar un derecho son incontables pero limitadas a las posibilidades fácticas de lo posible y a las posibilidades jurídicas, marcadas por todos los otros principios, que limitan la actuación del legislador.

En conclusión, las normas se dividen en reglas y principios, mientras las primeras regulan una situación concreta, los segundos son de carácter general, y guían al intérprete y al legislador. Comprender que en el texto constitucional existen reglas y principios, constituye una herramienta para identificar el ámbito de operación del principio de proporcionalidad.

1.4 Interpretación Constitucional

El mecanismo de interpretación constitucional que se emplea para el análisis de este trabajo de investigación es el principio de proporcionalidad, este método de interpretación constitucional, a través de su aplicación, nos permite evaluar una posible contradicción entre un principio constitucional y una norma jurídica.

Para comprender cuándo resulta necesario su empleo, primero hay que desarrollar el concepto de la indeterminación normativa y cómo afecta a las disposiciones de carácter constitucional. La indeterminación normativa constituye un factor crucial que se encuentra relacionado con la imposibilidad de retratar el conjunto de elementos garantizados, en los enunciados lingüísticos que desarrollan los derechos fundamentales.

Es importante desarrollar el alcance de este tipo de indeterminación que aqueja a las normas jurídicas, porque nos permite comprender los casos en los que existe un conflicto entre una norma jurídica y un principio constitucional que ameritan el empleo del principio de proporcionalidad.

1.4.1 Indeterminación Normativa

Las disposiciones fundamentales padecen de indeterminación lingüística dadas las características propias del lenguaje común, a diferencia de algunas ciencias como la matemática que emplea su propio lenguaje numérico, el derecho, maneja el lenguaje común como la herramienta de formulación de las disposiciones jurídicas, por esta razón se ve afectado por los problemas propios del lenguaje. (Bernal, 2007)

Las disposiciones jurídicas padecen tanto de indeterminación semántica como sintáctica. Por un lado, la indeterminación semántica hace referencia a la ambigüedad y vaguedad de los términos. Mientras un término ambiguo es aquel al que se le puede atribuir varios significados. Un término vago, es aquel que no permite determinar con claridad su alcance. (Bernal, 2007)

La indeterminación sintáctica, por otra parte, tiene que ver con el empleo de conectores lógicos, organización del lenguaje y puntuación. Que a su vez impiden la comprensión clara del texto que el lector tiene en sus manos. (Bernal, 2007)

Adicionalmente, las normas jurídicas en sí mismo poseen un carácter normativo indeterminado, para explicar este punto es necesario establecer que, contrariamente a lo que podría pensarse, no resulta sencillo identificar los casos en que una disposición fundamental se encuentra en conflicto con la Constitución. Esto se debe a que es raro el caso en el que una disposición fundamental prescribe (q) y existe una disposición legal que expresamente prescribe ($\sim q$).

A este tipo de casos, Bernal (2007) los denomina como casos fáciles, en los cuales es clara la vulneración de lo prescrito por la norma constitucional y por tanto la inconstitucionalidad de la misma salta a la vista, su concurrencia es poco frecuente, porque se entiende que el legislador, al promulgar reglas, se encarga de controlar que estas se adecuen a lo prescrito por la Constitución y en un cuerpo colegiado, como lo es la Asamblea Nacional, sería de esperarse que los legisladores no incurran en errores de este tipo.

Las disposiciones constitucionales padecen indeterminación normativa, esto quiere decir que su texto literal no refleja el universo de los significados que la norma tiene, por ejemplo, debemos preguntarnos si el derecho de los niños a la integridad, establecido en el Art. 45 de la Constitución¹² implica, para el legislador, un mandato de hacer o una prohibición. (CRE,2008)

Cabe preguntarse si este derecho implica, para el legislador, una prohibición de estatuir el castigo físico como método educativo, o un mandato de promover una metodología pedagógica determinada que abiertamente se manifieste en contra de este tipo de castigo, como metodología única de enseñanza admitida en el país.

El significado expreso de la norma contenido en su texto es denominado por Bernal (2007), norma directamente estatuida, esta es la norma que el texto nos permite dilucidar, mientras aquellas disposiciones no contenidas en el texto literal pero que a su vez limitan la actuación del legislador, se denominan normas adscritas a la disposición constitucional.

¹² **Art. 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.

Las dos interpretaciones precedentes constituyen normas adscritas a la norma que garantiza el derecho a la integridad de los niños. Para que estas normas se concreten en una disposición expresa, es necesario que bien la Corte Constitucional o bien el mismo legislador, al interpretar la norma, concluyan la existencia de una norma adscrita. Es decir, que la promulgación por parte del legislador de una norma que prohíba utilizar el maltrato físico como método educativo, implica que el legislador interpretando la disposición fundamental ha concluido que una norma adscrita a esta disposición, requiere prohibir el maltrato físico.

Esta norma que el legislador ha establecido, se encuentra adscrita a la disposición constitucional, tiene una presunción de validez, que puede ser desvirtuada por la Corte Constitucional. La interpretación de la Corte, por otro lado, es definitivamente válida, por lo que la norma adquiere validez con carácter definitivo y solamente podría ser modificada por el poder constituyente.

Si, por otro lado, la Corte Constitucional, menciona que, para garantizar el derecho a la integridad de los niños, no es necesario simplemente prohibir el castigo físico, sino que es fundamental impartir entre los educadores métodos pedagógicos sin maltrato; y difundir entre los niños su derecho a recibir una educación sin violencia y la posibilidad de denunciar cualquier acto en su contra. En este caso la Corte interpreta que la disposición fundamental exige no solo la prohibición de conductas que perjudiquen la integridad, sino que también requiere del Estado inversión en educación para frenar la violencia.

Lo anterior ha sido desarrollado por Bernal (2007):

Las normas adscritas a las disposiciones de derecho fundamental proceden entonces simultáneamente de dos fuentes jurídicas: una fuente indirecta y una fuente directa. Estas normas son estatuidas con validez prima facie por las disposiciones de derecho fundamental (fuente indirecta) y adquieren validez definitiva de dos formas diferentes: cuando son concretadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o cuando son actualizadas por las leyes y por los demás actos de los poderes públicos y de los particulares que constituyen fuentes del Derecho (fuente directa). (p.120)

Determinar la existencia de este segundo tipo de norma constituye parte de la evaluación de su constitucionalidad, es más común que existan normas de carácter legal que contravienen normas adscritas a las disposiciones constitucionales. Estos casos son denominados por Bernal (2007) como casos difíciles y, es en ellos, que resulta indispensable la ayuda de métodos interpretativos especiales que permitan su evaluación.

Un ejemplo de esto es que, mientras una disposición constitucional garantiza el derecho a la libre contratación existe una norma que prohíbe la celebración de contratos entre los cónyuges con excepción del mandato y las capitulaciones. En un caso como este, el primer reto que se debe enfrentar consiste en determinar si el contenido de la regla jurídica se encuentra en conflicto con el contenido de la disposición fundamental.

Para esto resulta necesario, en primer lugar, determinar el alcance de la disposición fundamental; en segundo lugar, determinar lo que prescribe la norma legal examinada y finalmente, determinar si el contenido de la segunda es contrario al contenido de la primera.

Este ejercicio permite concluir si existe un conflicto *prima facie* entre la disposición constitucional y la norma de carácter legal, si este conflicto se da con la norma fundamental directamente estatuida o si se trata de un conflicto entre una norma de carácter legal y una norma adscrita a la disposición fundamental.

En conclusión, dada la indeterminación normativa que afecta a las disposiciones fundamentales, existen varias normas que se encuentran adscritas a una disposición fundamental. En un primer momento, el legislador es quien determina *prima facie* estas normas, pero es la Corte Constitucional, la encargada de corroborar esta determinación en caso de duda, estatuyendo normas adscritas a las disposiciones fundamentales de manera definitiva.

1.4.2 Principio de Proporcionalidad

En esta sección se desarrolla el principio de proporcionalidad y sus subprincipios, para esto se emplea fuentes de carácter doctrinario, también se trata de explicar el alcance de estos subprincipios a través de ejemplos sencillos.

El empleo del principio de proporcionalidad es relativamente reciente en la doctrina y requiere profundización. Si bien su origen más remoto data de Alemania en el año 1952, en donde el Tribunal Constitucional Alemán aplicó por primera vez este principio cuyo significado se consolida en 1958. (Rainer & Martínez, 2012) En nuestro país comienza a emplearse de manera oficial a partir del año 2009 con la promulgación de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El principio de proporcionalidad procede, una vez que se ha concluido que la norma de carácter legal se opone a la norma adscrita a la disposición fundamental y permite optimizar el alcance de los principios que se hallan en juego y por tanto garantizar la eficacia de ambos al hallar un punto de convergencia, logrando que no se vacíen los derechos establecidos en la Constitución. (Bernal, 2007)

El principio de proporcionalidad permite obtener conclusiones generales a partir de la evaluación de un caso en particular, si bien la Corte parte de un caso concreto en el que se evalúa la constitucionalidad de una norma jurídica, este caso le permite dimensionar la intervención que se realiza en el derecho y por tanto concluir, de forma general, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma jurídica o la necesidad de una interpretación condicionada de la misma:

La aplicación de la proporcionalidad hace posible, tomar una decisión clara en un caso determinado y resolver la coalición entre los principios *para ese caso particular*. Esta decisión específica es categórica y por tanto puede expresarse en forma de una regla (M. Dickens, J. Cook, & N. Erdman, 2016, 110)

Este principio también puede ser empleado para realizar una evaluación en abstracto a una disposición legal, que se encuentre en conflicto con una disposición constitucional, obteniendo un resultado, con los efectos previstos en la ley para el control abstracto de constitucionalidad, sin necesidad de un caso concreto, la constitucionalidad en abstracto de la disposición de carácter legal.

El Principio de proporcionalidad es un método interpretativo que nos permite evaluar la proporcionalidad de la intervención realizada por el legislador, con este objeto plantea seguir un camino argumentativo que transita por tres subprincipios, estos subprincipios deben ser evaluados en orden y para analizar uno de ellos es necesario que la norma haya superado con éxito el anterior.

1.4.2.1 Subprincipio de Idoneidad

Este subprincipio busca evaluar, primero, si la norma jurídica cumple una finalidad constitucional y, en segundo lugar, si esta norma es efectiva para alcanzar la finalidad constitucional que busca. (Alexy, 2008)

Con respecto al segundo punto, para que una norma cumpla con esta exigencia es suficiente que, de manera leve conduzca a la finalidad que pretende:

La idoneidad de una medida adoptada por el Parlamento dependerá de que esta guarde una relación positiva de cualquier tipo con su fin inmediato, es decir, de que facilite su realización de algún modo, con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud y seguridad (Bernal, 2007,726).

La estructura argumentativa que debe emplearse para concluir la idoneidad de una norma, exige en primer lugar, que la norma jurídica tenga relación o conexión con el fin inmediato que pretende, en segundo lugar, que la norma jurídica tenga una relación o conexión con fin mediato o principio que la regla pretende precautelar, caso contrario la norma no es idónea:

En primer lugar, debe aclararse que la imposibilidad de conectar analíticamente el fin inmediato del Legislador con un fin mediato legítimo, da lugar a la ilegitimidad del fin inmediato. Esto ocurre cuando este fin solo se relaciona con fines mediatos ilegítimos, es decir, prohibidos por la Constitución. (Bernal, 2007,733)

Para comprender esto es necesario ejemplificarlo, es de esperarse que el legislador pretenda satisfacer las necesidades de la comunidad y velar por su bienestar, con este objeto establece normas jurídicas que permiten el efectivo desarrollo de los derechos garantizados en la Constitución.

Supongamos que el legislador observa con preocupación el hecho de que los jóvenes, no optan por estudiar carreras que permitan el desarrollo científico y tecnológico del país; luego, al revisar la Constitución se percata de que es responsabilidad del Estado difundir y promover el desarrollo tecnológico científico en la educación superior.

Por esta razón decide plantear una ley estableciendo que, durante cinco años, solo se ofrecerá a las generaciones que ingresen al sistema de educación superior carreras científicas y tecnológicas y que, por otro lado, todas las otras carreras deberán permanecer cerradas durante este período de tiempo.

En este contexto, Pedro, quien es un estudiante que debe comenzar su carrera universitaria y siempre ha deseado ser abogado, se ve ante una encrucijada y finalmente decide demandar la inconstitucionalidad de la ley referida, Pedro, alega que el Estado vulneró su derecho al libre desarrollo de su personalidad.

En el caso, el juez constitucional estableció que la norma dictada por el legislador contravino la disposición fundamental, por lo que deberá evaluar, mediante el subprincipio de idoneidad, si la norma establecida persigue un fin legítimo, para esto es necesario preguntarse si la norma persigue un fin constitucional.

Recordemos que el legislador motivado por las necesidades sociales y económicas del país, halló en una disposición constitucional que es responsabilidad del Estado promover el desarrollo tecnológico. (CRE,2019,art.277¹³) El legislador al promulgar una norma como esta cumplió con una disposición constitucional.

Es innegable que el legislador pretende alcanzar con la norma un fin constitucionalmente legítimo (fin mediato legítimo) y por otro lado, es claro también, que la norma conduce a que más personas estudien carreras tecnológicas y científicas (fin inmediato). Y por lo tanto la norma cumple con el principio de idoneidad.

Distinto sería, por ejemplo, que una norma diga perseguir la seguridad nacional (fin mediato legítimo), pero que para alcanzarla prohíba la entrada de cualquier persona migrante a nuestro territorio (fin inmediato). Una norma de este tipo no cumple el principio de idoneidad porque aunque parece ampararse en un fin constitucional, se sostiene sobre supuestos irreales, es decir, que los extranjeros vulneran la seguridad nacional.

Esta norma no es conducente para alcanzar el fin que pretende, no es idónea e incluso podríamos afirmar, que el fin que persigue podría no ser la seguridad nacional sino intereses xenófobos particulares (fin mediato ilegítimo).

En conclusión, una norma es idónea cuando es conducente para alcanzar el fin que pretende y cuando este fin se relaciona con un principio constitucional legítimo. Una vez que hemos evaluado la idoneidad de la norma, si concluimos su idoneidad debemos evaluar el siguiente principio, caso contrario, si la norma no es idónea debe ser declarada inconstitucional.

1.4.2.2 Subprincipio de Necesidad

El subprincipio de necesidad evalúa si no existen medidas que intervengan en menor grado el derecho fundamental y alcancen los mismos resultados, de existir, serían las medidas menos lesivas para el derecho fundamental, las que deberían tomarse por parte del

¹³ **Art. 277.-** Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: 6. Promover e impulsar la ciencia, la tecnología(..)

poder legislativo y no medidas extremas que restrinjan el derecho fundamental innecesariamente. En otras palabras:

En todo caso, el subprincipio de necesidad implica la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos. En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y, en segundo lugar, si afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor. Si existe algún medio alternativo que llene estas dos exigencias, la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional. (Bernal, 2007,742)

Con respecto a la segunda exigencia, el examen para analizar las alternativas menos lesivas debe realizarse en abstracto, es un examen hipotético cuyo resultado es que el medio alternativo más benigno es aquel que en un caso común o en la mayoría de ellos intervenga menos en el derecho fundamental. (Bernal, 2007)

Además para realizar este examen, el intérprete debe ponerse en los pies del individuo cuyo derecho ha sido restringido y analizarlo desde su óptica y no desde la óptica del bienestar general o de la comunidad. Es importante señalar que la medida alternativa solamente da lugar a la declaración de inconstitucionalidad, cuando esta no vulnera además otros derechos garantizados por la Constitución esto porque:

La razón estriba en que el problema de si los costes de una estrategia política deben soportarlos un grupo de ciudadanos u otro, o la comunidad en general, debe ser solucionado mediante una decisión del Legislador. (Bernal, 2007,757)

Desarrollando el ejemplo anterior que superó con éxito el subprincipio de idoneidad, en este punto se debería evaluar si no existe otra medida menos restrictiva, que no implique prohibir a las universidades ofertar otras carreras que no sean las técnicas y tecnológicas y por tanto, que no impida a Pedro, desarrollar libremente su personalidad, escogiendo una carrera afín a sus intereses, pero que permita alcanzar el fin constitucional requerido, es decir, la promoción y difusión de las carreras tecnológicas y científicas.

Es evidente que existen otro tipo de medidas que permiten alcanzar el fin constitucional, pero que no intervienen con la misma magnitud en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y se trata de medidas que incentiven la elección de este tipo de carreras. Por ejemplo, la oferta de becas, subsidios estudiantiles, la promoción de estas carreras en los últimos niveles del bachillerato, la apertura de plazas de empleo joven dentro de estas áreas.

En este caso, alguien podría argumentar, que estas medidas alternativas no son tan eficaces como la prohibición establecida por legislador. Evaluar la idoneidad de estas medidas alternativas, resulta complejo y algunas veces se trata solamente de un ejercicio teórico. Sin embargo, no puede partirse del supuesto de que la medida más restrictiva es la que debe emplearse. Por el contrario, es la necesidad de la norma más restrictiva la que debería ser defendida y probada por el legislador.

Tanto el subprincipio de idoneidad como el de necesidad, evalúan las posibilidades fácticas de la intervención legislativa. Por tal razón analizan si la intervención permite alcanzar un fin legítimo y si existe otra manera de obtener el mismo fin sin restringir un derecho fundamental quiere decir, que se analizan las posibilidades de hecho, alrededor de la integración de la norma en el sistema jurídico.

1.4.2.3 Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto

Finalmente, el examen de proporcionalidad en sentido estricto, que es un ejercicio de ponderación, evalúa si la intervención en un derecho lo restringe en la misma medida en la que satisface un principio contrario. Es decir, que “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2007, 149)

Este es el ejercicio de la ponderación y se desarrolla en tres pasos, en primer lugar, se define el grado de afectación del derecho que la norma interviene, en segundo lugar, es necesario evaluar la satisfacción del principio que la norma pretende satisfacer y finalmente, concluir si la satisfacción del segundo principio justifica la intervención en el primero. (Alexy, 2007)

La ponderación se encuentra relacionada con las posibilidades jurídicas de la regla cuya constitucionalidad se evalúa. Las posibilidades jurídicas se encuentran limitadas por la existencia de otros principios que colisionan con el primero. Para solucionar esta colisión, los jueces deben evaluar las posibilidades jurídicas existentes para lo que tendrán en cuenta los principios que integran el bloque constitucional:

La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. (Alexy, 2007,92)

Las posibilidades jurídicas de cumplimiento de un principio se encuentran determinadas precisamente por todos los principios que juegan en el sentido contrario. Es decir, el legislador tiene la libertad de regular las conductas para optimizar el cumplimiento de un principio, dentro de una cancha que se encuentra trazada por las disposiciones de derecho fundamental contrarias. Siempre y cuando se mantenga dentro de esta cancha, sus normas jurídicas serán consideradas constitucionales.

Si el legislador legisla más allá de los límites marcados por las otras normas fundamentales, interviniendo en el terreno que se encuentra protegido por otros derechos, de manera que no justifique la proporcional satisfacción en el derecho cuyo cumplimiento optimiza, se declarará su inconstitucionalidad.

Para llegar a esta determinación es necesario cuantificar tanto la intervención en el derecho fundamental, como la satisfacción del principio constitucional que el legislador pretende alcanzar. Para poder evaluar estos dos criterios distintos se determina una unidad de medida común a la que se le cataloga como peso. (Alexy, 2008)

En este sentido, el peso de los principios en conflicto, puede determinarse en una escala de tres intensidades, leve, media y grave, si bien esta escala ha sido diseñada para facilitar el ejercicio de la ponderación, su empleo no es obligatorio. (Alexy, 2008)

Es fundamental aclarar que el empleo de esta escala permite aplicar la “ley de la colisión” que establece que siempre que la satisfacción del derecho constitucional tenga igual o mayor peso que la intervención en el derecho fundamental que juega en sentido contrario, se declarará la prevalencia de la intervención, es decir, se confirma su constitucionalidad. (Alexy, 2008)

Por otro lado, siempre que la satisfacción del derecho tenga menor peso que la intervención en el derecho que juega en sentido contrario, se declarará su inconstitucionalidad y por tanto quedará adscrita en el derecho y la prevalencia establecida por el Tribunal Constitucional, como una regla para casos análogos.

Existen ciertos criterios recogidos por Bernal (2007) que permiten cuantificar la magnitud de la intervención en el derecho fundamental, uno de ellos es el del contenido esencial, este criterio señala habrá mayor intervención si la disposición afecta uno de los dos criterios del contenido esencial:

Estos criterios se refieren a que la posición *prima facie* afectada sea necesaria para que el derecho fundamental sea reconocible como tal, de modo que si se suprimiera, el derecho perdería su naturaleza (primer criterio); y a que la posición *prima facie* afectada sea necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida a un derecho fundamental, resulten real, concreta y efectivamente protegidos (segundo criterio). (Bernal, 2007,776).

Otro criterio relevante mantiene relación con el principio de la dignidad humana, en este sentido, la intervención en el derecho será mayor cuando este derecho se encuentre conectado a la dignidad humana. (Bernal, 2007)

Con relación al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, es necesario detallar que la carga de la prueba de la justificación de proporcionalidad de la intervención recae sobre el Estado y que en caso de duda el juez debe decidir a favor del derecho fundamental intervenido. Esto en razón de que:

Como quiera que el ámbito de libertad del individuo es en principio ilimitado y que, como consecuencia, el Estado debe justificar todas las intervenciones que practique dentro del mismo, si una intervención no puede justificarse mediante argumentos lo suficientemente convincentes, que hagan constar el grado por lo menos equivalente de la realización del fin legislativo, en comparación con la restricción del derecho fundamental, la restricción debe considerarse ilegítima y el ámbito de libertad individual debe permanecer inalterado. (Bernal, 2007,796).

Para desarrollar en un ejemplo práctico lo descrito anteriormente, hay que considerar que se ha concluido tanto la idoneidad como la necesidad de la medida legislativa. En este caso solo resta analizar los principios fundamentales en juego, estableciendo una regla de precedencia.

Un ejemplo relacionado con la jurisprudencia constitucional ecuatoriana es el caso del señor Luna, una persona que deseaba importar un auto adaptado específicamente para su discapacidad, cuyo año de fabricación ocasionaba que por motivos ambientales, no deba ser importado.

Si bien, en este caso, la resolución de la Corte fue criticada, esto se debe a la carencia de motivación de la que el fallo adolecía y su aplicación negligente de la fórmula del peso de Robert Alexy. (Sentencia Nro.002-09-SAN -CC, 2009) Sin embargo, la Corte practicando el ejercicio de ponderación concluyó en el caso concreto lo siguiente:

1. El precio de un bien constituye un tamiz que separa las personas que pueden adquirir un objeto de las que no pueden hacerlo.

2. Las personas con discapacidad, requieren vehículos específicamente adaptados a sus necesidades y el efecto de adquirirlos, implica no solamente la mejora de su nivel de vida, sino que garantiza el ejercicio de otros derechos y contribuye a la igualdad material.
3. El derecho al medio ambiente saludable que pretende garantizarse mediante la regla legislativa, interviene de manera grave en los derechos de las personas con discapacidad ya que limita seriamente sus posibilidades de acceso a automóviles que mejoren su calidad de vida y movilidad.
4. Por otro lado, la satisfacción del derecho al medio ambiente saludable a través de esta norma ha pasado los filtros de idoneidad y necesidad, resta evaluar si hubiera superado el tercer subprincipio. La satisfacción del derecho al medio ambiente saludable es simplemente de rango bajo o como mucho de rango medio, pues la importación de autos de más de tres años de antigüedad no constituye ni la principal ni la causa directa de la contaminación.
5. Por esta razón estableció una regla de precedencia, declarando la inconstitucionalidad de la norma, con respecto a las personas con discapacidad que importan automóviles adaptados para su discapacidad.

En conclusión, el principio de proporcionalidad, tiene tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, estos deben ser aplicados de manera sucesiva siempre que se haya superado el principio anterior. Los dos primeros evalúan las posibilidades fácticas alrededor de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, mientras el último, las posibilidades jurídicas, mediante un análisis de todos los principios involucrados y el peso de cada uno de ellos, estableciendo una regla de precedencia aplicable a circunstancias análogas.

2. Derechos Sexuales y Reproductivos: Interrupción Voluntaria del Embarazo

El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, dentro del catálogo de derechos humanos que tienen los individuos en nuestra sociedad, marca un hito importante en la evolución de nuestro sistema jurídico. Su reconocimiento positivo hace que estos derechos sean exigibles a través de los mecanismos garantizados en la Constitución, de conformidad con lo establecido en el capítulo precedente.

En este capítulo, se desarrolla el contenido y alcance de los derechos sexuales y reproductivos en nuestro país, además se explora la relación de estos derechos con la interrupción voluntaria del embarazo. Finalmente, se revisa lo establecido en el derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos, con el objetivo de establecer si la interrupción voluntaria del embarazo integra los derechos garantizados en la Constitución.

2.1 Los Derechos Sexuales y Reproductivos: Contenido y Alcance

En referencia a los derechos sexuales y reproductivos, se aborda un régimen que se encuentra integrado por diversos derechos individuales. Para entender sus elementos y alcance, se analiza tanto los antecedentes a su reconocimiento constitucional como los derechos que lo integran a través de diversas fuentes del derecho.

2.1.1 Antecedentes

La búsqueda de un instrumento jurídico que desarrolle el concepto de los derechos sexuales y reproductivos, remonta a la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, realizada en 1968 en Teherán, en esta se hizo referencia a que “constituye un derecho de las parejas decidir el número de hijos y su espaciamiento.” (Vidal & Donoso , 2002,177). En ese momento, la reproducción no constituía una prerrogativa individual de las mujeres y estos derechos, en consecuencia, no eran derechos de carácter individual.

Esto se mantuvo en la Tercera Conferencia Mundial de la Población realizada en 1974, en Bucarest, que desarrolla el rol que debe tener el Estado para asegurar a las parejas

el acceso a información y a métodos de control de fecundidad. Posteriormente, en la Declaración de la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en México en el año 1975, se establece el derecho de las mujeres a decidir sobre su vida sexual y sobre su reproducción. (Vidal & Donoso , 2002).

Antes de este instrumento, las mujeres no eran miradas como sujetos capaces de tomar decisiones sobre su vida reproductiva, sino que eran las parejas a quienes se les atribuía este derecho, por lo cual este instrumento propone un cambio en el pensamiento relativo al control de las mujeres sobre la reproducción.

Posteriormente, en la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer, en 1979, se establece la necesidad de generar igualdad entre hombres y mujeres con respecto a la toma de decisiones sobre la vida reproductiva y la responsabilidad compartida que implican los hijos. Esta convención, fue ratificada por el Estado ecuatoriano en febrero del 2002 (Naciones Unidas, 2019) y establece claramente en el Art. 16 como obligación de los Estados, que deben instrumentar mecanismos que permitan garantizar a las mujeres el goce de sus derechos sexuales y reproductivos. En ese sentido, afirma que:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos. (CEDAW, 1979, art.16)

Años después, durante la Conferencia Internacional Sobre Población y Desarrollo, llevada a cabo en 1994, en El Cairo, se realizó una conceptualización de los derechos reproductivos como derechos individuales. Allí se estableció que el alcance de los derechos reproductivos implica que:

Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo. (CIPD,1994)

Este instrumento, reconoce que estos derechos se encuentran vinculados a la capacidad de la mujer para “actuar como una persona adulta e independiente, con capacidad

legal plena para participar en la sociedad civil y no ser sometida a ninguna forma de discriminación.” (Sadik, y otros, 2001,75). Este reconocimiento implica un requerimiento de carácter jurídico al Estado y a la sociedad de mejorar las condiciones sociales y culturales en que las mujeres se desarrollan.

Los derechos sexuales, por otro lado, son definidos también en la Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial Sobre la Mujer, celebrada en Beijín en 1995. En esta Conferencia se estableció que:

Incluyen el derecho humano a tener control respecto de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y a decidir libre y responsablemente respecto de esas cuestiones, sin coerción, discriminación y violencia. Esto significa que la salud sexual y reproductiva conlleva el reconocimiento del derecho a tener relaciones sexuales gratificantes sin coerción, sin temor a la infección o a los embarazos no deseados; peligrosos.

2.1.2 Alcance de los Derechos Sexuales y Reproductivos en el Ecuador

En Ecuador, producto de las discusiones de la década de 1990, que fueron impulsadas tanto por el activismo nacional como por organizaciones no gubernamentales extranjeras que realizaban promoción de la salud sexual y reproductiva, se logra el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos dentro de la Constitución del 2008. Esto tiene como resultado que sean incluidos dentro de su articulado de carácter dogmático (Varea, 2018) en los siguientes términos:

Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. (CRE,2008, art.66.9)

Este apartado se relaciona con los derechos sexuales. Por un lado, resalta que estos se encuentran dentro de las libertades individuales de las personas, pero por otro, establece la obligación del Estado de proveer los medios necesarios para que estas decisiones puedan ser tomadas de manera segura. Con respecto a los derechos reproductivos, la Constitución establece en el Art.66 numeral 10:

Se reconoce y garantizará a las personas: (...) El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener. (CRE,2008)

Es necesario destacar que se encuentra dentro del contenido referente a los derechos reproductivos, el derecho a decidir cuántos y cuándo tener hijos e hijas, aunque no se encuentren desarrolladas las condiciones para el ejercicio de este derecho.

Los derechos sexuales y reproductivos se encuentran, además, desarrollados en normativa de carácter legal, por ejemplo, en la Ley Orgánica de Salud, existe un capítulo dedicado a la salud sexual y reproductiva, allí se articula una serie de programas y políticas, alrededor de las cuales debe trabajar el Ministerio de Salud, para garantizar el ejercicio de estos derechos, en cuanto se encuentran vinculados con el sistema de salud.¹⁴ (LOS,2006,art. 20)

En el mencionado articulado se reconoce a la planificación familiar como estrategia, y al empleo de métodos anticonceptivos como el mecanismo por el cual el Estado garantiza el ejercicio de la libertad reproductiva, por esta razón se establece el acceso universal de la población a estos servicios de salud. También se reconoce que la decisión de las personas sobre el número de hijos que pueden tener, mantener y educar, debe ser una decisión libre, voluntaria, autónoma y tomada sin coerción, violencia ni discriminación.¹⁵ Esto como lo veremos posteriormente forma parte del régimen de derechos sexuales y reproductivos y de los estándares internacionales vinculados con este régimen. (LOS, 2006, art. 23,24)

Esta ley también reconoce que el aborto es un problema de salud pública y, a pesar de que, en concordancia con el Código Orgánico Integral Penal, mantiene como únicos supuestos en los que puede practicarse un aborto a una mujer embarazada los establecidos en ese Código, indica que es obligación de los profesionales de la salud, atender de manera prioritaria abortos en curso y emergencias obstétricas en general.¹⁶ (LOS,2018, art. 22,29)

En este momento se encuentra en segundo debate el proyecto de Código Orgánico de la Salud y con respecto a los derechos sexuales y reproductivos se mantiene un contenido similar con algunas alteraciones, entre ellas se destaca el establecer a todo tipo de aborto

¹⁴ **Art. 20.-** Las políticas y programas de salud sexual y salud reproductiva garantizarán el acceso de hombres y mujeres, incluidos adolescentes, a acciones y servicios de salud que aseguren la equidad de género, con enfoque pluricultural, y contribuirán a erradicar conductas de riesgo, violencia, estigmatización y explotación de la sexualidad.

¹⁵ **Art. 23.-** Los programas y servicios de planificación familiar, garantizarán el derecho de hombres y mujeres para decidir de manera libre, voluntaria, responsable, autónoma, sin coerción, violencia ni discriminación sobre el número de hijos que puedan procrear, mantener y educar, en igualdad de condiciones, sin necesidad de consentimiento de terceras personas; así como a acceder a la información necesaria para ello.

Art. 24.- Los anticonceptivos importados por la autoridad sanitaria nacional, requerirán del registro sanitario nacional además del registro sanitario del país de origen, así como el control de calidad y seguridad del producto, previo a su distribución.

¹⁶ **Art. 22.-** Los servicios de salud, públicos y privados, tienen la obligación de atender de manera prioritaria las emergencias obstétricas y proveer de sangre segura cuando las pacientes lo requieran, sin exigencia de compromiso económico ni trámite administrativo previo.

Art. 29.- Esta Ley, faculta a los servicios de salud públicos y privados, a interrumpir un embarazo, única y exclusivamente en los casos previstos en el artículo 447 del Código Penal. Estos no podrán negarse a atender a mujeres con aborto en curso o inevitables, debidamente diagnosticados por el profesional responsable de la atención.

como una emergencia obstétrica y garantizar la atención médica de carácter confidencial, y sujeta a secreto profesional.¹⁷ (Proyecto COS, 2019, art.194)

Por otro lado, la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, también regula estos derechos al establecer una serie de obligaciones atribuidas a los Ministerios de Educación y Salud, en relación con la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las niñas, adolescentes y mujeres adultas. (LPEVM, 2018)

Estas se encuentran relacionadas con la garantía del libre ejercicio de sus derechos sexuales y la debida actuación del Estado frente a su vulneración por parte de terceros.¹⁸ (LPEVM, 2018, art.24,26)

Finalmente, el Código Orgánico Integral Penal, también garantiza los derechos sexuales de las personas al contemplar, dentro de las conductas punibles, el delito de acoso, abuso, violación, pornografía infantil, inseminación no consentida, privación forzada de la capacidad de reproducción, estupro, corrupción de niños, niñas y adolescentes, distribución

¹⁷ **Artículo 194.-** Emergencias obstétricas. - Serán consideradas emergencias los abortos de cualquier tipo y por cualquier causa aparente, y todas las patologías que comprometan la salud materno fetal. Se prohíbe a los establecimientos prestadores de servicios de salud; y, a las y los profesionales de la salud negar la atención de estas emergencias, y deberán respetar la confidencialidad, privacidad, el secreto profesional y los derechos de las mujeres, sujetándose a la normativa y protocolos establecidos por la Autoridad Sanitaria Nacional.

¹⁸ **Art. 24.-** El ente rector de Educación. Sin perjuicio de las facultades establecidas en la respectiva normativa vigente, tendrá las siguientes atribuciones: h) Desarrollar programas de formación dirigidos a docentes, al personal de los departamentos de consejería estudiantil y personal administrativo de las instituciones educativas en derechos humanos de las mujeres, enfoque de género, derechos sexuales y reproductivos, entre otros, que deconstruyan los discursos y conductas que fomentan la subordinación de las mujeres; i) Implementar en la malla curricular, contenidos sobre el enfoque de género respecto de los derechos de las mujeres; nuevos patrones socioculturales y masculinidades, que deconstruyan los discursos y conductas que fomentan la subordinación de las mujeres; la prevención del acoso y abuso sexual; la prevención del embarazo adolescente; y los derechos sexuales y derechos reproductivos, entre otros; j) Diseñar e implementar un sistema de recolección de información sobre casos de violencia contra las niñas, adolescentes, dependientes de víctimas de femicidios, y mujeres a la educación, con énfasis en la violencia sexual cometida dentro del sistema educativo, que permitan la actualización permanente del Registro Único de Violencia contra las Mujeres; k) Coordinar con las entidades de Justicia, procesos de capacitación permanente, sobre los delitos de violencia contra las mujeres, acoso y violencia sexual dentro del ámbito educativo; l) Establecer como un requisito de contratación y permanencia a todo el personal docente el no contar con antecedentes penales en casos de violencia contra las mujeres o abuso sexual;(...)

Art. 26.- El ente rector de Salud. Sin perjuicio de las facultades establecidas en la respectiva normativa vigente, tendrá las siguientes atribuciones: d) Garantizar la protección de la salud integral a las mujeres embarazadas, víctimas de violencia. De manera prioritaria se protegerá la salud integral de las niñas y adolescentes embarazadas, víctimas de violencia y el acceso a todos los servicios de salud sexual y reproductiva existentes en el Sistema Nacional de Salud. El embarazo temprano en niñas y adolescentes será considerado de alto riesgo; e) Desarrollar e implementar programas de sensibilización y formación continua sobre derechos humanos de las mujeres con enfoque de género respecto de los derechos sexuales y reproductivos, entre otros, dirigidos a profesionales de la salud y personal administrativo, con el fin de mejorar e impulsar la adecuada atención de las mujeres víctimas de violencia; f) Promover campañas sobre prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes, dirigidas a usuarios y usuarias del Sistema de Salud; g) Diseñar e implementar un sistema de recolección de información sobre casos de violencia contra las mujeres, que actualicen permanentemente Registro Único de Violencia contra las Mujeres; h) Garantizar que la información relativa a mujeres víctimas de violencia sea debidamente ingresada en el Registro Único de Violencia contra las Mujeres; i) Coordinar con la Fiscalía General del Estado el fortalecimiento de todos los procesos periciales en los distintos tipos de violencia y delitos sexuales; j) Asegurar, en la Red pública de salud integral, la atención integral y emergente de salud en situaciones de violencia sexual; k) Garantizar el acceso libre y gratuito, la atención integral, confidencial y sin discriminación a las mujeres con aborto en curso; l) Garantizar el acceso libre y gratuito sin ninguna discriminación a asesoría y métodos de anticoncepción temporales, definitivos, modernos, de calidad, seguros y eficaces;(...)

de material pornográfico a niñas, niños y adolescentes, utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual, entre otros delitos, cuya finalidad es garantizar el empleo del poder punitivo del Estado hacia aquellos que atentan contra la libertad sexual de las personas. (COIP,2014, arts. 164-171)

Además, con respecto a los derechos sexuales, la Corte Constitucional ha desarrollado el alcance de los derechos sexuales de los adolescentes a recibir información y métodos anticonceptivos por parte del Estado, con independencia del deseo de sus padres, en esta sentencia la Corte estableció que el acceso a información es condición necesaria para el ejercicio libre de los derechos sexuales:

(...) los derechos sexuales implican la adopción de decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El abordaje de los derechos sexuales que hace la Constitución permite a esta Corte confirmar la conexión que existe entre el acceso a la información y la consecuente toma de una decisión libre y voluntaria, la misma que permitirá a su vez, enfrentar las consecuencias positivas o negativas que devengan de esas decisiones. Por lo tanto, existe una interdependencia entre la información, libertad, voluntariedad y responsabilidad en el ejercicio de la sexualidad(..) (Sentencia Nro. 003-18-PJO-CC, 2018,20-21)

Además, establece que los derechos sexuales:

(...) tienen como presupuesto básico la libertad de decidir, lo cual implica el derecho de toda persona a ejercer autonomía sobre su cuerpo, a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, y resolver sobre ellas, sin ser coaccionada ni sometida a discriminación o violencia de ninguna clase (...) (Sentencia Nro. 003-18-PJO-CC, 2018,18)

Esta sentencia recalca que los adolescentes tienen derecho a ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, el Estado y la familia deben proveer las herramientas para que los ejerzan de manera libre y responsable. También establece que el Estado llevará a cabo su rol con independencia del deseo de los padres, especialmente cuando estos actúan en contra de los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes.

Cuando hablamos de derechos sexuales y reproductivos, estamos haciendo referencia a una serie de derechos, que implican tanto la actuación positiva del Estado como su abstención. Esto quiere decir que integran un régimen diverso y ese es el régimen que trataremos de explorar en esta sección. Para delimitar sus elementos recurriremos tanto a lo desarrollado por diversos instrumentos internacionales, como al derecho comparado, a la doctrina y a la jurisprudencia.

Por un lado, los derechos sexuales se relacionan de manera íntima con los derechos reproductivos, si bien su relación es estrecha, el reconocimiento de los derechos sexuales implica una serie de garantías dirigidas también a las relaciones sexuales no reproductivas.

De acuerdo a la Corte Constitucional el contenido de los derechos sexuales se encuentra integrado por los siguientes derechos particulares. Cabe aclarar que esta definición ha sido tomada por la Corte del Informe de la Cuarta Conferencia Mundial Sobre la Mujer, celebrada en Beijín y establece que:

(...) Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. (1995,38)

Esta misma Corte, manifiesta que este derecho implica el derecho de las personas a acceder a información y educación sexual:

El abordaje de los derechos sexuales que hace la Constitución permite a esta Corte confirmar la conexión que existe entre el acceso a la información y la consecuente toma de una decisión libre y voluntaria, la misma que, permitirá a su vez, enfrentar las consecuencias positivas o negativas que devengan de esas decisiones. Por lo tanto, existe una interdependencia entre la información, libertad, voluntariedad y responsabilidad en el ejercicio de la sexualidad. (Sentencia Nro. 003-18-PJO-CC, 2018,20)

Para que los derechos sexuales y reproductivos puedan ejercerse de manera libre y voluntaria, es necesario que las personas tomen decisiones relativas a su vida sexual y reproductiva de manera consciente. Esto quiere decir que tengan acceso a información y educación que permita que sus decisiones, sean tomadas en comprensión de los aspectos involucrados.

En concordancia a esto la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Violencia Contra la Mujer, establece en su Art.16 literal e, el derecho de las mujeres a tener acceso a información y educación sobre sus derechos sexuales y reproductivos. En ese sentido, es responsabilidad del Estado brindar a las personas la información y educación para el ejercicio pleno de sus derechos sexuales y reproductivos, y esto implica que la información que las personas reciben debe permitirles llevar una vida sexual sin riesgos de carácter biológico. (CEDAW,1979)

Esto incluye el acceso a información de carácter preventivo, métodos barrera, con el objeto de evitar el contagio de enfermedades de transmisión sexual y su detección temprana lo cual debe incluir el acceso a exámenes periódicos que permitan detectar estas afecciones

y el tratamiento de enfermedades. (Foro del Parlamento Europeo de Población y Desarrollo, 2013)

Además, el ejercicio libre de la sexualidad no puede llevarse a cabo cuando se encuentra normalizada en la sociedad la coerción, manipulación, intimidación u otras formas de violencia de carácter psicológico con el fin de mantener relaciones sexuales. La educación con respecto al ejercicio de una sexualidad libre y responsable es clave para garantizar los derechos sexuales de las personas. (Carrasco & Vidal, 2004)

A su vez, el ejercicio individual de la sexualidad no debe estar coaccionado por el Estado a una determinada orientación sexual, por el contrario, el rol del Estado frente al ejercicio de la sexualidad debe ser el de garantizar que estas relaciones se lleven en un contexto jurídico no discriminatorio. La Corte Constitucional manifiesta:

Por su parte, la voluntariedad a la que se refiere el artículo 66 numeral 9 se relaciona con la facultad de una persona para ordenar su propia conducta. Cuando una persona toma decisiones voluntariamente está dirigiendo su actuar conforme su potestad volitiva, de acuerdo con sus deseos y anhelos. La voluntad es un rasgo de los seres humanos que determina sus acciones, dirigiéndolas intencionalmente hacia la consecución del fin propuesto, libre de violencia o coacción o presión de ninguna clase, incluidas las sociales y culturales. Un acto se considera voluntario cuando se ejerce sin ningún tipo de coacción, pero, además, cuando la persona puede comprender claramente las consecuencias de esa conducta. (Sentencia Nro. 003-18-PJO-CC, 2018,19)

Finalmente, el Estado debe intervenir cuando el libre ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos ha sido violentado, de manera que garantice la correspondiente sanción frente a la violación de estos derechos. Por esta razón, las conductas punibles cuyo bien jurídico protegido es la libertad sexual también coadyuvan a la garantía de los derechos sexuales.

En conclusión, los derechos sexuales involucran una serie de elementos que hacen posible que las personas lleven una vida sexual plena, libre de enfermedades de transmisión sexual y embarazos no deseados. La garantía de estos derechos exige su consecuente articulación por parte del Estado, a través de una serie de políticas dirigidas a la consecución de esta finalidad.

Los derechos reproductivos por su parte se encuentran relacionados con la capacidad reproductiva humana. La Corte Constitucional ha adoptado la definición existente en la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijín, que establece:

(..) la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. (1995,70)

Esto implica, a su vez, una serie de derechos que permitan llevar una vida reproductiva de acuerdo con el plan familiar propio. Para esto también resultan necesarias, garantías que posibiliten el real ejercicio de estos derechos. De acuerdo con la doctrina existen cuatro elementos centrales de los derechos reproductivos:

(...) (1) el derecho a fundar una familia, (2) el derecho a decidir libre y responsablemente sobre el número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos, (3) el derecho a tener acceso a la información y educación sobre planificación familiar, y (4) el derecho a tener acceso a métodos y servicios de planificación familiar. (Sadik, y otros, 2001,48)

Los derechos reproductivos son derechos individuales que tanto hombres como mujeres tenemos, sin embargo, en este trabajo de investigación nos enfocaremos en la repercusión del desarrollo de los derechos reproductivos en la vida de las mujeres, la consecución de su proyecto de vida y su calidad de vida.

Cuando nos referimos a los derechos reproductivos, es importante reparar en el rol exclusivo de la mujer dentro de la reproducción y el cuidado de la primera infancia, de esta manera resulta posible entender que, debido al mismo, los derechos reproductivos resultan particularmente relevantes para la vida de las mujeres.

Entonces, los derechos reproductivos implican, por una parte, el respeto y protección del Estado a las decisiones individuales, así como su garantía, de manera que resulte posible para las mujeres decidir libremente sobre su reproducción. Esto es importante por las implicaciones de carácter social y económico que tomar este tipo de decisiones tiene para las mujeres:

Para las mujeres, la capacidad de elegir si tienen hijos, cuándo y con qué frecuencia, implica la capacidad de definir su propio desarrollo en términos diferentes a los de la maternidad. Facultar a los y las adolescentes a escoger comportamientos sexuales saludables implica darles poder para que realicen elecciones apropiadas en otras áreas del comportamiento y de la toma de decisiones. Para las familias, la capacidad de decidir el número de hijos ofrece una mayor opción sobre el uso de recursos familiares, la educación y el empleo. Para las comunidades, las elecciones individuales pueden traducirse en mayores posibilidades de desarrollo económico y social. (Sadik, y otros, 2001,43-44)

Los derechos reproductivos, en este sentido, exigen por parte del Estado una actuación positiva vinculándolo a emitir normas y políticas que en conjunto posibiliten que las mujeres puedan llevar a cabo:

La toma de decisiones reproductivas, incluyendo la elección de casarse y de determinar el número y el espaciamiento de sus hijos, y el momento de tenerlos, la seguridad sexual y reproductiva, incluyendo el derecho de no padecer violencia ni coacción sexuales, estar informado y tener acceso a métodos de planificación familiar de su propia elección seguros, efectivos, asequibles y aceptables. (Foro del Parlamento Europeo de Población y Desarrollo, 2013,1)

Cuando hablamos de maternidad también hacemos referencia al rol de cuidado que la mujer desempeña en relación con sus hijos, un rol que consiste en una construcción cultural, en virtud de la cual, muchas mujeres son las encargadas de desempeñar casi todas las labores de cuidado para el desarrollo de ellos.

Las mujeres como seres humanos, tienen una serie de metas profesionales, sociales y económicas, en las cuales la maternidad repercute de manera significativa, el Foro Parlamentario Europeo de Población y Desarrollo (2013) ha reiterado que las condiciones económicas de una mujer y su acceso a la educación y cultura son inversamente proporcionales al número de hijos que tiene, esto evidencia las repercusiones de la maternidad en la vida de las mujeres.

Frente a los embarazos no deseados, muchas mujeres optan por interrumpir la gestación. En este sentido se ha pronunciado la Organización Mundial de la Salud, que establece que en el mundo se producen veinte y cinco millones de abortos inseguros cada año. (Organización Mundial de la Salud, 2017). De esta manera, si afirmamos que el derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener, integra el contenido de los derechos reproductivos, es razonable preguntarse si cabe afirmar que los derechos sexuales y reproductivos implican de alguna manera la interrupción voluntaria del embarazo.

En conclusión, en Ecuador los derechos sexuales y reproductivos se encuentran reconocidos en el texto constitucional y son desarrollados en la Ley Orgánica de Salud, el Código Orgánico Integral Penal, la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y mediante jurisprudencia de la Corte Constitucional. A continuación, se analiza si la interrupción voluntaria del embarazo forma parte o no de los derechos sexuales y reproductivos.

2.2 Derechos Sexuales y Reproductivos: Derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo

En esta sección exploraremos, por un lado, la jurisprudencia y legislación de varios países, para comprender la situación en el derecho comparado referente a la interrupción voluntaria del embarazo y su relación con los derechos de las mujeres. Además, analizaremos lo manifestado por los diferentes organismos internacionales de derechos humanos, en interpretación de instrumentos internacionales ratificados por nuestro país.

2.2.1 Derecho Comparado

El estudio del derecho comparado, constituye una herramienta de la investigación jurídica que permite al investigador conocer el derecho interno de otros países, incluyendo lo resuelto por sus cortes, alcanzando una comprensión amplia del tema analizado, al conocer la manera en la que sociedades similares o diversas regulan la temática estudiada. En esta sección analizaremos las normas que regulan la interrupción voluntaria del embarazo en otros Estados y las sentencias con las que varias cortes se han pronunciado sobre el tema.

1. Estados Unidos

En primer lugar, se analiza la sentencia de Estados Unidos, denominada *Roe vs. Wade*, de 1973. En esta sentencia, la Corte Suprema de Estados Unidos establece un sistema de plazos; y, con base en el derecho a la privacidad, garantizado en la catorceava enmienda de la Constitución de Estados Unidos, concluye que, en el derecho de la mujer embarazada a la privacidad, se fundamenta la obligación del Estado de no intervenir en su decisión de interrumpir el embarazo. (*Roe vs. Wade*, 1973)

Este derecho no admite restricciones por parte del Estado durante el primer trimestre del embarazo y parte del segundo; y, a partir de la viabilidad del feto, admite que el Estado intervenga con el objeto de proteger la vida del que está por nacer, limitando el derecho de las mujeres a interrumpir el embarazo:

- a) Para la etapa anterior al final del primer trimestre, la decisión del aborto debe dejarse al criterio del médico que atienda a la mujer embarazada sin intervención del Estado.
- b) Para la etapa posterior al final del primer trimestre, el Estado en promoción de su interés en la salud de la madre, puede si lo desea, regular el procedimiento del aborto de manera

razonablemente relacionada a la salud materna. c) Para la etapa posterior a la viabilidad, el Estado en promoción de su interés en la potencialidad de la vida humana, puede si lo elige, regular e incluso prohibir el aborto, excepto cuando sea necesario a juicio médico para la preservación de la vida o la salud de la madre. (Roe vs. Wade, 1973,165)

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en este caso aborda el aborto como parte del derecho de las mujeres a la intimidad, esto quiere decir que el aborto se encuentra en una esfera en la que el Estado no tiene espacio o facultad alguna para intervenir en las decisiones que las mujeres toman sobre este tema. En esta sentencia, la Corte tiene en consideración las circunstancias alrededor de un embarazo no deseado y cómo puede afectar la vida de las mujeres el obligarlas a llevar un embarazo a término.

Posteriormente en 1992 la Corte Suprema de Estados Unidos dicta la sentencia *Planned Parenthood vs. Casey*, ratificando el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo, pero dejando en manos de la legislatura la imposición de medidas gubernamentales para proteger al que está por nacer durante todo el embarazo, siempre que no impliquen un obstáculo sustancial para la mujer que pretende practicarse un aborto. (*Planned Parenthood vs. Casey*, 1992)

A diferencia de lo establecido en *Roe vs. Wade*, que claramente, limitaba la intervención del Estado, con el objeto de proteger la potencialidad de la vida por nacer al tercer trimestre del embarazo, en esta sentencia la Corte permite la intervención del Estado desde el comienzo del embarazo, siempre que estas medidas no obstruyan el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo.

La Corte manifiesta, por ejemplo, que la obligatoriedad de recibir información científica y acatar el período de espera de un día, antes de consentir que se lleve a cabo la interrupción del embarazo, no constituye una obstrucción al derecho de la mujer a interrumpir el embarazo. Medidas de este tipo podrían ser tomadas por los Estados, si es que pretenden con esto proteger la vida del que está por nacer:

Aunque la mujer tiene derecho a elegir terminar o continuar su embarazo antes de la viabilidad, esto no significa que el Estado tiene prohibido tomar medidas para garantizar que esta elección sea reflexiva e informada. Incluso en las primeras etapas del embarazo el Estado puede promulgar reglas y regulaciones diseñadas para alentar a la mujer a conocer que existen razones filosóficas y sociales de gran peso a favor de llevar el embarazo a término y que existen procedimientos e instituciones para viabilizar la adopción de niños no deseados, así como asistencia estatal si decide criar al niño ella misma.¹⁹ (*Planned Parenthood vs. Casey*, 1992,39)

¹⁹ Traducido de su versión en inglés por la autora.

2. Alemania

Por otro lado, tenemos argumentación del Tribunal Constitucional Federal Alemán. En la sentencia BVerfGE 39,1, de 1975, estableció que, si bien existe un conflicto entre la garantía de la vida del que está por nacer y la protección de la autonomía de la mujer embarazada; la mujer tiene el deber de llevar el embarazo a término y las consecuencias de interrumpirlo deben ser previstas a través del derecho penal. También estableció que hay circunstancias en que esta carga no es exigible, dejando en manos del legislador el establecimiento de estas circunstancias. (M. Dickens, J. Cook, & N. Erdman, 2016).

En este caso, el Tribunal no considera que la interrupción del embarazo sea un derecho de las mujeres, por el contrario, manifiesta que el embarazo y las exigencias que de este devienen, constituyen una carga dada, por la naturaleza, a las mujeres. A pesar de esto el Tribunal ya contempla excepciones, casos en los que no se puede exigir a las mujeres llevar a término el embarazo como por ejemplo, cuando la salud o vida de la mujer se ve amenazada. (M. Dickens, J. Cook, & N. Erdman, 2016).

Posteriormente, en 1990, mediante la sentencia BVerfGE 88, 203, el Tribunal Constitucional Federal Alemán establece que la legislatura no está obligada a proteger la vida del que está por nacer mediante el empleo del derecho penal, sino que su protección, por lo menos durante el primer trimestre del embarazo, se logra solo con la ayuda de la mujer, por lo que el Estado debe obtener su colaboración:

En la práctica, se ha demostrado, que el asesoramiento sobre conflictos durante el embarazo es la única forma de aumentar la tendencia natural y posiblemente moral de la mujer a llevar a término el embarazo. Incluso si las mujeres embarazadas consultaran al centro de asesoramiento con la determinación de interrumpir el embarazo, dicho asesoramiento podría resolver el conflicto, resolver el problema del aborto y, por lo tanto, proporcionar protección de la vida. (BVerfGE 88, 203)

Con este fin, se establece un sistema de consejería. Someterse a la consejería, entonces, exime a la mujer de la pena, si interrumpe el embarazo durante las primeras 12 semanas. Este sistema tiene como objetivo disuadir a las mujeres de interrumpir sus embarazos, planteando soluciones al conflicto que les lleva a considerar el aborto, de manera que al entablar un dialogo con las mujeres, el Estado trata de influir en sus decisiones de una manera menos coercitiva pero teóricamente más efectiva.

En ese sentido, el Tribunal consideró que esta medida cumple con el objeto de persuadir a las mujeres de cumplir con sus obligaciones morales, sin considerarlas un objeto de reproducción sino un sujeto con autonomía. (M. Dickens, J. Cook, & N. Erdman, 2016). Comentando esta decisión, la doctrina afirma que:

En esta visión emergente las ciudadanas son personas que ejercen su autonomía incluso mediante las formas en que asumen sus papeles familiares; ese ejercicio de autonomía otorga suficiente respeto ya que de lo contrario las mujeres serían degradadas en aquellas circunstancias donde la regulación del aborto las tratase como meros objetos o instrumentos para proteger la vida por nacer. (M. Dickens, J. Cook, & N. Erdman, 2016,47).

En cuanto a los países de la región, hay que destacar lo ocurrido en Colombia, México y Uruguay en relación con la situación jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo dentro de país.

3. Colombia

En Colombia, el Art. 42 de su Constitución Política (1991) establece: “(...) La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos (...)” Es decir, que reconoce entre su catálogo de derechos constitucionales el derecho reproductivo a decidir cuántos hijos tener.

A pesar de lo cual hasta el año 2006 Colombia pertenecía al bloque de países de la región que penalizaba el aborto en todos los casos. En este año a través de una acción pública de inconstitucionalidad, se demandó ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de varios artículos de Código Penal, con respecto a la interrupción voluntaria del embarazo.

Esta Corte, en un fallo fuertemente motivado, en varios derechos constitucionalmente previstos —como son la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, a la integridad y a los derechos sexuales y reproductivos— resolvió declarar la inconstitucionalidad de la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en los siguientes casos:

- (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico;
- (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico;
- (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de

inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. (Sentencia Nro. C-355/06, 2006, 210)

Además, señaló de manera enfática, que el legislador puede y debe establecer otras circunstancias en las cuales la interrupción voluntaria del embarazo no constituya delito, cuando la penalización de la conducta sea desproporcionada al restringir de manera absoluta, derechos constitucionales de la mujer gestante. Por ello, afirmó que

(...) acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales este es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública. (Sentencia Nro. C-355/06, 2006,209)

En esta sentencia se desarrolla, además, el contenido de los derechos sexuales y reproductivos, de manera que se reconoce que involucran el derecho a tomar decisiones sobre la reproducción sin discriminación. Establece que es:

(...) deber del Estado proteger a los individuos, especialmente a la mujer de presiones de índole familiar, social o cultural que menoscaben su libre determinación en materia sexual o reproductiva, tal es el matrimonio en edad temprana sin el libre y total consentimiento de cada cónyuge o la circuncisión femenina. Igualmente implica la prohibición de prácticas estatales como la esterilización forzosa o la violencia y el abuso sexual (Sentencia Nro. C-355/06, 2006,186)

Finalmente, destaco el razonamiento jurídico empleado por la Corte Constitucional alrededor de la dignidad humana y su relación con la decisión autónoma de las mujeres sobre su propio cuerpo. Este principio establece que los seres humanos somos un fin en nosotros mismos y nunca un medio para fines ajenos. En ese sentido, los discursos que vacían e invisibilizan los derechos de las mujeres imponen como valor absoluto otro que los anula. De ese modo atentan contra su dignidad porque la instrumentalizan para un fin determinado. De acuerdo a la Corte Constitucional Colombiana:

(...) Una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección. (Sentencia Nro. C-355/06, 2006,198)

En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos integran el ordenamiento jurídico colombiano y constituyen parte de los derechos que la Corte Constitucional

considera que son vulnerados cuando establece un sistema de protección absoluta de la vida por nacer, en detrimento de los derechos de las mujeres gestantes.

La Corte considera que existen circunstancias en las cuales la prohibición del aborto constituye una restricción desproporcionada a los derechos de las mujeres y a su dignidad humana, y por esta razón, prevé de manera ejemplificativa ciertas circunstancias en que debe permitirse la interrupción voluntaria del embarazo y deja en las manos del legislativo el establecimiento de otras circunstancias similares.

4. México

En México, por otro lado, la Constitución Política de los Estados Unidos de México en su Art. 4 garantiza el derecho de toda persona a “decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.” (CPEUM, 1974, art.4)

El 26 de abril del 2007, se publica en la Gaceta Oficial, una reforma realizada al Código Penal para el Distrito Federal y la Ley de Salud para el Distrito Federal, mediante la cual, se define al aborto como una conducta punible, solo a partir de la duodécima semana del embarazo y se castiga a la mujer que adapte su conducta a este tipo penal, con pena privativa de la libertad de 3 a 6 meses o de 100 a 300 días de trabajo comunitario. (Acción de Inconstitucionalidad Nro.146/2007 y 146/2007, 2008) A la persona que hace abortar a la mujer se le impone pena privativa de libertad de uno a tres años. En este sentido, las modificaciones referidas estriban en que la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras doce semanas de gestación no se encuentra penalizada y se atenúa la sanción penal impuesta a la mujer después de este término.

Este mismo año se interpuso por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República, una acción de inconstitucionalidad, ante el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En esta sentencia, el tribunal declara la constitucionalidad de las reformas referidas, y en su fallo desarrolla los siguientes argumentos:

1. Que no existe en el ordenamiento jurídico, constitucional ni en los tratados internacionales de derechos humanos, una norma que obligue al legislador a proteger la vida del que está por nacer a través del poder punitivo del Estado. En este sentido manifiesta:

De este modo, al no encontrar ningún mandato constitucional específico para la penalización de todas estas conductas, no parece existir ninguna razón jurídicamente argumentable que nos indique no hay potestad suficiente para despenalizar aquellas conductas que han dejado de tener, a juicio del Legislador democrático, un reproche social. (Acción de Inconstitucionalidad Nro. 146/2007 y 146/2007, 2008, 180)

2. La vida del que está por nacer es un bien jurídico protegido por el Estado y no un derecho ya que no existe ningún instrumento jurídico internacional que así lo establezca, pero aún si lo fuera, este derecho no sería absoluto:

Lo cierto es que el derecho constitucional a la vida existe con anterioridad a la reforma de que se trata y nuestro sistema constitucional acepta que ese derecho no es absoluto, sino que, como todos los demás derechos, es susceptible de ceder frente a otros pues no puede afirmarse su supremacía a priori, ya que, en todo caso, debe ponderársele al entrar en conflicto. (Acción de Inconstitucionalidad Nro. 146/2007 y 146/2007, 2008, 40)

Según esta sentencia, que la decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo provenga exclusivamente de la mujer gestante no vulnera el principio de igualdad entre hombres y mujeres, porque su decisión autónoma sobre la reproducción se sustenta en su rol biológico único, en relación con la reproducción humana. Biológicamente es la mujer la que lleva el embarazo y como tal, es quien sufre las consecuencias médicas del mismo y, además, en quien recaen totalmente las labores de cuidado, por lo menos durante los primeros meses de vida del neonato, por su dependencia con relación a la lactancia y por su rol social establecido de esta manera:

La continuación del embarazo no deseado tiene consecuencias distintivamente permanentes y profundas para la mujer, con independencia de que cuente con el apoyo de otras personas en su continuación y después en el cuidado y la educación del niño, y es esa afectación asimétrica al plan de vida, lo que establece la base para el trato distinto que el legislador consideró al otorgarle, a ella, la decisión final acerca de si el embarazo debe o no ser interrumpido, y lo que, no hace irrazonable, negar al participante masculino la capacidad para tomar esta decisión. (Acción de Inconstitucionalidad Nro. 146/2007 y 146/2007, 2008, 189)

3. Finalmente, con respecto a la proporcionalidad de la sanción penal establece que el empleo del poder punitivo del Estado, para castigar la interrupción voluntaria del embarazo no es proporcional. Por lo menos con referencia a los supuestos desarrollados en la norma cuya inconstitucionalidad se alega. Es decir, que las reformas analizadas son consistentes con el principio de proporcionalidad de las penas. (Acción de Inconstitucionalidad Nro. 146/2007 y 146/2007, 2008, 189)

En conclusión, en la Ciudad de México, las mujeres pueden llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo durante las 12 primeras semanas de gestación. La constitucionalidad de esta normativa fue analizada por la Corte competente quien la ratificó y estableció que el Estado no se encuentra obligado a penalizar esta conducta para proteger la vida del que está por nacer.

5. Uruguay

En Uruguay, a partir del año 2012, por vía legislativa, se permite la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras 12 semanas de gestación. Esta ley tiene como objeto la garantía de los derechos sexuales y reproductivos:

El Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable, reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana y promueve el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población, de acuerdo a lo establecido en el Capítulo I de la Ley N° 18.426, de 1° de diciembre de 2008. La interrupción voluntaria del embarazo, que se regula en la presente ley, no constituye un instrumento de control de los nacimientos. (Ley Nro.18.987,2012, Art.1)

De acuerdo con esta ley, cuando una mujer quiere interrumpir la gestación debe acercarse a un médico a quien explicará por qué desea interrumpir el embarazo. El médico convocará, para el día siguiente, a un equipo multidisciplinario integrado por un ginecólogo, un psicólogo y un trabajador social, para que asesore a la mujer sobre las posibilidades alternas a la interrupción del embarazo e informe del procedimiento y los riesgos asociados al mismo. (Ley Nro.18.987,2012)

Este equipo debe actuar de manera que brinde a la mujer el apoyo psicológico y social para contribuir a superar las causas que le estén llevando a optar por la interrupción del embarazo, de forma que la mujer pueda tomar una decisión consciente y responsable. Después de esta reunión de asesoría la mujer dispone de un periodo de reflexión mínimo de cinco días, luego de lo cual podrá solicitar que se realice el procedimiento que deberá ser llevado a cabo de manera inmediata por el médico ginecólogo. Independientemente de la decisión por la que opte la mujer, el equipo deberá asesorarla con respecto a los medios adecuados para prevenir embarazos futuros, la forma de acceder a estos métodos y los programas de planificación familiar disponibles. (Ley Nro.18.987,2012)

2.2.2 Organismos Especializados de Derechos Humanos

Hemos desarrollado la manera en que varios países han regulado la interrupción voluntaria del embarazo con medidas alternativas a su penalización, es necesario revisar la manera, en que la interrupción voluntaria del embarazo, se encuentra vinculada con los derechos sexuales y reproductivos dentro del sistema de protección de los derechos humanos.

Con respecto a los derechos sexuales y reproductivos algunos organismos han manifestado cual debería ser su alcance. Por ejemplo, en virtud del respeto a la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité para la Eliminación de Discriminación Contra la Mujer, emitió la opinión general número 19 que establece lo siguiente:

- c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado, mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir la tasa de mortalidad, derivada de la maternidad, mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos;
- m) Los Estados Partes aseguren que se tomen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad. (1992)

En este mismo sentido, se emitió la opinión general número 24 que insta a los Estados parte de la convención, a no emplear medidas coercitivas contra las mujeres, que las lleven a , a recurrir a la práctica de abortos clandestinos que ponen en peligro su vida y salud, cuando deciden interrumpir su embarazo. De esta manera apreciamos que existe más de una recomendación general del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer que establece:

Los Estados Partes también deberían, en particular: c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos. (1999,8)

Este mismo Comité, en una recomendación particular dirigida a nuestro país expresó su preocupación por la tasa de mortalidad materna y el reducido acceso de las mujeres al aborto terapéutico que ocasiona que las mujeres tengan que acudir a la práctica de abortos

en condiciones inseguras. Además, la elevada tasa de embarazos adolescentes y finalmente, la violación de la confidencialidad por parte del personal de salud, que denuncia a las mujeres que han interrumpido su embarazo, llaman la atención del Comité. En este contexto se realiza las siguientes recomendaciones al Estado ecuatoriano:

- b) Respete la obligación de confidencialidad en el sistema de atención de salud y apruebe protocolos y establezca cursos de derechos humanos para quienes prestan servicios de salud respecto de su obligación de respetar la privacidad y confidencialidad de las mujeres que acuden a servicios de salud reproductiva y sexual;
- c) Despenalice el aborto en casos de violación, incesto y malformaciones graves del feto, de conformidad con la recomendación general núm. 24 (1999) del Comité, sobre la mujer y la salud. (2015)

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos, en su Recomendación General número 36²⁰, refiriéndose al derecho a la vida garantizado en el Art.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹, establece que si bien un Estado puede regular la interrupción voluntaria del embarazo, estas medidas no deberían resultar en la violación del derecho a la vida de la mujer embarazada, o de sus otros derechos garantizados por este instrumento. No deben por tanto poner en peligro sus vidas, o causar daño físico o psicológico ni interferir con su privacidad. (2018)

Resalta que los Estados deberían proveer de servicios seguros legales y efectivos de acceso a abortos cuando la vida o salud de la mujer se encuentra en riesgo o cuando este embarazo causare a la mujer potencial sufrimiento, cuando es resultado de una violación o incesto o cuando no es viable el producto del embarazo. En los otros casos, los Estados deben revisar su legislación de manera que se disminuyan las barreras existentes para que las mujeres no sean estigmatizadas por buscar abortos. (2018)

Por su parte el Comité de los Derechos del Niño, en interpretación de la Convención de los Derechos del Niño, en su opinión general número 15 ha establecido que, dada la tasa de mortalidad materna entre adolescentes, los Estados deben garantizar métodos anticonceptivos a los adolescentes, servicios seguros de interrupción del embarazo y cuidados posteriores al aborto. Por esta razón, afirma el Comité:

Los métodos anticonceptivos a corto plazo, como los preservativos, los métodos hormonales y los anticonceptivos de emergencia, deben estar a disposición inmediata de

²¹ **Artículo 6 1.** El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. (...)

los adolescentes sexualmente activos. También deben facilitarse métodos anticonceptivos permanentes y a largo plazo. El Comité recomienda que los Estados garanticen el acceso al aborto en condiciones de seguridad y a servicios posteriores al aborto, independientemente de si el aborto es en sí legal. (2013)

Además, este mismo Comité en la recomendación número 20, insta a los Estados parte, a la despenalización del aborto para asegurar el interés superior de las adolescentes embarazadas:

(...) El Comité insta a los Estados a que despenalicen el aborto para que las niñas puedan, en condiciones seguras, abortar y ser atendidas tras hacerlo, así como a que revisen su legislación para asegurar que se atiende el interés superior de las adolescentes embarazadas y se escuche y se respete siempre su opinión en las decisiones relacionadas con el aborto. (2016)

En este mismo sentido, el Comité contra la Tortura, dentro de las observaciones dirigidas al Ecuador, manifiesta su preocupación por los niveles de violencia sexual que constan en los informes enviados al Comité y recomienda que las mujeres víctimas de violación puedan acceder a servicios de aborto legal y seguro. En tal sentido, afirmó que:

En vista de los altos índices de violencia de género y violencia sexual que se registran en el país (..) preocupan al Comité las restricciones al aborto establecidas en la legislación penal del Estado parte, que sólo permite la interrupción voluntaria del embarazo cuando peligre la vida o la salud de la mujer y ese peligro no pueda ser evitado por otros medios y cuando el embarazo sea consecuencia de la violación de una mujer con una discapacidad mental. El Comité observa con preocupación el serio riesgo que dichas restricciones comportan para la salud de las mujeres víctimas de una violación que deciden abortar, así como las consecuencias penales que pueden derivarse, que incluyen penas de prisión tanto para las mujeres que se someten a abortos como para los médicos que los practican.

El Comité recomienda al Estado parte que vele por que las mujeres víctimas de una violación que voluntariamente decidan interrumpir su embarazo tengan acceso a abortos legales y en condiciones seguras. (2016)

En conclusión, se ha expuesto cómo los diferentes organismos que integran el sistema de protección de derechos humanos, abordan el tema de la interrupción voluntaria del embarazo, y cómo la relacionan con los derechos sexuales y reproductivos, recomendando a los países su despenalización.

2.2.3 Adscripción de la interrupción Voluntaria del Embarazo al Art. 66 numeral 10 de la Constitución.

En esta sección es necesario responder a la interrogante previamente planteada, es decir, que se debe establecer si la interrupción voluntaria del embarazo integra el contenido

de los derechos sexuales y reproductivos, a lo que Bernal (2007) denomina adscribir una norma al contenido del derecho fundamental.

Para responder a esta interrogante, resulta necesario analizar lo que se ha establecido en el contenido de este capítulo. En primer lugar, el Art. 66 numeral 10 de la Constitución, garantiza el derecho a decidir, cuándo y cuántos hijos tener. (CRE,2008) El contenido de este derecho ha sido desarrollado a través de la interpretación autorizada de varios comités especializados de derechos humanos que, en interpretación de las convenciones internacionales ratificadas por Ecuador, han manifestado en sus recomendaciones que los Estados no deben tomar medidas que coaccionen el control de la reproducción para que las mujeres no se vean obligadas a someterse a abortos inseguros. (CEDAW, 1992)

En similares términos se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos que señala que los Estados no deben regular el aborto de manera que expongan a las mujeres a abortos inseguros (2018), el Comité para la Tortura, que insta al Ecuador a despenalizar el aborto en casos de violación (2016) y, el Comité de los Derechos del Niño, que recomienda a los Estados despenalizar el aborto para que las niñas puedan acceder a abortos seguros y atención médica posterior al aborto. (2016)

En estas observaciones también se evidencia una serie de consensos de la comunidad internacional con respecto al alcance de los derechos reproductivos, al vincularlos con la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, recomendado a los Estados no coaccionar las decisiones reproductivas de las niñas y mujeres.

La Constitución ecuatoriana, en su Art. 11 numeral 3²², establece que los derechos y garantías que reconoce y aquellos contenidos en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, son de directa e inmediata aplicación, además, en el Art. 424²³ se desarrolla el principio de prevalencia de los derechos garantizados en Tratados Internacionales de

²² **Art.11** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...)

²³ **Art. 424.-** La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público

Derechos Humanos cuando establezcan derechos más favorables que la Constitución. (CRE, 2008)

El Art. 417²⁴ establece que, en el caso de Instrumentos Internacionales que contengan derechos humanos, estos son de aplicación directa. En este sentido se ha manifestado la Corte Constitucional:

En Ecuador, la distinción que hace la doctrina internacional entre tratados y otros instrumentos internacionales, para efectos del reconocimiento de derechos y desarrollo de su contenido, es irrelevante. Todos los derechos reconocidos en instrumentos internacionales forman parte del sistema jurídico ecuatoriano. (Sentencia Nro.11-18-CN/19, 2019,10)

En conclusión, el contenido del derecho garantizado en el Art. 66 numeral 10 de la Constitución, ha sido desarrollado mediante las recomendaciones emitidas dentro del sistema de protección de derechos humanos y vincula al Ecuador, al integrar el bloque de constitucionalidad.

En segundo lugar, a través del análisis del derecho comparado, se ha observado que los diversos ordenamientos jurídicos analizados, han relacionado la interrupción voluntaria del embarazo con el respeto de los derechos de las mujeres a la autonomía, intimidad, los derechos reproductivos, y al principio de dignidad humana. La Corte Constitucional Colombiana, por ejemplo, ha manifestado:

(...) Una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección. (Sentencia Nro. C-355/06, 2006,198)

Es destacable que los países analizados: México, Estados Unidos, Alemania, Colombia y Uruguay, tienden al empleo de medidas alternativas al uso del poder punitivo con la finalidad de proteger la vida del que está por nacer, estableciendo un diálogo con la mujer embarazada y ofreciéndole información, asistencia social y psicológica entre otros mecanismos, en lugar de la amenaza de la sanción penal.

En conclusión, se verifica un progresivo consenso entre los países analizados que permite afirmar que la garantía de la interrupción voluntaria del embarazo integra el derecho

²⁴ **Art. 417:** Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

reproductivo a decidir cuándo y cuántos hijos e hijas tener, lo que se manifiesta en el derecho internacional comparado a través de la gradual despenalización del aborto en diversas circunstancias y con límites temporales.

Puede afirmarse que esta despenalización tiende al establecimiento de medidas alternativas al empleo del poder punitivo del Estado, para la protección de la vida del que está por nacer, que permiten la consecución de esta finalidad a través de sistemas de consejería o asesoría, dirigidos a las mujeres embarazadas.

Una vez que hemos visto cómo la interrupción voluntaria del embarazo se encuentra relacionada con el derecho reproductivo a decidir cuántos hijos tener y el distanciamiento entre ellos, lo cual ha sido establecido a través del estudio del derecho comparado, además a través del análisis de los instrumentos internacionales de los derechos humanos y sus interpretaciones autorizadas. Es plausible afirmar que la interrupción del embarazo integra este derecho y como tal vincula jurídicamente al Estado.

Por todo lo anterior, se puede concluir jurídicamente que, tanto en la doctrina como los instrumentos internacionales de derechos humanos e inclusive en el derecho comparado, la interrupción voluntaria del embarazo se encuentra adscrita *prima facie* al Art. 66 numeral 10 de la Constitución, que establece el derecho reproductivo a decidir cuántos y cuándo tener hijos e hijas. (CRE, 2008)

Bajo esta argumentación la adscripción *prima facie* de la interrupción voluntaria del embarazo al Art.66 numeral 10 de la Constitución, es una conclusión lógica a la que se llega, al establecer que la interrupción voluntaria del embarazo, en última instancia constituye una prerrogativa necesaria, para que sea posible afirmar que las mujeres tienen derecho a decidir cuántos y cuándo tener hijos.

La adscripción *prima facie* de la interrupción voluntaria del embarazo a este derecho reproductivo, permite analizar mediante el principio de proporcionalidad, la intervención de la ley penal en el derecho fundamental. Su adscripción, con carácter definitivo, dependerá del resultado de la aplicación de este principio, conforme se desarrollará en el capítulo siguiente.

3. Aplicación del Principio de Proporcionalidad: Evaluación del Art.149 del Código Orgánico Integral Penal

En el capítulo precedente se estableció que la interrupción voluntaria del embarazo, integra el contenido del derecho reproductivo a decidir cuándo y cuántos hijos tener, garantizado en el Art.66 numeral 10 de la Constitución. (CRE,2008) En este capítulo evaluaremos a la luz del principio de proporcionalidad, la constitucionalidad de la penalización del aborto consentido, establecida en el Art. 149 del Código Orgánico Integral Penal. (COIP, 2014)

Este principio, conforme se desarrolló en el primer capítulo, contiene tres subprincipios; idoneidad, que permite analizar si la restricción persigue un fin constitucionalmente legítimo y si es conducente para alcanzar esta finalidad; necesidad, que evalúa si existen medidas menos restrictivas que alcancen la misma finalidad; y proporcionalidad en sentido estricto, que permite establecer una relación entre la intervención en un derecho y la satisfacción del fin legítimo, lo que posibilita la elaboración de una regla de prevalencia. (Bernal, 2007)

Siguiendo lo planteado en capítulos anteriores, no toda intervención en un derecho constitucional es *per se* inconstitucional, sino que su constitucionalidad se encuentra supeditada a la proporcionalidad de la intervención. Esto porque toda norma jurídica que pretenda desarrollar un derecho o principio constitucional puede ser una intervención en otro. Sin embargo, los derechos no son absolutos por lo que una intervención proporcional es constitucional. (Bernal, 2007)

Para comenzar, es importante determinar si existe una contraposición del contenido de la norma penal con el contenido de la norma constitucional. En este caso la contraposición es clara. Existe una norma de carácter constitucional, que garantiza el derecho de las personas a decidir cuántos y cuándo tener hijos, y por otro, una norma penal que prohíbe la interrupción voluntaria del embarazo y castiga a quien la lleva a cabo

Es importante destacar que conforme al principio *favor libertatis*, en caso de duda sobre si una ley interviene en un derecho fundamental, debe presumirse que es así. Es decir, que para mejor resguardo de los derechos constitucionales “siempre que no aparezca claro *a priori* si una ley interviene en un derecho fundamental, debe considerarse que es así, para que su constitucionalidad sea examinada”. (Bernal, 2007, 148)

Entendiendo que la interrupción voluntaria del embarazo integra el contenido del derecho reproductivo establecido en el Art. 66 numeral 1 de la Constitución, (CRE,2008) podemos afirmar que existe una contradicción evidente entre el derecho fundamental y la norma de carácter legal. En este sentido, la contradicción se da entre una norma iusfundamental que permite una decisión sobre el número de hijos que se desea tener y, una norma legal que prohíbe un acto que pretende controlar el número de hijos que efectivamente se tiene.

Por esta razón se emplea el principio de proporcionalidad, a través de sus tres subprincipios con el objetivo de determinar si la norma que interviene en el derecho subjetivo, constituye una restricción legítima o si, por el contrario, se trata de una intervención desproporcionada y por tanto implica que debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

3.1 Subprincipio de Idoneidad

Este subprincipio analiza que la medida persiga una finalidad legítima y que sea idónea para alcanzarla. En este sentido se evalúa si la norma jurídica que impone pena de privación de libertad a las mujeres que interrumpen voluntariamente su embarazo se encuentra justificada por un fin constitucionalmente legítimo.

3.1.1 Fin Constitucionalmente Legítimo

Para que esta restricción se encuentre sustentada en un fin legítimo, este debe estar amparado en un principio constitucional o convencionalmente garantizado. En este caso la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo, es un delito cuyo bien jurídico protegido es la vida del concebido que pretende ser garantizada a través del empleo del derecho penal.

La Constitución establece la protección a la vida del que está por nacer como una obligación del Estado en el Art. 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 (...)” (CRE,2008)

Además, la protección jurídica de la vida desde la concepción se encuentra establecida en el sistema internacional de derechos humanos. Como consta en el Art. 6 del

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁵ (1966) y el Art.6 de la Convención Sobre los Derechos del Niño²⁶ (1990). En el sistema interamericano, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en el Art. 4 establece la obligación de los Estados de garantizar el cuidado y protección de la vida, en general, desde la concepción.²⁷

Es claro que el legislador al establecer como delito la interrupción voluntaria del embarazo, quería brindar protección a la vida del concebido. Una finalidad que, como queda visto, es constitucionalmente legítima. Por tanto, la norma penal cumple con el primer criterio a evaluarse dentro del subprincipio de idoneidad.

Sin embargo, es necesario resaltar que no existe en la legislación penal una excusa legal absoluta para el caso de malformaciones graves del feto. Las malformaciones como la anencefalia, exencefalia, entre otras, hacen imposible el desarrollo de una persona viable, es decir, que sea capaz de vivir fuera del útero de la madre, una vez separada de ella. (Organización Mundial de la Salud, 2019) En estos casos no puede afirmarse que la penalización de la interrupción de este tipo de embarazo tiene como finalidad la protección de la vida del que está por nacer. Dada la incompatibilidad de este tipo de concebidos con la vida fuera del útero, la protección jurídica debe repensarse.

Fuera de estos casos, no obstante, es posible concluir que la protección de la vida del que está por nacer es un fin constitucionalmente legítimo, que se encuentra amparado en nuestra Constitución (CRE,2008). Se debe evaluar ahora si la penalización del aborto constituye una medida idónea para protegerla.

3.1.2 Idoneidad de la Medida

Para que una medida sea idónea es necesario que el medio empleado por el legislador, es decir, la medida legislativa, permita proteger el fin constitucionalmente legítimo. (Bernal, 2007) En este caso, implicaría que la idoneidad de la prohibición del aborto, bajo amenaza de pena privativa de libertad, es un medio idóneo si contribuye a la protección de la vida del que está por nacer.

²⁵ **Artículo 6 .1.** El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente

²⁶ **Artículo 6.1.** Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

²⁷ **Artículo 4.-** Derecho a la Vida. 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. (...)

Corresponde analizar la idoneidad del empleo del derecho penal como medio para proteger la vida del que está por nacer. En principio parece que la respuesta a esta interrogante es positiva, en virtud de la prevención general que constituye una de las finalidades del derecho penal²⁸. Sin embargo, estamos ante una norma ineficaz al menos por dos razones. La primera, por el ámbito privado en que se practica el aborto. La segunda, es porque llevar a término un embarazo no deseado tiene graves consecuencias para la vida de las mujeres, que van más allá del embarazo en sí y que no se resuelven, no se mitigan, ni se enfrentan a través del derecho penal, por lo que no resulta efectivo el empleo del derecho penal para desincentivar la ejecución de la conducta.

Es preciso entender por qué esta norma ha resultado tantas veces ineficaz. Estudios han demostrado que el aborto sucede generalmente con el acuerdo de todos los involucrados y sin que el Estado tenga conocimiento de ello. (Varea, 2018) El aborto solo llega a conocimiento del Estado en dos circunstancias. La primera, se da cuando el personal médico que atiende las complicaciones derivadas de los procedimientos de aborto — emergencias obstétricas— denuncia sin respetar el secreto profesional. (Varea, 2018) Esta práctica ocurre con alguna frecuencia en Ecuador, como informa la organización Surkuna, que denuncia la existencia de varios casos en los cuales las mujeres con complicaciones por abortos son interrogadas por personal médico y de la Fiscalía, incluso antes de ser atendidas en el sistema de salud pública. (2019). En segundo lugar, cuando la mujer realiza la interrupción del embarazo en contra de la voluntad de su pareja o su familia, en cuyo caso puede ser denunciada por esta persona o sus familiares. En cualquier otro caso, cuando el aborto se lleva a cabo durante los primeros meses de la gestación, es poco probable que llegue a conocimiento de personas allegadas a las mujeres y mucho menos a conocimiento del Estado. (Varea, 2018).

Esta apreciación ha sido compartida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Este alto Tribunal toma en consideración el hecho de que solo a medida que el embarazo comienza a desarrollarse —y manifestarse de manera externa— la idoneidad de la prohibición adquiere mayor eficacia. De esta manera, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha indicado que:

²⁸ **Art. 52.-** Finalidad de la pena.- Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima.

En su fase inicial, el embarazo a menudo es conocido solo por la madre quien otorga al feto su protección en todos los aspectos, pues depende de ella para su existencia. El estado se enfrenta a la tarea de proteger vidas de las cuales no sabe nada. Esto hace comprensible porqué la experiencia con todas las regulaciones penales anteriores no es muy alentadora. (BVerfGE 88, 183).

La segunda razón de la ineficacia es que llevar a término el embarazo produce severas consecuencias para la vida de una mujer. Esto estimula a que muchas de ellas tomen el riesgo de pasar por alto la ilicitud de la conducta, para evitar las graves consecuencias que tendría el embarazo no deseado en su vida. Mientras otras normas penales se limitan a prohibir conductas que vulneran los derechos de otros, la prohibición del aborto obliga a las mujeres a concluir el embarazo con todo lo que eso implica a nivel de salud, personal, económico, laboral y a encargarse del cuidado posterior de un niño. Es decir, que la norma impone a las mujeres el cumplimiento de obligaciones positivas muy exigentes relacionadas con la intimidad y con la crianza de los hijos. (Cook, Erdman, & Dickens, 2016,115).

Ferrajolli (2018) afirma que:

La norma que sanciona como delito la interrupción voluntaria del embarazo es la única norma penal que no se limita a una proscripción, es decir, a la prohibición de una conducta, sino que impone una larga y gravosa serie de obligaciones: la obligación de convertirse en madre contra la propia voluntad y por lo tanto de sufrir no solo el embarazo y el parto, sino una verdadera alteración de la vida, desde la obligación de criar y mantener un hijo hasta la renuncia a proyectos de vida distintos, de estudio y de trabajo.

Por esta razón las mujeres al tomar una decisión relacionada a la interrupción voluntaria del embarazo, no ven solamente la obligación de no interrumpir la gestación, sino que para ellas se materializa una serie de obligaciones relacionadas con su proyecto de vida. Por lo anterior, rara vez la amenaza de sanción penal lleva a las mujeres a abstenerse de esta conducta. Por el contrario, las obliga a someterse a procedimientos clandestinos y peligrosos que ponen en riesgo su salud y vida. (Varea, 2018)

De esta forma se concluye que la eficacia de la penalización del aborto es considerablemente limitada. Es decir, que la idoneidad de la medida se ve afectada por la naturaleza de la conducta, las condiciones de hecho en las que se lleva a cabo y por la capacidad limitada del Estado de conocer lo que sucede en la esfera privada de la vida de las mujeres.

A pesar de lo manifestado, de acuerdo a lo establecido por Bernal, (2007) el estándar del subprincipio de idoneidad, no exige que la norma tenga un grado significativo de eficacia.

Tampoco que efectivamente el grado de prevención general del cometimiento de las conductas se vea afectado significativamente o de manera inmediata por la existencia de la norma. El principio de idoneidad exige solamente un nivel mínimo de relación lógica entre el medio para la protección del bien jurídico y su efectiva protección. La prohibición de la conducta bajo amenaza de sanción penal, a pesar de sus falencias, parece cumplir este estándar realmente bajo.

Por esta razón, pese a lo limitada que es la eficacia de la norma que penaliza el aborto, la sanción penal por interrumpir voluntariamente el embarazo es idónea para garantizar la protección constitucional de la vida del que está por nacer. En otras palabras, existe una implicación lógica que permite asegurar que la norma (fin inmediato) es conducente para alcanzar la protección del principio (fin mediato).

3.2 Subprincipio de Necesidad

El subprincipio de necesidad exige la evaluación de medidas alternativas a la fijada por el legislador. De forma que se pueda establecer si existe una medida por lo menos igual de idónea que la legislativa, pero que intervenga de manera menos intensa en el derecho fundamental. (Bernal, 2007) En esta sección se plantea el análisis de dos medidas alternativas que podrían cumplir estas características. En primer lugar, una política pública que garantice la optimización de los derechos sociales de las mujeres y niños. En segundo lugar, el empleo de un sistema de consejería persuasiva que acompañe la decisión de las mujeres, estimulándolas a proteger la vida del que está por nacer. La evaluación de estas medidas permitirá concluir si existen medidas alternativas que intervengan menos en el derecho subjetivo.

Hay que tener en cuenta que el derecho penal interviene en los derechos reproductivos de las mujeres más de lo que podría hacerlo el Estado con el empleo de cualquier otro medio a su alcance. Esta medida constituye el máximo empleo de la represión en contra de las decisiones de las mujeres sobre sus derechos reproductivos. (Ferrajoli, 1999). El empleo del derecho penal debe realizarse cuando no existen medidas alternativas que el legislador pueda usar para alcanzar el mismo cometido, su uso debe ser justificado por el legislador y no debe asumirse que es necesario *prima facie*. (Cook, Erdman, & Dickens, 2016)

En Ecuador, el principio de mínima intervención penal se encuentra garantizado en la Constitución y desarrollado en el Código Orgánico Integral Penal, en los siguientes términos:

Art.3- Principio de mínima intervención. - La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas y constituye el último recurso, cuando no son suficientes mecanismos extrapenales. (COIP, 2014)

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el derecho penal es un instrumento de *última ratio*, que debe emplearse cuando todas las otras herramientas del Estado han fracasado. No debe presumirse la necesidad del empleo del derecho penal, sino por el contrario esta debe probarse. Por esta razón, dentro de este subprincipio se buscan medidas alternativas, a la sanción penal, que protejan, por lo menos, en la misma medida, la vida del que está por nacer, pero que intervengan menos en el derecho reproductivo de las mujeres a decidir cuándo y cuántos hijos tener.

Con respecto a la primera medida, el desarrollo de una política pública dirigida a la optimización de los derechos sociales, la Constitución establece una serie de derechos y garantías específicos, dirigidos a las mujeres embarazadas y a los niños, niñas y adolescentes, a quienes considera grupos de atención prioritaria, esto implica que además de los derechos comunes a todos los individuos, estas personas tienen derechos particulares que deben ser atendidos de manera prioritaria debido a su situación de vulnerabilidad.

Con respecto a las mujeres embarazadas se establece en el Art. 43 de la Constitución,²⁹ la garantía de no discriminación en el ámbito laboral, el derecho a servicios de salud materna gratuitos, que incluyen el cuidado de su salud integral y vida durante el embarazo, parto y posparto. Con respecto a los niños, niñas y adolescentes, el Art. 46 de la Constitución³⁰ garantiza una serie de derechos específicos, que incluyen la educación, nutrición y atención de su salud, que se encuentran a cargo del Estado. (CRE,2008)

²⁹ **Art. 43.-** El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral. 2. La gratuidad de los servicios de salud materna. 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto. 4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.

³⁰ **Art. 46.-** El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: 1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos. 2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud

Es necesario entender la importancia de estos derechos en disuadir a las mujeres de la interrupción voluntaria del embarazo. Desde una perspectiva androcéntrica se discute únicamente la vida potencial de un futuro ser humano en abstracto, sin comprender la perspectiva femenina. Se pasa por alto el efecto del embarazo en la vida misma de la mujer: la afectación de su proyecto de vida y los riesgos para su salud psicológica (en especial en los casos de embarazos producto de una violación), como si estos temas no debieran ocupar lugar en la discusión.

En el análisis de medidas menos restrictivas, el peso que tienen los derechos sociales que se reconocen a la mujer embarazada y a los niños, es importante porque:

Para los hombres, el problema del aborto es un problema abstracto, de protección a una vida abstracta porque los hombres, nunca tendrán que enfrentar el aborto desde su propio cuerpo. Para las mujeres en cambio, el problema del aborto es un problema concreto que millones de mujeres han debido enfrentar no solo en un plano intelectual sino en su propio cuerpo. Para ellas, es un problema ético práctico entre la vida en abstracto y la calidad de vida en concreto de dos seres: el de la madre y de la vida en potencia que está en su vientre (y tal vez hasta de las(os) demás hijas (os)). (Facio, 2009,189-190)

La calidad de vida de la mujer y la calidad de vida que ofrezca al que está por nacer, son cuestiones claves alrededor de la interrupción voluntaria del embarazo. Ambas permiten abordar soluciones alternativas a la privación de libertad y entender cómo pueden ser más eficaces en promover que las mujeres lleven el embarazo a término. Debe recordarse que la vida del concebido no es independiente, sino que depende absolutamente de su madre. Por esta razón, la protección del Estado dirigida a las mujeres embarazadas implica protección a la vida del concebido.

La garantía de los derechos de las mujeres embarazadas, como mecanismo para reducir al máximo la necesidad de las mujeres de recurrir al aborto e incentivarlas a proteger

o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral. 3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad. 4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones. Las acciones y las penas por delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niñas, niños y adolescentes serán imprescriptibles 5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo. 6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias. 7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos. 8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad. 9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.

la vida del que está por nacer, constituye una herramienta precisa para alcanzar la finalidad que se pretende. En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que la protección del derecho a la vida del que está por nacer, garantizado en el Art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos,³¹ se optimiza a través de la protección a la mujer embarazada:

(...) se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer (...) (Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica, 2012,69)

Se plantea como medida alternativa, una política pública que tenga por objetivos garantizar a las mujeres acceso a educación sexual, métodos anticonceptivos, detección del embarazo, acceso al sistema de salud, estabilidad laboral; y, para sus hijos: salud, nutrición y educación durante los primeros años de vida. Esta política prevendría los embarazos no deseados y brindaría las condiciones sociales adecuadas para estimular que las mujeres lleven el embarazo a término cuando sea su voluntad.

En primer lugar, esta política debe garantizar el acceso de las mujeres a la información científica que les permita luego el acceso a métodos anticonceptivos³² y la prevención de embarazos no deseados, conforme lo establece el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer³³(1999). En segundo lugar, de acuerdo con el Comité Contra la Tortura (2016), tomar medidas para la reducción de la violencia sexual para disminuir la cantidad de embarazos no deseados producto de agresiones contra mujeres.³⁴ En tercer lugar, un sistema ágil de salud, que permita la detección temprana de embarazos, atención médica durante el embarazo, parto y posparto. En cuarto lugar, la garantía de que el sistema educativo no margine a las mujeres embarazadas, sino que, como grupo de

³¹ **Art. 4.1.** 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.

³² **Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas: 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener

³³ Opinión 24: Los Estados Partes también deberían, en particular: c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual (...)

³⁴ En vista de los altos índices de violencia de género y violencia sexual que se registran en el país (..) preocupan al Comité las restricciones al aborto establecidas en la legislación penal del Estado parte, que sólo permite la interrupción voluntaria del embarazo cuando peligre la vida o la salud de la mujer y ese peligro no pueda ser evitado por otros medios y cuando el embarazo sea consecuencia de la violación de una mujer con una discapacidad mental. El Comité observa con preocupación el serio riesgo que dichas restricciones comportan para la salud de las mujeres víctimas de una violación que deciden abortar, así como las consecuencias penales que pueden derivarse, que incluyen penas de prisión tanto para las mujeres que se someten a abortos como para los médicos que los practican.

atención prioritaria, les brinde todas las facilidades a su alcance para que continúen con sus estudios.³⁵ En quinto lugar, la promoción de los derechos laborales de las mujeres embarazadas y el cumplimiento eficaz de las medidas dictadas por los jueces. Finalmente, la optimización de los derechos particulares de los niños, niñas y adolescentes en materia de salud, nutrición y educación. Solo de esta forma se generará un clima social en que las mujeres se vean estimuladas a llevar a término el embarazo, con la seguridad de que sus hijos podrán, sobrevivir, crecer y desarrollarse en un medio digno que les brinde oportunidades.

Esta alternativa a la penalización del aborto potencia los derechos de las mujeres, constituye un incentivo para prevenir embarazos no deseados y estimula a las mujeres a integrar la maternidad a su proyecto de vida. De tal forma que se crean condiciones necesarias para que las mujeres decidan llevar el embarazo a término.

La segunda alternativa que abordaremos, se trata del sistema de consejería que ha sido implementado en varios países alrededor del mundo. Este sistema pretende la protección de la vida del que está por nacer a través de un trabajo conjunto con la mujer embarazada. Consiste en el remplazo del empleo del poder punitivo, por un mecanismo de carácter persuasivo, una consejería especializada, mediante la cual se asesora a las mujeres en las alternativas que existen a la interrupción del embarazo, informándoles de su obligación de proteger la vida del que está por nacer, de sus derechos específicos y los de sus hijos.

La consejería contrasta con el empleo del derecho penal que construye un muro entre las mujeres y el Estado y que corta toda posibilidad de comunicación, ocasionando que las mujeres actúen en clandestinidad y arriesguen su vida. El uso de medidas alternativas significa la apertura de un canal de comunicación para que el Estado logre promover la protección de la vida intrauterina por parte de las mujeres gestantes.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, estableció en su sentencia (BVerfGE 88, 203), que durante el primer trimestre del embarazo, la norma penal no es necesaria para lograr que las mujeres no interrumpan la gestación. Por esta razón implementó un sistema de consejería persuasiva partiendo de que la manera más eficaz para proteger la

³⁵ Actualmente como lo muestran las cifras de La Encuesta Nacional de Salud y Nutrición del año 2017, citada por El Telégrafo refleja que 6.487 adolescentes abandonaron sus estudios por un embarazo prematuro. (2018)

vida por nacer —durante el primer trimestre— es trabajar en conjunto con las mujeres embarazadas. Manifestó que:

La consejería sirve para proteger la vida a través de consejos y ayuda para la mujer embarazada, reconociendo el alto valor de la vida prenatal y la responsabilidad personal de la mujer. La asesoría debe ayudar a manejar las situaciones de emergencia y conflicto asociadas con el embarazo. Debería permitir a la mujer embarazada tomar una decisión responsable y concienzuda por su cuenta. La tarea de la consulta es la información médica, social y jurídica integral de las mujeres embarazadas. El asesoramiento incluirá la presentación de los derechos legales de la madre y el niño y la posible asistencia práctica, en particular aquellos que faciliten la continuación del embarazo y la situación de la madre y el niño. La asesoría también ayuda a prevenir futuros embarazos no deseados (1990,73)

Existen otros países que han adoptado este sistema, como Italia, o Uruguay que permite la interrupción del embarazo solo cuando la mujer ha sido asesorada por un equipo multidisciplinario, integrado por un psicólogo, un trabajador social y un médico. Estos profesionales escuchan la situación e informan sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, el procedimiento y los riesgos asociados al mismo. (Ley Nro.18.987,2012) En Italia, la ley 194, que regula la interrupción voluntaria del embarazo, establece con respecto a los consultores familiares lo siguiente:

Asistirán a la mujer en estado de gravidez: a) Informándola sobre los derechos que le corresponden en base a la legislación estatal y regional, y sobre los servicios sociales, sanitarios y asistenciales concretamente ofrecidos por las estructuras que operan en el territorio. b) Informándola sobre los medios apropiados para obtener el respeto a las normas de la legislación laboral que tutelan a quienes están gestando (...). d) Contribuyendo a superar las causas que podrían inducir a, la mujer a interrumpir el embarazo. (1978, art.2)

En estos países se piensa que ante la naturaleza de la conducta, la mejor estrategia del Estado para proteger la vida por nacer, por lo menos durante el primer trimestre del embarazo, es un trabajo articulado y conjunto con las mujeres gestantes. Estas medidas en conjunto, en remplazo del empleo del sistema punitivo, significan ya una intervención mucho menos violenta en la libertad reproductiva de las mujeres, otorgándoles un tiempo prudente para tomar una decisión con un contexto favorable, diseñado para estimular que la decisión de la mujer gestante sea proteger la vida por nacer.

Podemos afirmar que las dos propuestas exploradas, se encuentran en conformidad al principio de derecho penal mínimo, empleado como última razón del Estado y que estas intervienen de manera mucho menos significativa en el derecho reproductivo de las mujeres, garantizado en el Art. 66 numeral 10 de la Constitución (CRE,2008). Estas medidas pretenden proteger la vida del que está por nacer, mediante un trabajo articulado de

prevención de los embarazos no deseados y estímulos dirigidos a la mujer embarazada, optimizando la garantía de sus derechos específicos y los de sus hijos, brindándole información y apoyo por parte del Estado.

Además, responden a la naturaleza de la conducta y garantizan por lo menos la misma idoneidad que la sanción penal, durante el primer trimestre del embarazo, cuando la eficacia del derecho penal es reducida. A medida que la idoneidad del empleo del derecho penal aumenta, es posible que las medidas alternativas ya no garanticen por lo menos la misma idoneidad que la medida legislativa y por lo tanto, se torne necesario, el empleo del derecho penal para la protección de la vida intrauterina.

De acuerdo al test de proporcionalidad, cuando una medida no es necesaria, tampoco puede ser proporcional y por esta razón si una medida no supera uno de los subprincipios del test, entonces el análisis encuentra su final en este punto. (Bernal, 2007) Sin embargo, dado que durante los dos últimos trimestres del embarazo, no es claro que la medida supere el principio de necesidad, procederemos a analizar la proporcionalidad en sentido estricto.

3.3 Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto implica evaluar la proporcionalidad de la intervención en el derecho subjetivo, en relación con la satisfacción del principio constitucional que la medida legislativa pretende garantizar. (Alexy, 2008) Para superar este principio, la medida legislativa debe satisfacer el principio constitucional, en igual o mayor medida que en la que interviene en el derecho fundamental, si esto es así, se considera que la medida legislativa es proporcionada y por tanto constitucional, caso contrario se concluye su inconstitucionalidad. (Bernal, 2007)

Es importante tener en consideración que, en nuestro modelo constitucional, todos los derechos subjetivos tienen el mismo valor abstracto, por lo cual esta variable no se tiene en cuenta para evaluar la proporcionalidad en sentido estricto: “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.” (CRE, 2008) El análisis de este subprincipio exige su desarrollo en tres pasos, primero es necesario evaluar el grado de intervención de la medida legislativa en el derecho subjetivo; en segundo lugar, se evalúa el grado de satisfacción del principio contrario; y finalmente, se pondera

concluyendo si la intervención en el derecho subjetivo está justificada por la satisfacción del principio contrario.

Para realizar esta evaluación es necesario considerar el carácter progresivo que requiere la protección de la vida del que está por nacer. De acuerdo a lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se debe considerar:

(...) que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. (Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica, 2012,83)

Siendo así las cosas, la evaluación de esta sección se matiza dividiendo el embarazo en tres trimestres de acuerdo a lo esbozado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la sentencia *Roe vs Wade* (1973) la Corte Constitucional Federal de Alemania, en la sentencia *BVerfGE 88, 203* (1993) y lo establecido en la legislación de Italia en la Ley 194 (1978, art.2) entre otras cortes y legislaturas que han matizado la normativa aplicable a la protección de la vida del que está por nacer, en un sistema trimestral.

Aplicaremos el principio de proporcionalidad en sentido estricto, siguiendo la propuesta metodológica plantada por Robert Alexy. Para hacerlo se evaluará, en primer lugar, el grado de intervención en el Art. 66 numeral 10 de la Constitución, en segundo lugar, el grado de satisfacción de la protección de la vida del que está por nacer y finalmente, ponderaremos para establecer una regla de precedencia. (Alexy, 2019,9)

3.3.1 Grado de Intervención en el Art.66 numeral 10 de la Constitución

Para comenzar es necesario evaluar el grado de intervención de la norma penal que prohíbe el aborto en el derecho de las mujeres a decidir cuándo y cuántos hijos tener. Para hacerlo seguiremos tanto los criterios provistos por Bernal (2007) , referentes al principio de dignidad humana y la escala triádica diseñada por Alexy (2008) para graduar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental.

Para entender cómo interviene la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo en este derecho, es necesario preguntarnos ¿existe el derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener, cuando las mujeres no pueden optar por interrumpir el embarazo? Es claro que cuando existe un embarazo producto de una violación, prohibir la interrupción del

embarazo es igual a negar completamente a las mujeres el control sobre su reproducción. Las mujeres que resultan embarazadas luego de un acto violento no pudieron decidir libremente sobre su sexualidad y mucho menos sobre la reproducción, tal como lo garantiza la Constitución. (CRE,2008,art.66.10) Cuando se les prohíbe interrumpir un embarazo de este tipo, resulta claro que la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo, constituye una anulación de este derecho reproductivo. Esta afirmación puede extenderse a otros embarazos no deseados. Las mujeres tienen derecho al ejercicio de su sexualidad con fines no reproductivos (CRE,2008,art.66.9) y por esto cuando el Estado falla en darles los mecanismos para que puedan ejercer sus derechos sexuales y se penaliza el aborto, no se puede afirmar que las mujeres han podido decidir libremente sobre su reproducción.

Para cuantificar la intervención en el derecho subjetivo debemos tener en cuenta su vínculo con el principio de dignidad humana. Con relación a este principio, existe un dilema muy similar al planteado previamente. Cuando una mujer queda embarazada producto de una violación y es obligada a llevar ese embarazo a término, contra su voluntad, la carga impuesta por el Estado a esta mujer que ha sido víctima y que ahora es revictimizada, atenta contra su dignidad. Para las mujeres que han sido víctimas de violencia sexual llevar a término el embarazo, contra su voluntad, implica que se las está pensando como un medio para satisfacer fines del Estado.

El obligar a la mujer a llevar a término cualquier embarazo contra su voluntad, aunque este no sea producto de una violación, es también pensarla como un medio para cumplir fines ajenos. Sean estos los fines del Estado, de proteger la vida del que está por nacer, o los de su pareja, bajo amenaza de recibir una pena.

La Corte Constitucional colombiana ya ha indicado que prohibir el aborto a una mujer que ha sufrido una violación, interfiere con el principio de dignidad humana. (Sentencia Nro. C-355/06, 2006) Según un sector de la doctrina, lo mismo ocurre en los otros casos en que las mujeres son obligadas a llevar el embarazo a término. Según Luigi Ferrajoli, el derecho a interrumpir el embarazo en cualquier caso, es parte de la libertad personal. Por lo que la decisión de penalizarlo justificada en fines estatales, afecta la dignidad de la mujer:

(...) cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento – aunque sea de procreación– para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de

cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación – la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar a un hijo- en contraste con todos los principios liberales del derecho penal (...) en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es solo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola a control penal. (Ferrajoli, 1999,86)

Con estos elementos podemos afirmar, que la intervención que realiza la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo bajo amenaza de sanción penal en el derecho a decidir cuántos y cuándo tener hijos, es grave por las dos razones manifestadas previamente. Primero, porque afecta de tal manera al derecho subjetivo que lo vuelve irreconocible. Esto implica que sin la prerrogativa de la interrupción voluntaria del embarazo, no es posible que las mujeres ejerzan el derecho fundamental sobre su reproducción. En segundo lugar, porque esta norma interviene en el principio de dignidad humana al considerar que la mujer es un medio para la reproducción humana y no un fin en sí misma.

3.3.2 Grado de Satisfacción de la Protección de la Vida Intrauterina

La norma penal (COIP, 2014, art. 149) busca dar el máximo grado de satisfacción a la vida intrauterina. De manera que prohíbe la interrupción del embarazo y prevé únicamente dos excepciones que son: el caso del aborto terapéutico y el caso del aborto del embarazo de una mujer con discapacidad mental que sufrió una agresión sexual. En todos los demás casos, busca satisfacer al máximo la protección encomendada por la Constitución.

Para evaluar el grado de satisfacción de la protección constitucional a la vida intrauterina, utilizaremos como guía argumentativa el siguiente principio establecido:

Una intervención en un derecho fundamental es desproporcionada, si no se justificase por qué su omisión fuera una intervención al menos tan intensa en la realización de otro principio (o del mismo principio en otro respecto o en atención a otra persona) (Alexy, 2019)

Es decir que como mecanismo argumentativo planteamos la siguiente pregunta: ¿En qué grado se vería afectada la protección de la vida del que está por nacer si no existiera la norma penal que pretende su protección? Como hemos manifestado previamente, la protección de la vida intrauterina, involucra una serie de factores determinantes relacionados con la garantía de derechos específicos dirigidos a la mujer gestante.

Podría pensarse que la inexistencia de una norma penal significa que existirá completa desprotección del bien jurídico, protección de la vida intrauterina. Sin embargo,

esa visión es propia del populismo penal que considera que la norma penal es la mejor herramienta para regular la conducta humana generando resultados populares. Lo cierto es que la mayoría de las veces los resultados son ineficaces y esta estrategia ha sido fuertemente criticada en la doctrina penal. (Ferrajoli, 1999)

Al analizar el principio de idoneidad detallamos las falencias de la norma penal para proteger el bien jurídico en cuestión. Lo anterior permitió llegar a la conclusión de que existen razones para cuestionar la idoneidad del empleo del derecho penal para la protección del bien jurídico que se pretende tutelar.

En este sentido, la satisfacción de la protección a la vida intrauterina, no depende exclusivamente de la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo, sino que en realidad se encuentra vinculada con una multiplicidad de factores. Estos interrelacionan con garantías dirigidas al cuidado y protección de los derechos constitucionales específicos de las mujeres embarazadas. (Corte IDH, Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica, 2012)

Por esto es razonable concluir que la afectación a la protección de la vida intrauterina, producto de la ausencia de la norma penal que pretende protegerla, no es total. Por el contrario, se trata de una afectación parcial que puede ser sustituida por medidas de carácter positivo por parte del Estado.

El Estado podría adoptar y reforzar las medidas que protegen tanto los derechos de las mujeres embarazadas como los destinados a los niños, que han sido desarrollados previamente o implementar un sistema de consejería persuasiva. Lo que implicaría que ante la supresión de esta norma jurídica, la protección de la vida intrauterina no desaparecería, sino que su protección podría redireccionarse a medidas de carácter no punitivo.

En consonancia con lo manifestado, si bien la importancia de la protección de la vida intrauterina es progresiva, ya que la penalización de la conducta no constituye por sí misma garantía real de su protección, por tanto, su omisión no genera completa desprotección del bien jurídico. En ese sentido, el grado de satisfacción de la protección a este bien jurídico resulta solamente leve, por lo menos durante el primer trimestre del embarazo.

Una vez que el embarazo se va desarrollando, la importancia de la protección de la vida intrauterina se vuelve mayor y la eficacia de la medida aumenta, protegiendo de manera cada vez más significativa la vida intrauterina. Por lo anterior, se torna en una protección media durante el segundo trimestre y fuerte durante el último trimestre.

3.3.3 Aplicación de la Ley de Ponderación

Finalmente, es necesario aplicar la ley de ponderación, para elaborar una regla de prevalencia, concluyendo así la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Debemos tener en cuenta que “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2008,30)

Para realizar esta evaluación, en primer lugar, es necesario recalcar que el peso abstracto de los principios en juego es el mismo de acuerdo a lo manifestado en nuestra Constitución y por lo tanto durante la ponderación es necesario descartar esta variable. En segundo lugar, con respecto al peso concreto tanto de la protección de la vida intrauterina como del derecho reproductivo a decidir cuántos y cuándo tener hijos, se ha concluido lo siguiente:

1. Por un lado, la satisfacción de la protección de la vida intrauterina mediante el empleo de la norma jurídica de carácter penal, aumenta gradualmente a medida que aumenta el embarazo.

Durante el primer trimestre del embarazo, la satisfacción de la protección de la vida del concebido a través de la norma penal es cuestionable fácticamente y puede ser optimizada si se reemplaza por medidas alternas, que cumplan la función de garantizar la protección a la vida. Por esta razón en su ausencia, la vida no pierde su protección jurídica. Lo que ocurre es que al potenciar las medidas alternativas se puede alcanzar igual o mayor grado de satisfacción del que se obtiene mediante la norma penal.

Por estas razones la satisfacción de la protección del derecho a la vida durante este trimestre, es leve. A partir del segundo trimestre del embarazo, el aumento de la eficacia de la norma penal, trae consigo una mayor protección a la vida intrauterina, esto hace que la norma penal satisfaga, en un grado mayor, el principio constitucional protección de la vida que está por nacer, por lo que puede catalogarse la satisfacción en un grado medio. Y durante el tercer trimestre la satisfacción de la protección de la vida intrauterina, alcanza un alto grado.

2. La intervención de la norma penal en el derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener.

La relación de la medida de carácter penal con la afectación al derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener, vacía la libertad reproductiva, reduciéndola a un enunciado sin real contenido. Además socava el principio de dignidad porque convierte a la mujer en un medio para el cumplimiento de los fines del Estado, obligándola a realizar varias acciones altamente exigentes, como llevar a término un embarazo y encargarse de las labores de cuidado, es decir, la obliga al desempeño del rol materno.

Estos dos factores nos llevan a concluir que el derecho garantizado en el Art.66 numeral 10 de la Constitución (CRE,2008) se ve intervenido o afectado por la norma legislativa de manera altamente significativa. A esto debemos adicionar que la intervención en la salud de la mujer, su autonomía, su libertad y su dignidad genera una intervención grave de una serie de derechos.

El resultado de la aplicación de este tercer subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, debe concluir en una ley de prevalencia. En este orden de ideas, la norma de prevalencia puede construirse de manera diferente en el primer trimestre del embarazo, que en los dos siguientes trimestres. Durante el primer trimestre del embarazo prevalecerá el derecho de las mujeres a decidir cuántos hijos tener y el espaciamiento entre ellos. Por esta razón la protección de la vida por nacer estará garantizada por una serie de medidas que pretenden inclinar la decisión de la mujer gestante hacia la protección de la vida, a través de las garantías de carácter social, médicas, educativas y laborales otorgadas a ella y al que está por nacer.

Durante los dos trimestres restantes estas garantías podrían estar acompañadas de la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo, con el objeto de maximizar la protección de la vida intrauterina. La aplicación del principio de proporcionalidad da como resultado una modulación de la norma legal, ya que se establece su constitucionalidad, solamente para el segundo y tercer trimestre del embarazo. Mientras que, con referencia al primer trimestre del embarazo, se concluye la inconstitucionalidad de la norma penal, estableciéndose la prevalencia del derecho garantizado en el Art.66 numeral 10 de la Constitución. (CRE,2008)

En conclusión, en este capítulo se realizó la aplicación del principio de proporcionalidad, a través de sus tres subprincipios. En primer lugar, de la aplicación del subprincipio de idoneidad, se pudo concluir que el Art. 149 del Código Orgánico Integral

Penal, (COIP,2014) es idóneo en cuanto persigue un fin legítimo y es conducente para alcanzar este fin. Sin embargo, se destacó elementos que explican su reducida eficacia como son: la imposibilidad de que el Estado conozca de la ejecución de la conducta por su carácter privado y las circunstancias específicas de la mujer que influyen en su decisión de interrumpir el embarazo

En segundo lugar, mediante la aplicación del subprincipio de necesidad se pudo concluir que existen medidas alternativas. Por ejemplo, la potenciación de los derechos de las mujeres embarazadas y los niños y niñas a través del establecimiento de una política pública y el empleo de un sistema de consejería persuasiva, que pueden ser igual de idóneos e intervienen menos en el derecho reproductivo garantizado en el Art.66 numeral 10 de la Constitución, por lo menos durante el primer trimestre del embarazo.

En tercer lugar, mediante la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se establece una intervención grave en el derecho subjetivo por parte de la norma legislativa. Esto lleva a la concreción de una regla de prevalencia en la cual, durante el primer trimestre del embarazo prevalece el derecho de las mujeres a decidir cuándo y cuántos hijos tener y durante los dos trimestres restantes, prevalece la protección de la vida intrauterina a través del empleo del derecho penal.

Conclusiones y Recomendación

En este trabajo de investigación se ha analizado el origen, la evolución del control de constitucionalidad de las normas jurídicas y finalmente su implementación en nuestro ordenamiento jurídico. Este ejercicio ha permitido concluir que en nuestro país, la Corte Constitucional es el órgano en el que se ha centralizado el control abstracto y concreto de constitucionalidad de las normas jurídicas con carácter legislativo.

En segundo lugar, se ha desarrollado el control de constitucionalidad de las normas jurídicas a través del principio de proporcionalidad. Autores como Carlos Bernal Pulido y Robert Alexy, han estructurado un sistema coherente que permite evaluar la proporcionalidad de las normas que restringen principios constitucionales. Este principio ha sido empleado alrededor del mundo por varias cortes y en Ecuador, por nuestra Corte Constitucional, además, se encuentra establecido como un método de interpretación constitucional en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

(LOFJCC,2009). Por estas razones su empleo en este trabajo de investigación, resulta acertado y permite realizar la evaluación pretendida.

En tercer lugar, en este trabajo de investigación se ha desarrollado el contenido doctrinario de los derechos sexuales y reproductivos, además se ha definido su alcance de acuerdo a derecho comparado y al derecho internacional de los derechos humanos. En el derecho comparado se pueden evidenciar consensos sobre la progresiva despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo y la protección de la vida intrauterina mediante medidas no coercitivas. Esto ocurre en países como Alemania, (BVerfGE 88, 203,1992) Uruguay, (Ley Nro.18.987,2012) Estados Unidos, (Roe vs, Wade, 1973) e Italia. (Ley 194,1978). Mientras que en el derecho internacional de los derechos humanos, a través de los organismos especializados, se ha instado a despenalizar el aborto para garantizar que las mujeres puedan abortar en condiciones seguras. Así lo ha recomendado Comité de Derechos Humanos, (2018) el Comité contra la Tortura, (2016) el Comité de los Derechos del Niño, (2016) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. (1999). Lo analizado, permitió concluir que la interrupción voluntaria del embarazo forma parte *prima facie* del contenido del derecho reproductivo a decidir cuántos y cuándo tener hijas e hijos, garantizado en el Art. 66 numeral 10 de la Constitución.

Finalmente, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, se pudo establecer que el paulatino crecimiento del que está por nacer debe ser correspondiente con una progresiva protección jurídica. Con esos antecedentes, se concluyó que la medida contenida en el Art.149 del Código Orgánico Integral Penal es desproporcionada durante el primer trimestre del embarazo porque puede ser reemplazada con medidas alternativas que pueden resultar igual o más eficaces. Mientras que durante el segundo y tercer trimestre del embarazo, se concluyó la constitucionalidad de la medida.(COIP, 2014)

De manera que se plantea una alternativa al empleo del poder punitivo, por lo menos durante el primer trimestre del embarazo. En este periodo se pretende articular la protección de la vida intrauterina a través de un trabajo en la garantía y promoción de los derechos de la mujer embarazada y de los niños, en conjunto con el desarrollo de un sistema de consejería que asesore a las mujeres embarazadas promoviendo la protección de la vida del que está por nacer.

El empleo de esta medida alternativa durante el primer trimestre del embarazo, permite armonizar los derechos establecidos en la Constitución. Garantiza, por un lado, la protección de la vida intrauterina y, por otro, disminuye significativamente el grado de intervención de la norma penal en el derecho reproductivo de las mujeres a decidir cuántos y cuándo tener hijos (art. 66.10 CRE, 2008).

Referencias

- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Integral Penal (SN) (10 de febrero de 2014). RO.180. Recuperado de <https://www.fielweb.com/Index.aspx?156Rabf6ik655#app/buscador>
- Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Salud [67de 2006] (14 de diciembre de 2006) RO.353. Recuperado de <https://www.fielweb.com/Index.aspx?156Rabf6ik655#app/buscador>
- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico de Salud [Proyecto de Ley] Recuperado de <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>
- Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres [052a de 2018] (3 de octubre de 2018) RO.569. Recuperado de <https://www.fielweb.com/Index.aspx?156Rabf6ik655#app/buscador>
- Asamblea Nacional del Ecuador Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [SN] (10 de septiembre del 2009) RO.52 Recuperado de <https://www.fielweb.com/Index.aspx?156Rabf6ik655>
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2^{da} Edición Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso . En M. Carbonel (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 13-31). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Alexy, R. (26 de 07 de 2019). *Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad* Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Álvarez, E., & Tur, R. (2015). *Derecho Constitucional*. Barcelona, España: TECNOS.
- Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de 11 de 2012).
- Ávila, R. (2009). Del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr43.pdf>

Ávila, R. (2012). *Los derechos y sus garantías*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional.

Bernal, C. (2007). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. 3ª Edición. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Carrasco, Marina, Vidal, Francisco (2004) *Mujeres chilenas viviendo con VIH/SIDA. ¿Derechos sexuales y reproductivos?: un estudio de correlaciones en ocho regiones del país*. Quito, Ecuador: FLACSO

Cook, R., Erdman, J., & Dickens, B. (2016). *El aborto en el derecho transnacional*. México: Fondo de Cultura Económica.

Comité Contra La Tortura. (28 de 11 de 2016). Recuperado el 27 de 10 de 2019, de Naciones Unidas: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/004/19/PDF/G1700419.pdf?OpenElement>

Comité para la Eliminación de Discriminación Contra la Mujer Opinión General Número 19

(1992) Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_S.pdf

Comité para la Eliminación de Discriminación Contra la Mujer Opinión General Número 24

(1999) Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4738_S.pdf

Comité para la Eliminación de Discriminación Contra la Mujer Opinión Dirigida al Ecuador

(2015) Recuperado de <https://acnudh.org/comite-para-la-eliminacion-de-todas-las-formas-de-discriminacion-contr-la-mujer-cedaw-ecuador-2015/>

Comité de Derechos Humanos Opinión General Número 36 (2018) Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_SP.pdf

Comité de Derechos Humanos Opinión General Número 20 (2016) Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f20&Lang=en

Comité Contra la Tortura Observación Dirigida al Ecuador (2016) Recuperado de <https://acnudh.org/comite-contr-la-tortura-cat-ecuador-2017/>

Comité de los Derechos del Niño Opinión General Número 15 (2013) Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f15&Lang=en

Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. (1994). Recuperado de https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf

Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer. (1979) Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/CEDAW_C_ECU_CO_8-9_Add-1_19535_S.pdf

Constitución de la República del Ecuador [Const], (2008). Recuperado de <https://www.fielweb.com/Index.aspx?156Rabf6ik655>

Constitución Política de la República del Ecuador [Const.]. (1998) [derogada] Recuperado de <https://www.fielweb.com/Index.aspx?156Rabf6ik655>

Constitución Política de Colombia (1991). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1974). Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf

Convención Sobre Los Derechos del Niño (1990) Recuperado de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Corte Constitucional de Colombia (10 de mayo de 2006) Sentencia Nro. C-355/2006, Sentencia Nro. C-355/2006.

Corte Constitucional (30 de noviembre de 2016) Sentencia Nro.023-16-SIN-CC, Caso Nro.0054-09-IN [MP, Tatiana Ordeñana]RO. 787.

Corte Constitucional (8 de julio de 2019) Sentencia Nro.11-18-CN/19, Caso Nro. 11-18-CN.[MP, Ramiro Ávila] RO.96.

Corte Constitucional (27 de diciembre de 2013) Sentencia No. 102-13-SEP-CC , Caso No. 0380-10-EP.[MP, Alfredo Ruiz Guzmán]. Gaceta Judicial No 5.

Corte Constitucional (2 de abril de 2009) Sentencia Nro. . 002-09-SAN -CC, Caso Nro. 0005-08-AN.

- Corte Constitucional (18 de julio de 2018) Sentencia Nro. 003-18-PJO-CC, Caso Nro.0775-11-JP[MP, Pamela Martinez Loayza] RO.56.
- Corte Constitucional (19 de junio de 2015) Sentencia Nro. 155-15-SEP-CC, Caso Nro. 1212-12-EP [MP, Fabián Jaramillo] RO. 526.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (6 de agosto de 2008) Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=298
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de noviembre de 2012) Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Corte Suprema de los Estados Unidos (1973) Roe vs. Wade Recuperado de <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>
- Corte Suprema de los Estados Unidos (29 de junio de 1992) Planned Parenthood vs. Casey https://web.stanford.edu/~mrosenfe/more_cases/Planned_Parenthood_v_Casey_US_SC_1992.pdf
- Correa, S., & Petchesky, R. (16 de 02 de 2019). Obtenido de <http://acad.colmex.mx/sites/default/files/pdf/S%20Correa%20y%20R%20Petchesky.pdf>
- Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995) Recuperado de http://www.unesco.org/education/pdf/BEIJIN_S.PDF
- Diez de Velasco, M. (2013). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.
- Dora, G. (2014). *Manual para la Elaboración de Tesis y otros Trabajos de Investigación Jurídica*. México D.F.
- Dowrkin, R. (2012). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- El Telégrafo. (21 de 06 de 2018). Recuperado el 24 de 07 de 2019, de El Telégrafo: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/embarazo-causa-abandono-escolar-ecuador>
- El Universo. (17 de 05 de 2018). *El Universo*. Recuperado el 24 de 07 de 2019, de <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/05/17/nota/6764079/412-hogares-ecuador-cuenta-internet-fijo>

Facio, A. (2009). Metodología para el Análisis de Género del Fenómeno Legal . En M. d. Humanos, *El género en el Derecho Ensayos Críticos* (págs. 181-224). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Facio, A. (09 de 04 de 2019). *Tribunal Electoral México*. Obtenido de <https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/562cc59475f0864.pdf>

Ferrajoli, L. (1999). *La ley del más debil*. Madrid, España: Trotta.

Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*. Madrid, España: Editorial Trotta S.A.

Ferrajoli, L. (23 de 08 de 2018). *Entrevista al profesor Luigi Ferrajoli sobre la cuestión del aborto*. (L. Pastor, Entrevistador) Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/entrevista-al-profesor-luigi-ferrajoli-sobre-la-cuestion-del-aborto/+7201>

Foro del Parlamento Europeo de Población y Desarrollo (2013) *Salud y derechos sexuales y reproductivos: la clave para alcanzar la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres*. Recuperado de: https://www.ippf.org/sites/default/files/ippf_2020_gender_2015_spa_web.pdf

Foro Red de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos. (2006). *Derechos Sexuales y Reproductivos*. Santiago.

Grijalva, A. (2011). *Constitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Corte Constitucional.

Hurtado, J. (2012). La Evolución del Sistema Frances como Modelo del Control de Constitucionalidad de las Leyes. *Revista de Derecho UNED*, 711-730.

Kelsen, H. (2002) *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: ANAYA S.A.

Lofler, E. (2019). *Poder Judicial Argentina*. Recuperado de <http://www.justierradelfuego.gov.ar/wordpress/wp-content/uploads/2014/12/JOHN-MARSHALL-Padre-del-control-de-constitucionalidad.pdf>

- Lopera, G. (2008). Principio de Proporcionalidad y Control Constitucional de las Leyes Penales. En *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional* (págs. 269-306). Quito: Ministeriod de Justicia Derechos Humanos y Cultos.
- M. Dickens, B., J. Cook, R., y N. Erdman, J.(eds.) (2016). *El Aborto en el Derecho Transnacional* . Ciudad de México: Fondo de Cultura Económico.
- Naciones Unidas. (5-13 de 09 de 1994). Recuperado de https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf
- Naciones Unidas. (21 de 08 de 2019). Recuperado de https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8-b&chapter=4&clang=_en
- OMS Uruguay. (19 de 04 de 2019). Recuperado el 25 de 07 de 2019, de https://www.paho.org/uru/index.php?option=com_content&view=article&id=198:uruguay-tiene-tasa-mortalidad-materna-mas-baja-america-latina&Itemid=227
- Organización Mundial de la Salud. (28 de 09 de 2017). *En todo el mundo se producen aproximadamente 25 millones de abortos peligrosos al año*. Obtenido de <https://www.who.int/es/news-room/detail/28-09-2017-worldwide-an-estimated-25-million-unsafe-abortions-occur-each-year>
- Organización Mundial de la Salud. (26 de 06 de 2019). Recuperado el 24 de 07 de 2019, de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets-detail./preventing-unsafe-abortion>
- Oyarte, R. (Ed.) (2016). *Derecho Constitucional*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996) Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Parlamento de la República de Italia. Reglas para la protección social de la maternidad y la interrupción voluntaria de embarazo. [Ley 194] (22 de 05 de 1978).Recuperado de: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_845_allegato.pdf
- Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995) Recuperado de https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf?la=es&vs=755
- Pueblo, D. d. (23 de 11 de 2018). *Defensoría del Pueblo*. Obtenido de <http://www.dpe.gob.ec/pronunciamiento-de-la-defensoria-del-pueblo-del-ecuador->

en-el-marco-del-dia-internacional-de-la-eliminacion-de-la-violencia-contra-las-mujeres/

Reiner, A., Martínez, I., y Zúñiga, F. (2012). El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, volumen (10) [65-116].

Salgado, H. (2019). La Justicia Constitucional en Ecuador Recuperado de <https://www.google.com/search?q=Dialnet-Ecuador-1976253.pdf&oq=Dialnet-Ecuador-1976253.pdf&aqs=chrome..69i57j94j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

Sadik, N., Petchesky, R., Turmen, T., Shalev, C., Miller, A., Shepard, B. y Sándor, J. (2001). *Derechos Sexuales y Reproductivos Aportes y Dialogos Contemporaneos*. Lima, Perú: Centro de la Mujer Flora Tristán.

Sampieri, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. México DF: Mc Graw Hill.

Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. [Ley Nro. 18.987]. (2012). Recuperado de <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp8416037.htm>

Surkuna. (19 de 02 de 2019). *Este 19 de Febrero se Presenta un Informe Sobre Salud Sexual en Ginebra*. Obtenido de <https://surkuna.org/sitio/este-19-de-febrero-se-presenta-un-informe-sobre-salud-sexual-en-ginebra/>

Suprema Corte de Justicia de la Nación (28 de agosto de 2008) Ciudad de México Acción de Inconstitucionalidad, 146/2007 y 147/2007 Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3350/5.pdf>.

Tribunal Constitucional Federal Alemán (1975) Sentencia Nro. BVerfGE 39 Recuperado de <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>.

Tribunal Constitucional Federal Alemán. (28 de 05 de 1993). BVerfGE 88, 203 Recuperado el 2019 de 07 de 24, de www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html

Varea, M. S. (2018). *El Aborto en Ecuador: sentimientos y ensamblajes*. Quito, Ecuador: FLACSO.

Vidal, C. (2005). El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 427-447.

Vidal, F y Donoso, C (eds.) (2002) *Cuerpo y Sexualidad*. Santiago, Chile: FLACSO

Villanueva, R. (2011). Protección Constitucional de los Derechos Sexuales y Reproductivos. *Revista IIDH*, 393-450.

Yatama vs. Nicaragua (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de 06 de 2005).

Zaffaroni, E. (2009). El discurso feminista y el poder punitivo. En M. d. Humanos, *El género en el derecho* (págs. 321-333). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.

Zaragocin, S., Cevallos, M. R., Falanga, G., Arrazola, Í., Ruales, G., Vera, M., & Yépez, A. (2018). Mapeando la criminalización del aborto en el Ecuador. *Bioética y Derecho*.