



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**“El Juicio de Ponderación Constitucional en la Sentencia No.
34-19-IN/21 y acumulados de la Corte Constitucional del
Ecuador”**

Autora:

Salhua Karime Sper Intriago

Director:

Dr. Sebastián López Hidalgo PhD.

Cuenca – Ecuador

2023

DEDICATORIA

A mis padres, por su amor, esfuerzo y apoyo incondicional, no solo en mis estudios, sino en la vida.

A mis hermanos por ser mis mejores maestros de vida.

A mis abuelas, por ser quienes cada día me inspiran a ser mejor.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por permitirme culminar mi carrera
universitaria.

A mis padres, por ser un pilar fundamental en mi
vida.

A Elenita y Santiago, quienes fueron mis
segundos padres y guías en mi vida universitaria.

A mi tutor de tesis Sebastián López Hidalgo,
por su paciencia y enseñanza en este
arduo camino.

RESUMEN

El presente trabajo, tiene como objetivo analizar la Sentencia No. 34-19-IN Y acumulados de la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, despenalizando el aborto por violación dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. El referido fallo judicial es analizado desde la teoría del juicio de ponderación constitucional, como mecanismo argumental de resolución de antinomias constitucionales provenientes de la colisión de derechos fundamentales, además de efectuar una crítica frente al test de proporcionalidad. Finalmente, se establece un análisis estadístico acerca de los índices de violencia sexual hacia las niñas, adolescentes y mujeres adultas del Ecuador, demostrando que el fallo de la Corte Constitucional es acertado, en razón de que se adecúa a las necesidades de la comunidad social ecuatoriana.

Palabras clave: aborto, violación, ponderación, proporcionalidad, constitucionalidad.

Atentamente,



Ph. D. Sebastián López Hidalgo
DIRECTOR DE TESIS

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the Judgment No. 34-19-IN Y accumulated of the Constitutional Court, by which the unconstitutionality of article 150 numeral 2 of the Comprehensive Criminal Organic Code was declared, decriminalizing abortion for rape within the Ecuadorian legal system. The aforementioned judicial ruling was analyzed from the theory of the constitutional weighting trial, as an argumentative mechanism for the resolution of constitutional contradictions arising from the collision of fundamental rights. Finally, a statistical analysis was established about the rates of sexual violence against girls, adolescents and adult women in Ecuador, demonstrating that the ruling of the Constitutional Court is correct, because it is adapted to the needs of the Ecuadorian social community.

Key words: violation, abortion, weighing, constitutionality

Translated by

Salhua Sper



CONTENIDO

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO.....	III
RESUMEN	IV
ABSTRACT	V
CAPÍTULO 1: ABORTO EN EL ECUADOR.	1
1.1. Breve historia del aborto.	1
1.2 Definición de aborto.....	4
1.3 Historia y regulación legal del aborto en el Ecuador.	6
1.4 El aborto en el derecho comparado.	12
CAPÍTULO 2: EL JUICIO DE PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL CÓMO MÉTODO ARGUMENTAL DE INTERPRETACIÓN	18
2.1 Definición de juicio constitucional de ponderación.	18
2.2 La ponderación y el juicio de proporcionalidad.	23
2.3 Estructura del juicio de ponderación constitucional.....	30
2.4 Críticas al juicio de ponderación constitucional.....	39
2.5. Consideraciones realizadas por la Corte Constitucional Ecuatoriana en sentencias respecto del juicio de ponderación constitucional.....	43
CAPÍTULO 3: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS.	47
3.1. Antecedentes del caso y contexto social.	47
3.2. Análisis constitucional de la sentencia No y acumulados a la luz del juicio de ponderación constitucional.....	50
3.3. Críticas y reflexiones respecto del juicio de ponderación en el caso y acumulados de la Corte Constitucional.....	59
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	63
Referencias bibliográficas.....	66

CAPÍTULO 1: ABORTO EN EL ECUADOR.

1.1. Breve historia del aborto.

Entendiendo al aborto como la interrupción del embarazo (Ministerio de Salud Pública, 2015), esta práctica es tan antigua como la misma humanidad, siendo objeto de estudio en todas las épocas y bajo criterios diferentes.

Así, Tabares Loza y Quishpe Gaibor (2019), realizan un análisis sobre la historia del aborto en la antigua Grecia, indicando que, en esa época, se consideraba que el embrión no tenía alma. Los autores citan a *La República* de Platón, quien señalaba que únicamente debía de recurrirse a un aborto cuando el producto de la concepción sea por incesto o cuando los padres fueran personas de la tercera edad. Del mismo modo, los autores señalan que Aristóteles y otros pensadores de la época, recomendaban esta práctica como una solución para disminuir el número de miembros en una familia. Esto permite inferir que, en la antigua Grecia se tenía ya un camino recorrido frente a la construcción de un concepto de aborto.

Según Aguirre (1976), la represión del aborto comienza en Roma, debido a que los métodos empleados ponían en riesgo la salud de las mujeres que se sometían a este procedimiento. La criminalización del aborto ha ido desde la autonomía absoluta de la mujer gestante, quien decide si continua o no con el embarazo, hasta el pensamiento cristiano, que coloca al aborto provocado al nivel de un homicidio. El cristianismo se asentó muy riguroso, doscientos años después de Cristo, decretándose severas medidas contra las mujeres que se sometían a este procedimiento, entre ellas, la pena de muerte, el castigo corporal y el destierro.

Según Mayo (2002), de acuerdo con el pensamiento católico “el alma es la que brinda a un ente u organismo la categoría de ser humano”. Santo Tomas de Aquino, siendo el principal defensor de la vida, estableció el criterio de la animación y el alma,

sosteniendo que: “el espíritu era la forma sustancial del alma, mientras que el cuerpo era el resultado de la unión del alma con la materia” (Zimmernman M., 1977. P.6). Desde el comienzo del cristianismo, se observó una hostilidad restringida hacia el aborto, esto debido a una postura de que se daba muerte a un inocente; también porque la mujer no era quien para privar de descendencia a su esposo.

En conformidad a Zimmernman (1977), en 1533 el Papa Sixto V proclama que todos los abortos son delitos, que se castigarían con la excomunión; en Francia con Enrique II se reforzó el castigo a las mujeres que se realizaban esta práctica, dictando una ordenanza en la que se castigaba con pena de muerte a quien abortara voluntariamente. Mayo (2002) comenta que, el Pontífice Gregorio XIV adopta el criterio de la animación y el alma, seguido, el Papa Pío IX elimina la diferencia entre el aborto durante el primer trimestre de desarrollo y el que se realiza después, estableciendo como castigo inmediato la excomunión para toda mujer que abortara facultativamente.

En 1930, Pío XI precisa que la vida de una mujer y del embrión son igual de importantes, por lo que nadie puede disponer de ellas. Pío XII apoyó este argumento reconociendo la rigidez de la iglesia respecto a este tema del niño/a que está por nacer. Pablo VI en 1968 confirma este mismo concepto, y Juan XXIII reforzó este mismo precepto promulgando que toda vida es sagrada.

En el siglo XX aparece en términos contemporáneos, la doctrina eugenésica y la doctrina feminista, siendo la primera aquella que prevé aspectos patológicos severos en el embrión, y la segunda corresponde a que la mujer tiene autonomía absoluta sobre su cuerpo, siendo la única que decide si quiere o no tener hijos. (Mayo, 2002). Respecto a este tema, el actual Papa de Roma, Francisco I durante un dialogo con periodistas manifestó que “El aborto es un homicidio” (Vatican News, 2021, s.p), siendo el

catolicismo una de las religiones más rígidas en lo que se refiere a la interrupción voluntaria del embarazo.

El 24 de junio de 2022, la Corte Suprema de los Estados Unidos anuló el fallo de Roe vs. Wade de 1973, en el que se encontraba positivizado el derecho que permitía a las mujeres embarazadas elegir libremente el aborto como medio para interrumpir su embarazo. Esta sentencia ha sido utilizada por grupos autoproclamados "pro-aborto" en un esfuerzo por expandir un entorno en el que el aborto no solo es legal, sino también un derecho de la mujer.

Por lo que, el reciente fallo declara que el aborto ya no es más un derecho constitucional, restaurando la libertad de varios Estados para prohibirlo. Esta sentencia dio paso a tres posiciones: en primer lugar, están los que se oponen rotundamente al aborto (Pro-vida); en segundo lugar, tenemos a los que establecen que debe de ser practicado cuando la mujer gestante lo desee (criterio liberal); y por último los que dicen que esta práctica únicamente debía de emplearse en situaciones muy específicas, cuando la madre corra un riesgo inminente o cuando el embarazo es fruto de una violación o incesto. (Observatorio de Bioética U. C. V., 2022)

El movimiento Pro-vida, cuenta con el respaldo de la Iglesia Católica y de otros grupos religiosos, sus seguidores establecen cuatro principios:

- Todas las personas, incluido el feto, reciben de Dios el don de la vida.
- Los seres humanos no tienen derecho a quitarle la vida a otro ser humano.
- La vida humana comienza desde la concepción.
- El aborto, en cualquier fase de la gestación que se encuentre, equivale a quitar la vida a otro ser inocente. (Mayo A., 2002, p.8).

El criterio liberal establece que el Estado no tiene derecho a restringir la libertad de elección de la mujer embarazada, estableciendo cuatro argumentos

- Ninguna mujer debe ser obligada a ser madre.
- No hay que dar a luz a hijos no deseados.
- La causa del estricto sentido de las leyes regulares del aborto es por la arrogancia masculina.
- La mujer tiene absoluto derecho, control y libertad de su sexualidad, y por consiguiente de elegir cuándo desea reproducirse. (Mayo A., 2002, p.9).

Las consecuencias psicológicas, éticas y jurídicas del aborto provocado, no recaen únicamente en la persona que lo practica, sino también de la sociedad en la que se desarrolla y del lugar que en ella ocupa la mujer. Por lo que, Sandoval et. al. (2019) comentan que, el aborto sigue siendo una de las principales causas de muerte materna.

Se puede concluir que el aborto, es quizás el método más antiguo y controvertido de regulación de la fertilidad. Ningún otro procedimiento ha sido debatido tan acaloradamente, generado tantas controversias emocionales y morales y recibido tanta atención pública constante a lo largo del tiempo

1.2 Definición de aborto.

La palabra aborto proviene del término latín *abortus*, del prefijo *ab* que significa privación, y de *ortus* que significa nacimiento, por lo tanto, etimológicamente significa privado de nacer. El aborto es la interrupción del embarazo en cualquiera de sus diferentes fases. La OMS precisa al aborto como:

La terminación del embarazo posterior a la implantación del huevo fecundado en la cavidad endometrial, antes de que el feto logre la viabilidad, menor de 22 semanas de edad gestacional, con un peso fetal menor de 500 gramos y una longitud céfalo-caudal < 25 cm. (Ministerio de Salud Pública, 2015).

La Real Academia Española (2020) establece que la interrupción del embarazo se puede dar por causas naturales o provocadas. Pacora-Portella (2014) define al aborto, desde el punto de vista médico, como la terminación prematura, interrupción o deterioro del desarrollo fetal que interfiere con el proceso fisiológico del embarazo, que puede ser: inducido o espontáneo, continuado de la extracción del producto de la concepción por vía vaginal, resultando de un embarazo intrauterino o ectópico.

La doctrina también expresa que el aborto “equivale a mal parto, parto anticipado, nacimiento anticipado, nacimiento antes de tiempo” (Cabanellas, 1979, p.56). A su vez, Llerena (2014) precisa que, la interrupción del embarazo se justifica cuando es inducido y se lo efectúa por razones de salud, es justificable porque pone en peligro la salud de la madre, enfermedades congénitas o hereditarias y defectos del desarrollo del feto. La interrupción del embarazo es legal en algunos países del mundo cuando tiene como objetivo proteger a la madre o al feto.

Por otro lado, Besio (2016) afirma que, el aborto selectivo es la interrupción voluntaria del embarazo, ya que la madre o sus familiares deciden ponerle fin a un embarazo. Las causas de la interrupción voluntaria del embarazo varían mucho, pudiendo deberse a accidente o violación, estado civil o circunstancias económicas de la pareja. En estos casos, los problemas no son problemas médicos graves, en cuyo caso se promueven reglas y objetivos para definir cuándo una mujer puede abortar voluntariamente.

En lo pertinente a este apartado, se ha revisado varios autores, que, dentro de sus investigaciones, analizan aspectos históricos y sociales acerca de las definiciones de aborto en diferentes épocas y lugares. De la lectura de los autores se puede concluir en términos generales que la definición de aborto es la interrupción del embarazo. Esta es la definición con la que se va a presentar los argumentos en la investigación que sigue.

1.3 Historia y regulación legal del aborto en el Ecuador.

En nuestro país se han promulgado en total cinco Códigos Penales, los mismos que han ido cambiando con el paso del tiempo, excluyendo e introduciendo tipos penales de acuerdo con el juicio de la época, observando diferentes textos legales extranjeros. Un claro ejemplo de esto es el caso del primer Código Penal del Ecuador, promulgado en 1837, siendo una réplica del Código Napoleónico. Flores Moreno (2020).

En el Código Penal de 1837, promulgado en la administración de Vicente Rocafuerte, se encuentra tipificado el aborto en dos artículos de la siguiente manera:

Art. 456.-Los que causaren el aborto de alguna mujer por cualquiera de los medios o arbitrios análogos para lograrlo, serán castigados del modo siguiente: -Si emplearen los medios o arbitrios expresados sin consentimiento o conocimiento de la mujer, sufrirán una prisión de dos a seis años, y si lo hicieren con consentimiento o conocimiento de ella, el tiempo de la prisión será de uno a cuatro años.

Art. 457.-Los médicos, cirujanos, boticarios o comadrones, que indicaren, aconsejaren o suministraren, cualquiera de los medios o arbitrios expresados, serán condenados a obras públicas por dos a seis años; pero si se hubiere verificado el aborto, el término de la condena a obras públicas, será de seis a diez años.

Del primer artículo citado se infiere que, la responsabilidad penal, en términos generales, recaía sobre la persona que causaba el aborto, variando únicamente la duración de la condena, si existía consentimiento o no de la mujer a la que se le realizaba el aborto. En el segundo artículo, se encuentran sujetos activos calificados, pues la norma punitiva configura como autor del injusto a médicos, cirujanos, boticarios o comadronas que participaran en esta actividad ilícita.

En este caso, la pena únicamente variaba si la mujer gestante tenía conocimiento y consentía de la práctica a realizarse, aplicándose el máximo de la sanción, si la mujer embarazada no ostentaba conocimiento ni daba su consentimiento para la realización del aborto. En esta época la mujer no era considerada sujeto de derechos, por lo que la mujer gestante no era sancionada, no porque no se creyera que tenía responsabilidad, sino porque no se la consideraba como titular de derechos, siendo imposible efectuar el juicio de reproche sobre el autor del hecho punible.

En el segundo Código Penal que se expidió en el año de 1872, en el gobierno de Gabriel García Moreno; Silvia Buendía (2019), lo define como un código conservador, clerical, con influencia del Código Penal Belga de 1880. El artículo 374 del referido cuerpo legal, a diferencia de su cuerpo jurídico precedente, considera a la mujer como sujeto activo calificado del delito de aborto:

La mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se la haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será castigada con una prisión de uno a cinco años y con una multa de veinte o cien pesos.

Si lo hiciere para ocultar su deshonor, será castigada con seis meses a dos años de prisión.

Siendo este el primer cuerpo normativo que sanciona a la mujer en caso de aborto, sirve de base para evaluar y sancionar las conductas abortivas en el futuro del país. Al ser un Código Penal ligado al catolicismo, se esperaba una pena mayor, encontrando que la única atenuante que preveía todo el Código era que el aborto se haya cometido con la intención de “ocultar su deshonor”. Es decir, directamente relacionado con la mujer, pero con su marido, tratando así de encubrir el descredito que se le ocasionaba a este. Flores Moreno (2020).

Según Buendía (2019), en el gobierno de Eloy Alfaro, en 1906, se expidió el tercer Código Penal, estableciendo el laicismo y la educación pública laica para desbaratar el sistema religioso vigente, pero en el tema del aborto se mantuvo la misma pena en su artículo 337, además de sancionar a quienes faciliten o induzcan a las mujeres a abortar, establece como sujeto calificador:

La mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se la haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será castigada con prisión de uno a cinco años.

Si consintiere en que se la haga abortar, o causare por sí misma el aborto, para ocultar su deshonra, será castigada con seis meses a dos años de prisión

Al igual que en el anterior cuerpo normativo se conserva como atenuante la realización del aborto siempre y cuando sea para encubrir la “deshonra”. Es decir, se sigue considerando vergonzoso que una mujer quede embarazada y no está casada o que este no sea de su marido.

En nuestro país en el año de 1938, por primera vez, hubo cambios importantes en la definición del aborto, por lo que el derecho a ser protegido por la ley ya no es “la moral pública y la familia”, sino la “vida”. El aborto es despenalizado por las siguientes causas: peligro para la vida o la salud de la madre, y en caso de que el embarazo sea producto de la violación a una mujer con discapacidad intelectual, o "idiota" como la llamaban en su momento. Mismas causas que se mantienen en el Código Penal de 1978, en esta época la mujer ya era sujeto de derecho. (Buendía, 2019)

Con relación a que se incluya el aborto por motivos relacionados a la salud o peligro de la madre, el término médico adecuado es "aborto terapéutico", mismo que no se corresponde con la realidad; ya que en palabras de Pacora-Portella (2014) no existe un aborto que tenga la naturaleza intrínseca de curar o mejorar la salud de la mujer. Respecto al aborto en los casos de que el embarazo sea producto de una violación a una mujer

demente o idiota, este es un criterio eugenésico que trata de evitar dar a luz a niños discapacitados como sus madres.

El quinto Código Penal, se expidió en 2014, y se denominó como Código Orgánico Integral Penal, puesto que condensa el derecho sustantivo, instrumental y de ejecución en un solo cuerpo jurídico punitivo. Del referido cuerpo legal, se esperaron cambios significativos por parte de la comunidad social, ya que se vivía una época completamente diferente a la que se encontraban en 1938, cuando se incluyeron las causales de aborto. Empero, las infracciones en análisis se mantuvieron, modificándose únicamente la frase “mujer idiota o demente” por “mujer que padezca discapacidad mental”, encontrándose tipificado de la siguiente manera en el artículo 150:

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

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

Se mantenía penalizado el aborto de la misma manera por 84 años, antes de la sentencia de la Corte Constitucional, únicamente era permitido el aborto en casos de violación a una mujer que padezca de una enfermedad mental, puesto que es concebible que una mujer con un trastorno mental no pueda resistir la violación o simplemente no entienda lo que está pasando. Se puede concluir que los legisladores mantenían la equivocada idea de que una mujer estando en perfecto estado de su capacidad mental

podía evitar el abuso sexual y por lo tanto ser responsable del embarazo como resultado de la conducta delictiva.

Mora et. al. (2022), afirma que se tipifica en el Código Orgánico Integral Penal (2014) el aborto con muerte, aborto no consentido, aborto consentido y aborto no punible. Se precisa que el bien jurídico tiene por objeto la tutela y protección de la vida del que está por nacer. En el artículo 147 de la norma en mención, se tipifica el aborto con muerte, estableciendo que estamos ante un delito de este tipo “Cuando los medios empleados con el fin de hacer abortar a una mujer causen la muerte de esta (...)”, estableciendo una pena de siete a diez años a la persona que haya llevado a cabo dicha práctica cuando este es realizado con el consentimiento de la mujer embarazada y de trece a dieciséis años cuando ella en un inicio no lo haya consentido.

Siguiendo el mismo cuerpo normativo, en el artículo 148 se prescribe el aborto no consentido, en el cual se sanciona, con una pena de cinco a siete años, a la persona que exija presione o induzca a una mujer a abortar sin su consentimiento. Del artículo referido se colige que es muy claro el tipo penal, ya que quien haga abortar a una mujer sin su consentimiento tendrá una pena privativa de libertad, no obstante, si no llega a consumarse en su totalidad el hecho punible, se calificará la conducta típica como tentativa.

Continuando con la norma penal ecuatoriana, se tipifica el aborto consentido en el artículo 149 de la norma penal, diferenciándose dos tipos de sanciones dependiendo del sujeto activo; si la mujer gestante es quien causa el aborto, será sancionada con una pena de seis a dos años de cárcel; en cambio, quien haga abortar a una mujer que ha consentido de dicho acto, tendrá una pena privativa de libertad de uno a tres años. El aborto legal o permitido se encuentra penado por la ley, despenalizar este tipo de aborto, es una lucha

que buscan diversos grupos feministas y activistas sociales, siendo uno de sus argumentos principales, la vulneración a los derechos de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo.

La Constitución de la República del Ecuador, promulgada en 2008, se caracteriza por ser un cuerpo normativo garantista, es decir que fortalece los derechos frente al poder y establece límites a este; respecto a la protección de la vida del que está por nacer, siendo este el bien jurídico protegido cuando se penaliza el aborto, determinando la norma referida en su artículo 45 que “se reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”. En el mismo cuerpo normativo, en el artículo 66 numeral primero se establece “El derecho a la inviolabilidad de la vida”.

En base a estos artículos el legislador ha mantenido como delito al aborto consentido, permitiéndose únicamente practicar el aborto en el supuesto fáctico de que el producto de la concepción ocasione severos problemas de salud de la madre, o la persona gestante consista en una mujer con discapacidad mental que ha sido víctima del delito de violación.

Siguiendo las ideas de Arruego, (2019), el derecho fundamental a la vida como derecho subjetivo permite al sujeto del derecho buscar protección legal. El dilema es precisamente cómo interpretar el alcance del deber estatal de "proteger la vida de todas las personas bajo su jurisdicción". Sin embargo, de esto, el mismo autor, presenta un dilema, entre el derecho a la vida y la facultad de disponer de ella. Concluyendo que no significa que no exista relación entre estos dos derechos fundamentales, por lo que cualquier intento de regularlos estaría condicionando al deber del Estado de proteger la vida de sus ciudadanos.

Por otro lado, el artículo 21 de la Ley Orgánica de Salud (2015), dentro del capítulo III de la salud sexual y la salud reproductiva, prescribe que el Estado reconoce la mortalidad materna, el embarazo en adolescentes y el aborto en condiciones de riesgo,

siendo este un problema de salud pública; y en virtud de la Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia, garantiza a los usuarios el acceso gratuito a los servicios públicos de salud. Por otro lado, el artículo 29 de esta ley, permite que los servicios de salud públicos y privados interrumpan un embarazo únicamente en los casos previstos en el artículo 447 del Código Orgánico Integral Penal, por lo que no pueden negarse a un aborto en curso o inminente, debidamente diagnosticado por el especialista a cargo. y que son designadas oficialmente por el gobierno.

A lo largo de la historia del Ecuador, en todos los Códigos Penales que se han expedido, el aborto se ha encontrado siempre tipificado, sin perjuicio de aquello para la configuración legal o debates del pleno legislativo, más allá de cualquier postura personal, no se le ha otorgado voz a quienes tienen que vivir de primera mano las consecuencias de abortar o de no hacerlo. Teniendo en cuenta que existen varias realidades socio-económicas, culturales, educativas que se encuentran presente en todos los estratos de la sociedad y que deben de ser analizadas al momento de legislar.

1.4 El aborto en el derecho comparado.

Cámara et. al. (2018) afirma que, la práctica del aborto ha estado en todo el mundo durante muchos años y tiene diferentes significados en diferentes culturas, regiones y países. En la actualidad, es un problema global de salud pública y de derechos humanos, dado que no todos los países tienen el mismo problema. Son muy pocos los países en donde se puede ver una permisión absoluta de la práctica de aborto.

Marinich (2019) comenta que, en Estados Unidos a inicios del siglo XX, en numerosos estados era ilegal el aborto, existiendo únicamente excepciones a esta práctica cuando la madre corría peligro o el fruto de la concepción era resultado de una violación, incestuosa o no. Por su parte Stith (2017) precisa que, no es hasta 1973, a partir del caso Roe vs. Wade, cuando la Corte Suprema dicta sentencia estableciendo que no será punible

el aborto si es realizando dentro del primer trimestre, pasada esta fecha seria punible, siguiendo el órgano judicial referido, la teoría de la vitalidad. De esta manera, el aborto debe ser permitido a la mujer, por cualquier razón, hasta el momento en que el feto sea "viable", es decir, sea potencialmente capaz de vivir fuera del útero materno, sin ayuda artificial.

En el caso colombiano, la sentencia T-641 dictada por su Corte Constitucional (2021), entre sus principales argumentos establece que el riesgo para la salud mental de la mujer es razón suficiente para llevar a cabo un aborto voluntario. Guevara (2022). Siendo dicho precedente, un avance en materia de derechos para toda América Latina, no obstante, no es la primera vez que la misma Corte Constitucional colombiana hace historia, pues en el año de 2006 despenalizó el aborto en tres circunstancias:

- a. Cuando el embarazo es producto de una violación.
- b. Cuando la continuación del embarazo supone un peligro para la salud de la mujer embarazada
- c. Cuando el feto objeto de la concepción no ostenta posibilidad alguna de vida futura.

Esta sentencia fue extraordinaria, ya que abrió la puerta al reconocimiento de derechos de millones de mujeres que habían estado reclamando durante décadas, derechos que se fueron consolidando con sentencias posteriores y con el activismo constante y brillante de las organizaciones, académicas y activistas colombianas. Amnistía Internacional (2021).

En Perú, existe el Decreto Legislativo N° 635, el cual establece que, el aborto terapéutico no es penalizado si es practicado por un médico con el consentimiento de la embarazada o de su representante legal, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar dañar su salud. Dicha penalización se encuentra positivizada en

el artículo 119 del Código Penal peruano; existen diversas luchas sociales que tratan de despenalizar el aborto en Perú. Neyra (2020).

En Argentina (2020), se aprobó la ley 27.610 que trata sobre la interrupción voluntaria del embarazo y atención postaborto. Aramberri (2021) comenta que, para que proceda el aborto, se tiene como principal requisito el consentimiento informado que deberá de ser expresado por escrito; pasadas las 14 semanas, si el fruto de la concepción es resultado de una violación, se requerirá de un requisito adicional, consistente en la declaración juramentada de la mujer gestante ante el agente de salud. Discacciati, et al., (2021) comentan que, este gran paso marca un gran avance en toda América Latina, siendo un ejemplo de que el aborto es una realidad y que es posible llegar a una despenalización absoluta, evitando que miles de mujeres mueran en clínicas clandestinas como consecuencia de la intervención ilegal de profesionales no preparados para dicha práctica médica.

La República de El Salvador, en cuanto a la regulación del aborto, ostenta uno de los ordenamientos jurídicos más estrictos y poco flexibles de América Latina, pues su Código Penal tiene un capítulo que desde el artículo 133 hasta el artículo 141, penaliza el aborto, titulando dicho acápite con la demonización de “Delitos relativos a la vida del ser humano en formación”. Moreno et. al. (2022) alega que, el cuerpo penal salvadoreño criminaliza lesiones al feto, previniendo una pena privativa de libertad de uno a diez años, a quien cause lesión o enfermedad que menoscabe gravemente el desarrollo normal del feto. En cuanto a la forma culposa de este delito, el legislador únicamente impuso una multa de cincuenta a cien días de privación de libertad.

En Cuba, la ley de aborto más antigua está en el Código Penal de 1870, vigente hasta 1936, que establecía que se considera legal el aborto, intencionalmente causado, pero amparado por una causa lícita. Estas son:

- El aborto es necesario para salvar la vida de la madre o para evitar daños graves a su salud (aborto terapéutico)
- El embarazo fue causado o realizado con su consentimiento, cuando la gestación hubiese sido ocasionada por haberse cometido sobre la grávida el delito de violación, rapto no seguido de matrimonio o estupro (aborto por razón de honor).
- Se produce o se hace con el consentimiento de los padres, cuando tiene por objeto evitar la transmisión de una enfermedad genética o infecciosa (aborto eugenésico). (Mayo A., 2002, p.10).

En los primeros años posteriores a 1959, en Cuba, no se practicaban abortos, debido a que no se contaba con médicos especialistas, ya que estos habían migrado, y al súbito incremento de embarazos. Como resultado, el número de muertes maternas por abortos ilegales y conductas autoinfligidas ha aumentado significativamente, junto con una disminución en otras causas de muerte. Se tomaron medidas efectivas para garantizar que las mujeres utilicen sus derechos humanos básicos para decidir el número de hijos que desean tener. Se decidió en 1965 facilitar la institucionalización del aborto por parte del Sistema Nacional de Salud.

Según Ivone (2017), en Italia, el 22 de mayo de 1978 fue aprobado por el Parlamento Italiano la ley 194, que permite la práctica del aborto en determinadas circunstancias. Dicha disposición lleva el siguiente título: “Normas para la tutela social de la maternidad y acerca de la interrupción voluntaria de la gravidez”. La ley italiana permite el aborto, prescribiendo que deberá de ser practicado por un médico de obstetricia y ginecología, dentro de los primeros noventa días de embarazo, en caso de que haya serio peligro para la salud física y psíquica de la madre; existan dificultades económicas, sociales o familiares; o ante temas de anormalidades o malformaciones del feto. En la

práctica, todo motivo personal sería suficiente para interrumpir el embarazo sin caer en delito.

Respecto al aborto, Alemania en 1993, mediante el Tribunal Constitucional promulgo una sentencia de inconstitucionalidad respecto a la ley del 27 de julio de 1992, referente a la ayuda a las mujeres embarazadas y a las familias. El máximo órgano de control constitucional, alega que la mencionada ley es contraria a su Constitución, argumentando que a pesar de que el aborto no es un derecho reconocido constitucionalmente, es menos cierto que su práctica deba penalizada. (Cobo, 2019) Regulando de esta manera esta práctica, estableciendo tres circunstancias en las que se puede realizar y otorgándoles su calificación constitucional:

- a) Un aborto justificado legalmente y, por ende, despenalizado e incluso subvencionado públicamente, como, por ejemplo, el que deriva de una indicación médica (peligro de la vida o salud de la embarazada; b) un aborto declarado ilegal pero no penalizado y no subvencionado, como el realizado por un médico durante las doce primeras semanas de embarazo, con el consentimiento de la embarazada, siempre que hayan pasado al menos tres días desde que recibió el correspondiente asesoramiento, y c) el aborto ilegal despenalizado como por ejemplo todos los realizados a partir del tercer mes de embarazo. (Domingo,1994)

De modo que se proporciona primero información a la madre sobre todos los beneficios y asistencia que brinda el gobierno a las mujeres en estado de gestación, además de un periodo de tres días para que reflexione sobre su decisión. Este procedimiento debe de ser realizado únicamente por un profesional médico, por lo que la responsabilidad recae en el personal de la salud, mismo que debe de estar capacitado.

En España, la normativa sobre el aborto se encuentra en la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (LOSSRIVE),

es conocida como “Ley de aborto”. Esta ley pretende lograr varios objetivos, entre ellos los siguientes: un “equilibrio responsable entre la autonomía personal de la mujer para decidir sobre su maternidad y un sistema eficaz de tutela de la vida parental” (Laurenzo, 2012).

Siguiendo mencionada Ley, son dos los únicos casos en donde se puede interrumpir el embarazo, el primero de ellos se encuentra en el artículo 14, la mujer decide libremente que quiere abortar sin ser necesario tener algún tipo de justificación, debe hacerse dentro de las primeras catorce semanas de gestación. El segundo caso es la interrupción del embarazo por causas médicas (aborto terapéutico), cuando la vida o salud de la madre corra un grave riesgo, o cuando el fruto de la concepción padezca de patologías incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente graves e incurables. (Casado, 2020)

De esta manera, se garantiza a las mujeres embarazadas la oportunidad de practicarse un aborto voluntario en las mejores condiciones y reconociendo sus derechos fundamentales, en especial su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

Durante los últimos años se ha visto una progresividad hacia la despenalización del aborto. Los países latinoamericanos han ido gradualmente introduciendo causales por las que se puede practicar un aborto, así como otros como es el caso de El Salvador que mantiene una punibilidad inamovible, convirtiéndose en un problema de salud pública. El movimiento de despenalización del aborto ha seguido creciendo en todo el mundo, apostando por el debate sobre los derechos humanos de las mujeres, lo que significa visibilizar la forma en que se caracteriza este delito que personifica la continua discriminación contra la mujer y vulneración de sus derechos.

CAPÍTULO 2: EL JUICIO DE PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL CÓMO MÉTODO ARGUMENTAL DE INTERPRETACIÓN

2.1 Definición de juicio constitucional de ponderación.

A fin de comprender el juicio de ponderación constitucional, es menester explicar el origen de la referida teoría con el objeto de comprender el alcance de su concepto dentro la doctrina constitucional contemporánea. La importancia del estudio de esta figura constitucional radica en que, el debate normativo acerca de la despenalización del aborto, engloba necesariamente una decisión jurisdiccional frente a una colisión de principios dentro de un caso concreto, problema jurídico que debe ser resuelto mediante la aplicación del juicio de ponderación como método argumental de interpretación de principios constitucionales en conflicto.

En este acápite, se procederá a examinar el método referido, determinando su concepto, elementos y diferencias con el principio de proporcionalidad. El juicio de ponderación, constituye una doctrina establecida por Robert Alexy (1997) en su obra “Teoría de los Derechos Fundamentales”, dentro de la cual el referido tratadista conceptualiza a los principios constitucionales como mandatos de optimización, mandatos porque constituyen normas jurídicas, y de optimización porque el Estado tiene la obligación de desarrollarlos jurídicamente en mayor medida de lo posible con la finalidad de establecer de manera concreta el ámbito de su aplicación y alcance.

Esto se debe a que, los principios se caracterizan por ser normas téticas, es decir, constituyen disposiciones abiertas y abstractas que producen incertidumbre dentro del marco legal del Estado, por tal situación, dichos principios necesitan de normas

hipotéticas que desarrollen debidamente su contenido a fin de evitar la arbitrariedad y la abstracción dentro del ordenamiento jurídico del país.

No obstante, ¿por qué los principios son tan importantes dentro del ordenamiento jurídico del Estado? La respuesta a la interrogante planteada se encuentra en lo propuesto por García de Enterría (1984), quien expresa que no puede existir sistema jurídico alguno que no estructure sus cimientos normativos en base a principios téticos que determinen la forma en cómo se levantará el andamiaje legal del Estado.

Según Storini et. al. (2013), los principios deben incrustarse en las bases de todo el ordenamiento jurídico con el objetivo de otorgarle sentido a la norma hipotética, y, por consiguiente, irradiar todo el marco legal del Estado, debido a que, por medio de los mismos se pueden materializar los derechos humanos de todas las personas que conforman el denominado conglomerado social.

Los postulados expresados en líneas precedentes, se alejan de lo establecido por Kelsen (2020) en su obra “Teoría Pura del Derecho”, quien afirma que no es necesaria la presencia de principios para otorgar sentido a un marco jurídico vigente, pues para el autor, la norma positiva encuentra su sustento en ella misma por medio de un criterio positivo de auto fundamentación. Hohfeld (1913) es otro académico que determinaba que la norma no puede encontrar un fundamento en derechos ambiguos y discrecionales que permitan explicar el funcionamiento de las relaciones jurídicas sociales.

Schlag (2015) comenta que tanto Kelsen como Hohfeld promulgaban sistemas jurídicos positivos distanciados de los principios, en razón de que los mismos producían discursos falaces en virtud de la discrecionalidad y ambigüedad que generan los derechos y axiomas sociales. No obstante, es aquí donde subyace el problema a las teorías propuestas por los académicos, en virtud de que los autores nunca pudieron encontrar el

supuesto lógico que les permita justificar que una norma hipotética pueda encontrar su razón de ser en ella misma. Pues son los principios, los mandatos de optimización que fundamentan y otorgan sentido a un Estado constitucional vigente inherente al neoconstitucionalismo propuesto por Suzanna Pozzolo (2006).

Los postulados establecidos por Alexy (1997) acerca de los derechos fundamentales, han establecido un mecanismo argumental constitucional para solucionar los conflictos concretos de colisión de derechos dentro de la esfera material de la sociedad. Pues al ser la sociedad dinámica en virtud de su interacción, es posible que diariamente se susciten colisiones constitucionales con respecto a principios y derechos dentro de los individuos que conforman la vida en comunidad. Es en el supuesto fáctico referido que Alexy configuró la teoría de la ponderación constitucional frente a un juicio concreto de ponderación entre derechos constitucionales.

Según Bernal (2003), la ponderación es un mecanismo argumentativo para resolver conflictos de derechos fundamentales en casos reales específicos, mediante el uso de reglas para la aplicación de principios jurídicos. Por ejemplo, en el momento en el cual una mujer ha quedado embarazada debido a que ha sido víctima de un delito de violación, y desea abortar, en base a su derecho a la libertad sexual y reproductiva, se genera en un caso concreto el supuesto de colisión material del derecho a la vida frente al de libertad sexual. Es en estos supuestos en los cuales la ponderación surge como un método argumental constitucional, que permite la primacía concreta de un principio frente a otro a fin de aplicar de la manera más favorable las reglas normativas constitucionales.

Es decir, pueden existir casos en los que las normas constitucionales (derechos) encuentren incompatibilidad de coexistencia frente a un caso concreto particular; el juicio de ponderación viene a solucionar el referido conflicto constitucional por medio de un cálculo jurídico-matemático tendiente a verificar cómo sacrificar una norma a fin de

otorgarle vigencia a otra y producir un resultado favorable que más se ajuste a las garantías constitucionales dentro de un supuesto fáctico específico.

No obstante, Bernal (2005) comenta que, la ponderación no constituye un medio para solventar la totalidad de incompatibilidades presentes entre normas en abstracto, porque dicha figura no otorga ni promete garantizar una correcta articulación sistemática de la totalidad de preceptos legales que, en base a su orden jerárquico, resuelva previamente el cúmulo de posibles colisiones entre principios, conjuntamente con todas las posibles incompatibilidades que puedan suscitarse entre normas constitucionales a prima facie.

Bernal (2005) explica que la solución a las colisiones entre principios tiene que rechazarse, por el mero hecho de englobar un supuesto imposible de ser concebido dentro de un marco jurídico perteneciente a un pluralismo social: sociedad en la cual la jerarquía de todos los preceptos legales refleje jerarquía frente a todos los valores sociales. Pues la ponderación no hace referencia a la validez de un orden lexicográfico acerca de los derechos humanos, ni un orden lexicográfico frente a los principios de justicia.

El modelo social plural referido, fue propuesto por Rawls (1983), quien alegaba el postulado de defender la norma y otorgarle prioridad total y absoluta a su primer precepto de justicia por sobre el segundo, produciendo, que la libertad únicamente puede ser restringida por la libertad misma. No hay duda que el debate en torno a la despenalización del aborto constituye un debate de derechos de libertad, pues la vida misma se concibe como un derecho primario por medio del cual surgen los demás derechos constitucionales que le permiten auto concebirse como libre al ser humano.

Sin embargo, no es menos cierto que el criterio de justicia normativa mencionada por Rawls (1983), evidencia una colisión de principios que se comprueban con el debate

material de la despenalización del aborto en casos de violación, puesto que, la libertad humana se encuentra restringida por la libertad misma de alguien que está por nacer. Según Alexy (1997) esta es la razón por la cual, los postulados del orden lexicográfico deben eliminarse animismos, en virtud de que conllevan la posibilidad de separación absoluta de las libertades que emanan de los derechos sociales y los bienes jurídicos de la comunidad que interactúan o vinculan con el segundo principio de justicia.

Bernal (2005) afirma que, los postulados de orden lexicográfico deben rechazarse por el mero hecho de que la garantía del mínimo existencial de los principios constituye un condicionante para que las libertades humanas no queden en meras afirmaciones epistemológicas. Por consiguiente, la ponderación se opone a este modelo doctrinal de resolución de conflictos, y se constituye como la única forma por la cual se estructura una relación de precedencia condicionada entre los preceptos constitucionales frente a los supuestos fácticos del caso concreto, con el objetivo de establecer el sentido de una decisión judicial.

Por consiguiente, se puede conceptualizar al juicio de ponderación como el mecanismo argumentativo para resolver conflictos de derechos fundamentales en casos reales específicos, mediante el uso de reglas para la aplicación de principios jurídicos. Debido a que, a prima facie, los principios constitucionales presentan incompatibilidad de coexistencia frente a un caso concreto particular; el juicio de ponderación viene a solucionar el referido conflicto por medio de un cálculo jurídico-matemático tendiente a verificar cómo sacrificar una norma a fin de otorgarle vigencia a otra y producir un resultado favorable que más se ajuste a las garantías constitucionales dentro de un supuesto fáctico específico.

2.2 La ponderación y el juicio de proporcionalidad.

La Corte Constitucional, como órgano jurisdiccional especializado en emitir decisiones judiciales que tengan por objeto acciones que pongan en tela de duda la interpretación constitucional, suele implementar mecanismos argumentales de resolución de colisión de principios, con el fin de motivar debidamente sus sentencias y dictámenes.

Un ejemplo, se encuentra en la sentencia 34-19-IN y acumulados, en la cual, la Corte Constitucional decidió despenalizar el aborto por violación, en razón de que, existía una colisión concreta entre el derecho a la vida del nasciturus, y la libertad sexual y reproductiva de la madre que ha sido víctima del delito de violación, tema central del presente trabajo que será examinado en el capítulo posterior. Sin embargo, es necesario sentar como base la importancia de los métodos de argumentación constitucional frente a la colisión de principios, a fin de comprender el examen realizado por la Corte en el caso referido. Por tal razón, a continuación, se analizará la ponderación y el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad según López Hidalgo (2017), adquiere preponderancia con la creación del Estado Liberal Francés en el año de 1789, en el cual la injerencia estatal se ve reducida para dar cabida a la libertad individual frente a las decisiones por parte del Estado. Es aquí en donde el principio de proporcionalidad comienza a ser utilizado en las áreas inherentes al Derecho Administrativo, sobre todo en los procesos sancionatorios de la administración pública, y en el Derecho Penal como rama inherente al *ius puniendi* del Estado.

Es con estos antecedentes que se comienza a utilizar el principio de proporcionalidad en el Derecho Constitucional, ocupando una función importante al momento de fundamentar las resoluciones judiciales que tengan por objeto decidir acerca

de los derechos humanos de los miembros que conforman la comunidad social. Fassbender (1998).

Sin embargo, ¿qué conlleva el principio de proporcionalidad?, la doctrina prescribe lo siguiente:

El principio de proporcionalidad conlleva que todos los poderes públicos estén sometidos al mismo en una doble vertiente, es decir, como criterio de actuación y como parámetro de control. De manera que todos los poderes públicos, sea cual sea su ámbito y modo de actuación, deben actuar, pues, de conformidad con el principio de proporcionalidad y, a su vez, pueden ser controlados jurisdiccionalmente desde esta perspectiva. (López Hidalgo, 2017, p. 187).

Si bien, como expresa Salazar (2021), el principio de proporcionalidad encontró sus orígenes en el Derecho Penal como precepto axiológico tendiente a sentar las bases de la dosimetría penal. No es menos cierto que, el Tribunal Constitucional Alemán es el órgano jurisdiccional precursor que determinó la necesidad de utilizar el principio en mención como precepto tendiente a frenar el poder político de turno a la luz de salvaguardar los derechos constitucionales de las personas. Es por tal razón que, Chalco Salgado (2019) argumenta que la Constitución constituye un freno al ejercicio de la potestad pública dentro del Estado.

En conformidad a López Hidalgo (2017), los postulados judiciales del Tribunal Alemán Constitucional se han implementado a lo largo de las funciones judiciales del mundo, a tal punto que constituye un criterio que ha sido adoptado por la misma Corte Constitucional Ecuatoriana. No obstante, el principio de proporcionalidad presenta problemas dentro de su trasfondo terminológico; para Bernal Pulido (2005) existe una deficiencia en los términos ponderación y proporcionalidad por el uso intercambiable que

genera su uso frente a la pluralidad de significados que puede englobar la utilización de la palabra ponderación. La doctrina expresa que:

Esta oscuridad esté asociada al hecho de que, aunque en algunas jurisdicciones hayan adquirido una cierta estabilidad, ambas técnicas se encuentran en permanente evolución, tanto por lo que atañe a su contenido y funciones, como por lo que se refiere a su ámbito de aplicación. (Arroyo Jiménez, 2009, p.33)

Entonces, surge la interrogante a responder ¿cuál es la diferencia entre ponderación y el principio de proporcionalidad? Prieto Sanchis (2007) explica que, por ponderación debe entenderse un mecanismo de argumentación de naturaleza plausible, en el supuesto de que se encuentren razones que justifiquen un mismo valor, cuando dichos preceptos son tendencialmente opuestos, circunstancia que suele suceder con frecuencia en el espectro que engloba la teoría de los derechos fundamentales. Por tal situación Bernal Pulido (2005) explica que, la ponderación es un mecanismo para sopesar razones que tienden a favorecer y oponerse frente a una solución específica, consistiendo en un método que se contrapone a la subsunción.

Por su parte López Hidalgo (2017) explica que, el principio de proporcionalidad constituye un método de naturaleza argumental que se sustenta en reglas propias, como lo es la ley de ponderación, con el objeto de otorgar prevalencia a una de las razones que constituyen la presencia de un conflicto. Es decir, para el autor, la ponderación es un mecanismo argumental de resolución de principios constitucionales en conflicto, mientras que la proporcionalidad es un sub principio del juicio de ponderación.

Prieto Sanchis (2007) comenta que, el principio de proporcionalidad es un mecanismo que explicita los supuestos fácticos específicos en los que un derecho se sobrepone a otro dentro de un caso concreto, por medio de una especie de jerarquía

axiológica. Esto quiere decir que, según la regla constitutiva de la ley de ponderación “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 1997, p.61).

Es evidente que, en la esfera jurídica de los derechos fundamentales, no es fácil encontrar una solución a los criterios académicos que pueden surgir de la doctrina constitucional, pues mientras algunos autores como Velasco (2009) defienden que tanto ponderación como proporcionalidad constituyen acepciones iguales, otros tratadistas como Arroyo Jiménez (2009), expresan que ambos términos constituyen postulados epistemológicos contrapuestos. En virtud de que la ponderación constituye un mecanismo de decisión, a diferencia del juicio de proporcionalidad que configura un mecanismo de control, debido al grado de restricción de los derechos fundamentales, a pesar de que ambos términos puedan ostentar una relación.

Finalmente, existen autores como Sarmiento (2003), quien explica que ponderación y proporcionalidad ostentan solo una coincidencia de naturaleza parcial. Es por esto que, López Hidalgo (2017) es quien mejor propone una diferenciación acerca de la proporcionalidad frente a la ponderación. Según el profesor de Ciencias Jurídicas, la ponderación debe asimilarse como proporcionalidad en sentido estricto, es decir, como una especie de subprincipio del propio precepto de proporcionalidad en sentido amplio dentro de todos sus postulados epistemológicos máximos.

Por consiguiente, Rodríguez de Santiago (2000) fundamenta que tanto ponderación como su núcleo (ley de ponderación) se sustenta por medio de sus propias reglas como una especie de materialización de la racionalidad, de esta forma se constituiría un elemento integral del precepto de proporcionalidad en sentido amplio dentro del marco de control abstracto de constitucionalidad.

En términos más simples, se expresa que el argumento central del principio de proporcionalidad en sentido amplio encuentra su fundamento en la motivación externa de una premisa mayor presente en las decisiones judiciales que efectúan un control de constitucionalidad sobre una norma hipotética. Lo descrito en líneas precedentes encuentra sentido en el supuesto en el que los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto forman parte del denominado “test de proporcionalidad”, pues:

Expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas, en los cuales la ponderación como método no juega ningún papel en cuanto a que, el principio de proporcionalidad en estricto sentido se refiere a la optimización de las posibilidades jurídicas. Este es el campo de ponderación (Alexy citado por Carbonell, 2008, p.15).

López Hidalgo (2017) afirma que tal vez, es en los supuestos de control concreto de constitucionalidad, en donde existe la posibilidad de evidenciar derechos en colisión, se representa de manera más apreciable el juicio de ponderación constitucional, al menos, desde una óptica virtual. Sin embargo, lo que deberá ponderarse dentro de supuestos de control abstracto de constitucionalidad, tiene que ser el principio de proporcionalidad en sentido estricto como un subprincipio que no constituye un mandato de ponderación, pues “no es el derecho fundamental intervenido, con la ley que lo afecta sino, el derecho fundamental con la disposición constitucional, –otro derecho fundamental– que constituye el fundamento de la ley de intervención” (Bernal Pulido, 2005, p. 486).

Es así como, se presenta un deterioro óptimo de la hermenéutica normativa de los principios en conflicto dentro de la consideración que toma en cuenta los supuestos fácticos del caso concreto. De esta forma, no se ubica en un mismo nivel comparativo a los derechos fundamentales prescritos en la Constitución frente a las normas de naturaleza

infra constitucional, sino, se produce lo opuesto, pues se debe ser concordantes con el mismo nivel de jerarquía de los derechos en razón de una imposición lógica y racional del precepto de proporcionalidad dentro de la esfera unitaria y sistemática constitucional.

Entonces, de los análisis expuestos en líneas precedentes, parece clara la diferencia e independencia conceptual teórica de los términos ponderación y proporcionalidad, debido a que, como una especie de tercer escalón o subprincipio de precepto de proporcionalidad en sentido amplio, la ponderación llega a ser parte el precepto referido, a pesar de que no se confunde con su integridad axiomática teórica. López Hidalgo (2017). Es decir, en términos simples, el juicio de ponderación es un mecanismo de interpretación argumental constitucional de principios en colisión, mientras que, el principio de proporcionalidad es un subprincipio dentro del test que engloba el juicio de ponderación.

En el Ecuador, la Corte Constitucional ha abordado de forma deficiente el tema central de este subtítulo, pues no se han presentado lineamientos claros por los cuales diferenciar el juicio de ponderación frente al principio de proporcionalidad como conceptos diversos dentro de su contenido epistemológico. A pesar, de que el mencionado órgano constitucional ha emitido jurisprudencias en las que ha utilizado y aplicado los conceptos de ponderación y proporcionalidad, no es menos cierto que la implementación mencionada ha sido desarticulada, ya que no se evidencia un análisis claro y consistente, de las figuras de argumentación constitucional mencionadas.

Por ende, la Corte Constitucional nunca definió de manera clara el alcance teórico que permita efectuar una hermenéutica capaz de conceptualizar la trascendencia de la relación y diferencia entre los postulados teóricos de ponderación y el principio de proporcionalidad, menos aún ha efectuado un examen de cómo dichos términos y su contenido se vinculan con la teoría de los derechos fundamentales consagrados en la

Constitución de la República del Ecuador (2008). Por tanto, en la jurisprudencia no se puede encontrar la diferencia entre ambas acepciones (ponderación y proporcionalidad), siendo la única vía posible, la consulta a la doctrina constitucional.

Por ende, López Hidalgo (2017) explica que el principio de proporcionalidad en sentido amplio, como precepto legal de naturaleza exigible, en esencia constituye un concepto relacional que adolece de falta de vida propia, vinculado en todo momento a un sustrato legal y relacionado a un postulado específico de interpretación. Por consiguiente, Barnés (1998) comenta que el principio de proporcionalidad constituye un sistema dentro de un universo amplio en el que se incrusta y al que pertenece dicho precepto, confluyendo en dicho universo: la teoría de los derechos fundamentales, la doctrina constitucional y los mecanismos y técnicas del control judicial.

Entonces, el principio de proporcionalidad en sentido amplio encuentra su integración en el cúmulo de mecanismos que permiten efectuar la medición de la licitud de toda intervención de género legal en el ejercicio material de los derechos dentro de una finalidad específica, la cual es evitar el desequilibrio, desproporción, necesidad e inutilidad de una medida utilizada.

Según Prieto Sanchis (2007) para algunos académicos del Derecho Constitucional el principio de ponderación constituye un limitante de los derechos fundamentales, circunstancia que se evidencia al momento de establecer el ámbito del control de constitucionalidad para conceptualizar el alcance de validez de una medida legal implementada en vinculación con una finalidad concreta establecida. Se presenta una barrera frente a intromisiones indebidas en la esfera de la materialización de los derechos fundamentales.

Barnés (1998) comenta que, al principio de proporcionalidad se lo suele tildar, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como:

- a. Proporcionalidad de los medios
- b. Proporcionalidad de la injerencia.
- c. Prohibición de exceso.
- d. Proporcionalidad del sacrificio.

No debiendo olvidarse que, el principio de proporcionalidad constituye un límite al libre margen de configuración legislativa prescrito dentro del Estado democrático constitucional. Por tanto, del análisis realizado se puede inferir que, el juicio de ponderación es un mecanismo de resolución argumental de colisión de principios constitucionales.

El referido método tiene como finalidad, dirimir la incompatibilidad de aplicación material de derechos dentro de un caso concreto, siendo necesario realizar una operación lógica argumental denominada ponderación, con el objetivo de otorgarle una solución al conflicto mencionado. Por su parte, el principio de proporcionalidad, a pesar de que suele confundírsele con la ponderación, se configura un sub principio dentro del método argumental descrito, mediante el cual se puede llegar a dirimir la colisión constitucional de derechos que se presenta dentro del ordenamiento jurídico del Estado.

2.3 Estructura del juicio de ponderación constitucional.

La colisión entre principios constitucionales, es un hecho marcado dentro de un Estado Constitucional de Derechos, en razón de que, si los principios constitucionales constituyen el fin del Estado y el freno al poder político gubernamental, es notorio que el alcance material de los derechos tenderá a ocasionar problemas de enfrentamiento dentro de la vida real.

Ávila (2008) comenta que, el Estado Constitucional de Derechos es el que mayor tendencia tiene a presentar problemas de colisión de principios, en virtud de que existe una centralidad de los mismos en el país. La afirmación mencionada es compartida por Guastini (2007) quien inclusive se ha dado el trabajo de establecer una clasificación de diversas clases de conflictos en derechos que puedan suscitarse en la realidad. El autor, presenta el ejemplo del aborto como uno de los supuestos más claros en los cuales colisionan dos derechos constitucionales de raigambre social, es decir, la vida frente a la libertad sexual y reproductiva.

Ahora bien, Bernal Pulido (2003) afirma que, si el Estado Constitucional de Derechos, es propenso a presentar conflictos de colisión de normas, es necesario que exista un mecanismo argumental que permita dirimir los problemas descritos, surgiendo así, el juicio de ponderación como método argumental tendiente a solucionar las colisiones materiales de derechos dentro de un caso concreto.

Figuroa (2013) plantea que, el debate sobre la selección de primacía entre el derecho a la vida y la libertad sexual y reproductiva, es un tema que sólo puede ser resuelto desde una perspectiva jurídica de ponderación. El autor determina que, el aborto consiste en una discusión que presenta diversas variables axiológicas que tienen que ser tomadas en cuenta a fin de analizar debidamente la posición constitucional del nasciturus, frente al cúmulo de derechos de la mujer que pueden llegar a ser afectados en base a la obligatoriedad jurídica de ser madre en caso de un embarazo.

Es por esta razón que, es necesario examinar los elementos que engloban el juicio de ponderación, ya que es el método jurídico argumental que va a permitir analizar la despenalización del aborto en el caso ecuatoriano, con el objeto de efectuar un análisis constitucional de derechos sobre el tema central de la presente tesis.

Robert Alexy (1997), plantea que la estructura del juicio de ponderación se configura por medio de tres variables fundamentales:

- a. Ley de ponderación.
- b. La formula del peso.
- c. La carga de la argumentación.

Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, reconoce, en su artículo 3 numeral 3, a la ponderación como un método de interpretación constitucional, prescribiendo que consiste en efectuar una relación preferencial entre derechos que se encuentran condicionados en cuanto a su aplicación dentro de un caso concreto.

La norma plantea que el objetivo de este método de interpretación consiste en establecer una decisión adecuada entre la colisión de principios descrita, reconociéndose dentro de dicha norma el principio de proporcionalidad, al establecerse que “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Sin embargo, la norma referida no establece los elementos que engloban la realización de un juicio de ponderación, por lo cual, a continuación, se procederá a analizar cada uno de ellos:

1. La ley de la ponderación.

La denominada ley de ponderación consiste en “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 1997, p.92). En conformidad al precepto referido, la estructura del juicio de ponderación tiene la posibilidad de fragmentarse en tres marchas que Robert Alexy indica debidamente:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro (Alexy, 1997, p.92).

Bernal Pulido (2005) menciona que tanto el primero como el segundo paso del juicio de ponderación deben considerarse iguales. Puesto que las dos operaciones consisten en determinar la trascendencia de los preceptos en colisión. El autor expresa que con la expresión descrita hay que referirse en lo posterior a dos pasos. Alexy (1997) comenta que, en ambos pasos existe la posibilidad de alcanzar la conmensurabilidad a través de la referencia de una escala de naturaleza triádica, en la cual, las intensidades del conflicto se clasifican en grave, leve y moderada, determinando el nivel de trascendencia de los preceptos constitucionales en conflicto.

La ley de la ponderación que sopesa los preceptos constitucionales en colisión, no es el único presupuesto a analizar dentro de su ley, puesto que ésta también se estructura por la denominada “formula del peso abstracto de los principios”. Alexy (1997) menciona que el peso abstracto de los principios ostenta la posibilidad de variar en conformidad a la jerarquía de la fuente jurídica en la que se han establecidos los preceptos referidos.

De esta forma, el peso puede definirse con relación a valores sociales de naturaleza positiva, de esta forma, se puede expresar que el principio de protección de la vida ostenta, en abstracto, mayor peso que los demás derechos fundamentales en virtud de que por medio de la vida se derivan todas las demás prerrogativas constitucionales inherentes a todos los seres humanos. Según Bernal Pulido (2005), diversos tribunales constitucionales del mundo han presentado un mayor peso abstracto a ciertos derechos

fundamentales por sobre otros principios constitucionales, en virtud de la conexión que pueda existir entre los conflictos en colisión.

Lo descrito en líneas anteriores debe complementarse con la denominada tercera variable “s” la cual consiste en la certeza de las apreciaciones fácticas inherentes al nivel en que la medida examinada conlleva circunstancialmente la falta de satisfacción del primer precepto y la satisfacción del segundo principio dentro de los supuestos fácticos de un caso concreto. La variable “s” consiste entonces en el reconocimiento de que las apreciaciones materiales referentes a la trascendencia de los preceptos en colisión pueden ostentar un nivel diverso de seguridad y se puede transgredir el peso relativo que se otorga a cada precepto constitucional sometido a ponderación.

Sin embargo, Burga Coronel (2017), presenta un criterio, al menos en su forma, distinto al expresado al afirmar que, la ley de ponderación no engloba el determinar la supremacía de un derecho sobre otro en cuanto la afectación del primero no sea tan grave como la afectación del segundo. Esto se debe a que, el conflicto que se suscita no es entre derechos sino entre pretensiones jurídicas, pues desde su concepción, los derechos constitucionales jamás generan conflicto dentro de un Estado Democrático, sino son las pretensiones de las personas, en el ejercicio de sus derechos, las que encuentran oposición en la realidad material de los Estados.

Por lo expuesto en el párrafo anterior, se puede llegar a la conclusión de que la ley de ponderación no debe ser un análisis de proporcionalidad entre derechos, sino que tiene que entenderse como un examen de contraposición de intereses en el cual, el juzgador aplica la norma y otorga una solución proporcional al conflicto por medio de un examen de ponderación. Lo cierto es que, en este punto se puede vislumbrar cómo el principio de proporcionalidad se convierte un subprincipio o elemento del juicio de ponderación.

2. La formula de peso.

En conformidad a Alexy (1997), el segundo presupuesto que estructura el juicio de ponderación es la denominada formula de peso, la cual se configura de la siguiente forma:

$$G_{Pi,jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC} \quad (\text{Alexy, 1997, p.41})$$

No obstante, surge la interrogante de ¿cómo articular la trascendencia de los principios, su peso abstracto y la certeza de las apreciaciones fácticas inherentes a su importancia, con el objeto de conseguir un resultado concreto dentro del juicio de ponderación? Pues para el creador de la figura en análisis, la fórmula de peso viene a ser la solución a la pregunta establecida.

Esta fórmula establece que el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio P_i , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, el producto de la importancia del principio P_j , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. Alexy sostiene que es posible atribuir, de forma metafórica, un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve 2.º, es decir, 1; medio 2¹, es decir, 2; y grave 2², es decir, 4. En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto 2⁰, es decir, 1; plausible 2⁻¹,

es decir $1/2$; y no evidentemente falso $2-2$, es decir, $1/4$. (Bernal Pulido, 1997, p.64).

Pues a través de la aplicación de los valores numéricos expresados en la fórmula de peso, es posible establecer cuál es el peso concreto del precepto P_i en vinculación con el principio P_j del caso concreto. En caso de que el peso concreto del precepto P_i en vinculación con el precepto P_j sea mayor que el peso concreto del precepto P_j en referencia con el principio P_i , el supuesto a decidir debe resolverse en observancia con la solución prestablecida por el precepto P_i .

Ahora bien, si sucede que el peso concreto del principio P_j en vinculación con el precepto P_i es superior al peso concreto del principio P_i en referencia con el principio P_j , sucede que el supuesto específico debe resolverse en conformidad con la solución determinada por el principio P_j . Finalmente, si el precepto P_i se estructura en base a la norma N_1 que no permite \emptyset y P_j fundamenta la norma N_2 que prescribe \emptyset , en el primer supuesto tiene que prohibirse \emptyset y en el segundo caso tiene que ordenarse.

Atienza (2010) plantea que la fórmula de peso tiende a buscar, mediante una operación lógica literal, el peso concreto de cada uno de los principios en colisión con el objetivo de establecer que derecho debe ser sacrificado para otorgarle una solución material al conflicto que se ha derivado del ordenamiento jurídico constitucional.

Peña Ocampo (2014) expresa que, la fórmula de peso debería ser aplicada a los conflictos de colisión de principios que se derivan del aborto, debido a que, si del derecho a la vida surgen los demás derechos constitucionales, incluidos los de libertad, no pareciera suficiente que la aplicación de la ley de ponderación permita decidir qué principio de primar por sobre otro dentro del problema concreto de incompatibilidad material de la norma constitucional.

Lo cierto es que, en caso de que la fórmula arroje un empate de principios, necesariamente se deberá proceder a realizar un último análisis subjetivo, bajo el elemento de la carga de la argumentación, el cual será analizado a continuación.

3. La carga de la argumentación

Alexy (1997) ha planteado un elemento final dentro de la estructura del juicio de ponderación, dicho supuesto lleva el nombre de la “carga de la argumentación”. La carga en mención procede en el supuesto de un empate como resultado de la aplicación de la fórmula de peso, debido a que el peso concreto de los preceptos en colisión resulta ser similar una vez efectuado el cálculo respectivo para determinarlos.

Es en estas circunstancias en las que Alexy (1997) presenta dos soluciones al respecto, las cuales se encuentran, según Bernal Pulido (2005), repartidas en dos obras:

- a. En el trabajo “Teoría de los derechos fundamentales” Alexy presenta argumentos por los cuales la libertad e igualdad jurídica ostentan una mayor carga de argumentación, lo cual se traduce por medio del principio *in dubio pro libertate*, consistiendo en que ningún precepto constitucional humano puede ser contrario a la libertad o a la igualdad jurídica, por lo que mucho menos puede prevalecer sin que se presenten razones suficientes que sustenten de manera “fuerte” la necesidad de que un principio ajeno a los referidos pueda superarlos. En conclusión, de la obra de Alexy se colige que, en caso de empate, ningún precepto puede sobrepasar a los principios de libertad e igualdad jurídica.
- b. Por su parte, en el trabajo “Epílogo de la Teoría de los derechos fundamentales” Alexy presenta una carga de argumentación distinta a la establecida en el literal precedente. Pues para el autor, en caso de empate proveniente del control de constitucionalidad de una norma, dicha norma tiene que ser considerada como

“no desproporcionada”. Por consiguiente, la norma tiene que ser declarada con validez constitucional, es decir, en estos supuestos, los empates no favorecen a la libertad e igualdad jurídica, sino corresponden beneficiar al principio democrático. Bernal Pulido (2005) asevera que este punto de vista parece ser más apropiado que el primero, debido a que, guarda armonía con los postulados que inspiran y sostienen un Estado Constitucional democrático.

Ahora bien, la carga de la argumentación propuesta por Alexy ha tenido varias acepciones interpretativas en cuanto a su análisis. Según Prieto Sanchís (2001), lo ideal sería que los constituyentes sean quienes realicen una carga de argumentación antes de promulgar disposiciones jurídicas que puedan aumentar la posibilidad de colisión de derechos constitucionales. No obstante, el autor manifiesta que los presupuestos fácticos de la realidad pueden ser de diversa índole por su naturaleza misma, surgiendo conflictos de derechos en los cuales, la única solución se encuentre en la operación lógica subjetiva del juez por medio del elemento “carga de la argumentación constitucional”.

García (2013) comenta que, la carga de la argumentación somete la esfera decisoria del juez a su subjetividad, por lo cual, los prejuicios del mismo llegarían a ser influyentes en la decisión que toma al momento de sacrificar un principio constitucional. Para el autor, el aborto es uno de los supuestos que con mayor probabilidad demostrarían que la decisión del juez se encuentra supeditada a sus convicciones personales, en razón de que, el debate del aborto engloba una colisión entre derechos de libertad e igualdad jurídica, los cuales, desde los inicios del Estado de Derecho, se han entendido como los axiomas más importantes de la dignidad humana misma.

2.4 Críticas al juicio de ponderación constitucional.

Gorra (2014) comenta que existe cierto rechazo a la ponderación de principios propuesta por Robert Alexy, pues para los críticos, el juicio de ponderación puede flaquear desde los teoremas propuestos por la escuela positivista de Ernst Forsthoff (1976), ya que dicha academia determina que toda incertidumbre que tenga por objeto a los derechos fundamentales tiene que encontrar su solución por medio de la epistemología tradicional de la hermenéutica jurídica (interpretación literal, legislativa y sistemática).

A su vez Gorra (2014) comenta que, la ponderación de Alexy también puede verse comprometida bajo los postulados de la escuela no positivista de Ronald Dworkin (2002), quien afirma que la implementación de los derechos fundamentales no consiste en una ponderación de principios, sino en diversas situaciones constituidas por la moral humana.

Fazio (2016) comenta que el método de ponderación encuentra críticas en el argumento de que es irracional que se puedan establecer órdenes jerárquicos de principios, pues es el juez quien realiza la ponderación por lo que siempre existirá un trasfondo subjetivo al momento de establecer la primacía de un derecho por encima de otro. Según Vernengo (2011), el juicio de ponderación engloba un razonamiento argumentativo que no ostenta una estructura lógica gramatical dentro de sus alegaciones externas, debido a que:

El problema de cuando se habla de sistemas morales, nunca se sabe muy bien que es, un conjunto de normas morales mezclado o totalmente aparte, pero además que pautas lógicas tiene el sistema moral ¿cómo se crea una norma moral?, ¿cómo se deroga una norma moral?, ¿qué forma tiene?, y esto los moralistas más acérrimos lo dejan... todos hablan de reglas morales pero a los juristas les interesan normas morales solamente entonces cuando se incluyen en el texto

constitucional ciertos principios morales que no se sabe claramente que son, que crea una gran vaguedad. (Vernengo, 2011, s.p).

Sin embargo, considerar que no es necesaria una ponderación, sería confiar en exceso en un sistema de reglas que dentro de su aplicación material están destinadas a colisionar dentro de diversos casos concretos. Si bien el juicio de ponderación de Alexy puede adolecer de subjetividad, parece ser la fórmula que más se acerca a brindar una solución dentro de un supuesto de colisión de derechos fundamentales. La escuela tanto positivista como no positivista tiende a atacar la irracionalidad de los preceptos fundamentales en virtud de que dichas escuelas no conciben un ordenamiento jurídico estructurado en base a principios.

No obstante, el mundo contemporáneo a organizado sus marcos legales en virtud de preceptos téticos y ambiguos que dan sentido al sistema jurídico del Estado, configurando lo que se denomina como un Estado Constitucional de derechos en el cual los principios constituyen un freno al poder político como límite al ejercicio de la potestad pública a fin de garantizar los derechos fundamentales, siendo evidente que los derechos referidos pueden entrar en colisión constante por lo que necesitan del juicio de ponderación para devolverle armonía al ordenamiento jurídico que determina las conductas de la comunidad social.

García Amado (2016) ha presentado diversas críticas al juicio de ponderación. En primer lugar, el autor determina que la ponderación constituye un mecanismo argumental de naturaleza particularista, en virtud de que toda decisión sobre la primacía de derechos o principios queda a merced de lo que establezcan los funcionarios judiciales. Esto se debe a que, a criterio de García Amado, la balanza judicial es una mentira, tal visión normativa no existe, en razón de que las decisiones judiciales quedan sometidas a los intereses de quienes designan a los juzgadores, convirtiendo a la ponderación en un

método argumental particularista que sólo producirá auxilio a quienes sean los encargados de establecer la conformación de los jueces de la Función Judicial.

Lo particularista de la ponderación radica en que la misma gira en torno de quien pondera, expresando el autor que, desde su perspectiva y experiencia, los Tribunales Constitucionales en algunos casos ejecutan un juicio de ponderación, mientras que en otros, se limitan únicamente a realizar una simple subsunción de principios según más les favorezca.

En segundo lugar, García Amado (2016) menciona que, mediante el juicio de ponderación, no triunfa un principio frente a otro, sino lo que sucede es que, se extermina un derecho a fin de que triunfe el ponderado. Esto se debe a que, para el autor existe únicamente una teoría funcional de la norma que tiende a otorgarle privilegios al administrador de justicia, quien es el que siempre se beneficiará del juicio de ponderación de principios.

En tercer lugar, García Amado (2016) también critica el espectro subjetivo que la ponderación le otorga al juzgador, aseverando que tal situación convierte al método argumental referido en un procedimiento de naturaleza irracional. Para García Amado, cómo es posible que un juzgador determine por su cuenta un valor numérico a un principio dentro de un caso concreto, cuando es evidente que la determinación matemática la realizará en base a lo que su persona determine por medio de su valoración personal.

En el caso del aborto, por ejemplo, ¿bajo qué criterio el juzgador le determinará un valor al derecho a la vida del nasciturus frente al derecho a la libertad e integridad sexual de la mujer? Lo descrito en este punto se puede comprender mejor con la siguiente cita:

¿cómo se puede valorar, apreciar, medir o establecer si las razones con que el juez ha dado para resolver a su manera la ponderación tienen el peso que él les atribuye? Ya que si el primer juez ponderó o valoró y se basó en las razones que mejor le parecieron, según su criterio discrecional, no hará más de cotejarlas con el criterio discrecional suyo (García Amado, 2012, p.81)

Por ende, para el autor, el espectro discrecional judicial es motivo suficiente para quitarle toda clase de racionalidad al método argumental ponderación. Por último, García Amado (2016), menciona que se puede prescindir de la ponderación, en virtud de que la misma es un mecanismo argumental poco utilizado por los jueces, siendo notorio que se trata de una técnica de argumentación que produce casuismo, incertidumbre y discrecionalidad.

De la discusión se desprende que, a pesar que la ponderación ostenta una naturaleza subjetiva en la forma en cómo se aplica la misma ante un conflicto de derechos en colisión, no es menos cierto que el juicio de ponderación es un método de interpretación constitucional que ayuda a mejorar los lineamientos y problemas constitucionales en los que se puede ver inmerso el ordenamiento jurídico material. Pues al encontrarse una alta probabilidad de conflicto de derechos en casos concretos, es necesario que exista un mecanismo de interpretación que permita solventar esas deficiencias de una forma efectiva.

Por lo expuesto, se concluye aceptar a la ponderación a pesar de las críticas que se han expuesto, en conformidad con Atienza (2017), quien determina que, en un Estado garantista, la ponderación es inevitable por el mero hecho de que el ejercicio de derechos puede desembocar en colisiones axiomáticas. Es así como, lo que verdaderamente se debe hacer, es que los juzgadores entiendan cuándo sí y cuándo no se debe efectuar un ejercicio de ponderación, lo cual no constituye un método particularista que beneficie a jueces o a

quienes designen el sistema judicial, sino que conlleva un mecanismo efectivo que permitirá a los juzgadores dirimir mejor las controversias constitucionales sometidas a su conocimiento.

2.5. Consideraciones realizadas por la Corte Constitucional Ecuatoriana en sentencias respecto del juicio de ponderación constitucional.

La Corte Constitucional ha presentado fallas en la utilización de las técnicas argumentales de la doctrina constitucional, debido a que, al momento de solucionar conflictos entre derechos, la Corte no ha establecido una línea jurisprudencial clara que permita diferenciar el principio de proporcionalidad del juicio de ponderación. Inclusive, en ciertas ocasiones, como en la Sentencia 34-19-IN y acumulados, la Corte ha confundido en ciertos pasajes de sus fallos la ponderación con el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

Entonces, la Corte Constitucional ha abordado de forma deficiente el juicio de ponderación constitucional propuesto por la doctrina jurídica, pues no se han presentado lineamientos claros por los cuales se pueda diferenciar el juicio de ponderación frente al principio de proporcionalidad como conceptos diversos dentro de su contenido epistemológico.

A pesar de que el referido órgano de control constitucional ha emitido en Sentencia 048-13-SIN-CC del año 2013, que la utilización e implementación de los conceptos de proporcionalidad y ponderación, no conlleva que deban analizarse de forma desarticulada. Empero, dicho precedente judicial no ha presentado un análisis claro y consistente sobre la técnica argumental referida, ya que la Corte ha establecido “como métodos de interpretación, tanto ponderación como proporcionalidad, constituyen instrumentos puestos a disposición de la jueza o juez constitucional para dilucidar el

contenido de la norma fundamental’’ (Corte Constitucional, 2013, p.4). No obstante, al menos dentro de este fallo, se puede inferir que ponderación y proporcionalidad, no constituyen métodos de argumentación similares, sin embargo, no se ha determinado cuál es su distinción.

Mogrovejo et. al. (2019) han presentado un análisis respecto al deficiente desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional ha efectuado con relación al juicio de ponderación, demostrando cómo se lo suele confundir con el test de proporcionalidad. En la Sentencia Interpretativa Nro. 001-08-SI-CC, 2008, la Corte Constitucional determina que es menester realizar un test de constitucionalidad entre los derechos en colisión, con el fin de analizar los tres subprincipios inherentes al examen de proporcionalidad.

Los mencionados autores, comentan que la Corte suele decantarse en la mayoría de los casos por realizar un test de proporcionalidad por encima de un juicio de ponderación de derechos en colisión con igual jerarquía. En la Sentencia Nro. 11-18-CN/19, 2019, donde se analiza el valor jurídico de la Opinión Consultiva Nro. OC24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de la cual se reconoce el matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo, interpretándose el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador (2008). Se utiliza el principio de proporcionalidad, con el cual la Corte Constitucional colige que el artículo 67 de la Constitución adolece de naturaleza discriminatoria.

De esta forma, el fallo en mención sienta correctamente las bases del test de proporcionalidad, a fin de efectuar el control de constitucionalidad pertinente, procediendo a realizar un análisis de cada uno de los subprincipios que conlleva el mismo. Por consiguiente, el concepto y estructura que engloba el principio de proporcionalidad, ha ido extendiéndose dentro de las distintas resoluciones emitidas por el órgano judicial

constitucional de forma progresiva, Sin embargo, se ha presentado una utilización discrecional e inestable.

Mogrovejo (2019) et. al. sostienen que la Corte, a más de las causas en las que se ejecuta un test de proporcionalidad en sentido amplio, existen otros procesos de constitucionalidad en los que el órgano judicial referido solo enuncia levemente el principio de proporcionalidad, careciendo de un criterio estructural claro y concreto que permita efectuar un análisis de idoneidad, necesidad o al menos un examen de ponderación en base al principio de proporcionalidad en sentido estricto, impidiendo que el referido test o el juicio de ponderación, puedan ser considerados como parámetros legítimos al momento de ejercer el control constitucional.

Los autores referidos afirman que, lo descrito en líneas precedentes encuentra mayor sustento si se examina los casos en los que, la Corte innecesariamente ha realizado un juicio de ponderación, a fin de mejorar la argumentación del fallo, a pesar de que la norma o medida sometida a análisis ha presentado naturaleza inconstitucional por no cumplir con los exámenes de idoneidad o necesidad.

Klatt y Meister (2017) precisan que, la Corte Constitucional pasa por alto que la ponderación, materializada en la ley del balance, conlleva el valorar el nivel de sacrificio exigido al derecho limitado en vinculación con el grado de protección de los demás derechos, intereses o bienes jurídicos que limitan el principio constitucional, con el objetivo de acreditar en base a diversos supuestos fácticos, cuál de todos los preceptos constitucionales en colisión necesita de una mayor protección. Asimismo, el órgano jurisdiccional constitucional olvida que, la ponderación se encuentra estructurada por tres presupuestos: ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación.

Entonces, el poco entendimiento de la Corte Constitucional para utilizar el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, genera incertidumbre y

discrecionalidad en la utilización de dichos mecanismos de argumentación constitucional al momento de motivar los fallos judiciales. La ausencia de criterios vinculantes acerca de los mecanismos de argumentación descritos, pone en tela de duda la objetividad judicial de la Corte, a tal punto que Cárdenas (2014) determina que, el órgano judicial constitucional no parece aceptar que exista una relación jerárquica entre los principios constitucionales, mucho menos, una medida común entre los mismos.

Obligando a comprender que cada precepto constitucional está condicionado al caso concreto, o a la imposibilidad fáctica y jurídica de predecir los resultados de una colisión de derechos en abstracto, surgiendo la necesidad de depender de circunstancias y normas concretas que permitan solucionar la pugna derechos, que jamás podrá encontrar solución por medio de criterios generales.

El argumento precedente se ha podido conocer gracias al trabajo de Mogrovejo et al. (2019), quienes recolectaron diversas sentencias emitidas por la Corte Constitucional entre el periodo de 2008 a 2019, en las cuales se ha hecho uso de las herramientas argumentativas de proporcionalidad en sentido amplio y ponderación, presentando como resultados de dicho estudio, que solo 58 fallos han utilizado el test de proporcionalidad, sin embargo, únicamente en 22 se ha estructurado el referido test como ratio decidendi de motivación para emitir una decisión judicial objetiva, mientras que en el resto de sentencias, el test de proporcionalidad se encaja en un simple obiter dictum.

Por tanto, se puede colegir que el Ecuador, no ostenta un desarrollo jurisprudencial claro acerca del juicio de proporcionalidad y sus matices diferenciales frente al test de proporcionalidad. La Corte Constitucional no ha producido un desarrollo judicial que permita comprender el alcance de ambos métodos argumentales de resolución de conflictos constitucionales, al momento de efectuar el control de constitucional

pertinente. En consecuencia, las figuras argumentales en análisis, aún adolecen de incertidumbre, arbitrariedad y ambigüedad dentro del marco constitucional del Estado.

CAPÍTULO 3: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS.

3.1. Antecedentes del caso y contexto social.

En conformidad a cifras presentadas por el Ministerio de Salud Pública (2019), en el Estado ecuatoriano, a diario, un aproximado de 7 personas con menos de 14 años de edad, se someten a procedimientos de parto, situación que ha puesto al país como la tercera nación en América Latina con la tasa más alta de embarazos en menores de edad.

Por su parte, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) (2019), presentó datos alarmantes, determinando que, en el año de 2019, se produjo un total de 1816 partos de niñas que ostentaban una edad que iba desde los 10 hasta los 14 años; a su vez, se efectuaron 49895 partos en adolescentes de 15 a 19 años de edad. Asimismo, 300 niñas pertenecientes al primer rango estadístico en mención, procedieron a acceder a un aborto terapéutico, mientras que del resto de menores se desconoce una cantidad numérica exacta (INEC, 2019).

En Ecuador existen altas tasas de denuncias en Fiscalía General del Estado por la perpetuación de injustos penales de naturaleza sexual, pues la entidad titular de la acción penal pública, con auxilio del INEC (2019), determinó que cada año alrededor de 2000 niñas y adolescentes entran en estado de gestación debido que han sufrido el delito de violación en contra de su persona. En el año 2019, el INEC registró que, se produjo un total de 5354 delitos de violación, mientras que, hasta el mes de agosto del año 2020, se determinó un total de 2464 infracciones de esta naturaleza.

Se debe establecer que, dichos datos solo engloban al cúmulo de denuncias que se han presentado en la fiscalía, pues se debe recordar que existen varios casos en los cuales las víctimas, por miedo a la revictimización o estigmas sociales, deciden no denunciar oportunamente los delitos sexuales, quedando los casos referidos fuera de los datos aportados los supuestos criminales que no han podido ser materializados en las estadísticas del Estado.

UNICEF (2017) determinó que, en el mundo, un aproximado de 15 millones de niñas y adolescentes de entre 15 y 19 años de edad, han sufrido relaciones sexuales forzadas a lo largo de su vida. La entidad internacional referida, establece que las adolescentes se encuentran en mayor riesgo de probabilidad de tener relaciones forzadas de naturaleza sexual en el ámbito privado.

Wambra Medio Digital Comunitario (2022) precisa que, dentro del Estado ecuatoriano, la violencia sexual ha marcado las vidas de diversas niñas y adolescentes dentro del país, pues en observancia a la base de datos de Estadísticas Vitales y Nacimientos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, en Ecuador, un total de 17448 menores de 14 años fueron madres entre los años 2009 y 2016. Esta resulta ser una cifra equivalente a casi el total de la población que habita el archipiélago de Galápagos.

Por consiguiente, los datos precedentes permiten inferir que 2181 menores de 14 años son madres al año dentro del Ecuador, todas ellas debido a que han sido víctimas del delito sexual de violación.

El Anuario de Estadísticas de Salud: Camas y Egresos Hospitalarios (ESCEH) del Ministerio de Salud Pública y el INEC (2019), determinó que entre los años 2013 y 2017, se registraron un total de 109696 abortos de toda índole. Según los datos presentados por las entidades respectivas, un total de 21939 mujeres son atendidas en centros médicos por las consecuencias de la práctica de abortos clandestinos cada año, de las cuales un número

de 9309 son personas menores de 24 años. Si dichas cifras se trasladan al plano porcentual, se puede observar que el 42% de mujeres que se practican abortos al año en Ecuador, son atendidas en centros médicos por complicaciones de salud debido a la práctica abortiva clandestina.

El contexto social descrito en líneas precedentes, incitó a que en fecha 30 de julio del año 2019, la Coalición nacional de mujeres del Ecuador, la Fundación Desafío, y del Frente ecuatoriano por la Defensa de los derechos sexuales y derechos reproductivos, interpongan una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional ecuatoriana, con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 149 y 150.2 del Código Orgánico Integral Penal, los cuales contenían los tipos penales de aborto consentido, y aborto no punible en el supuesto de que el embarazo sea consecuencia del delito de violación.

A su vez, se presentaron diversos “amici curiae”, los cuales consisten en una figura jurídica procesal por la cual personas que no ostentan legitimación dentro de la causa, puedan presentar diversos criterios y opiniones en la misma. Por consiguiente, en fecha 18 de noviembre del año 2019, se signó el proceso de constitucionalidad referido con el número de causa 34-19-IN, para lo cual, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional ecuatoriana, avocó conocimiento de la acción en mención, decidiendo admitirla a trámite a fin de que, la Asamblea Nacional, Presidencia de la República y Procuraduría General del Estado se pronuncien acerca de la inconstitucionalidad de las normas que han sido impugnadas por los accionantes.

Dentro del contexto socio jurídico se expresa que, la acción de inconstitucionalidad referida se presentó en un total de siete veces por parte de diversos colectivos militantes en favor de los derechos de las mujeres, además de varios defensores del pueblo, quienes como actores dentro de la presente causa, argumentaban que el

artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal vulneraba los derechos constitucionales de la mujer en razón de su integridad personal, igualdad material, formal y no discriminación, vida, vida digna, salud, libre desarrollo de la personalidad, autonomía para tomar decisiones propias e informadas sobre su sexualidad, vida reproductiva, orientación sexual, intimidad personal y familiar.

Por ende, el caso número 34-19-IN, procedió a acumular las siete demandas de inconstitucionalidad descritas por presentar similitud en el objeto de las pretensiones establecidas en las diversas acciones. El referido caso, presentó una sentencia histórica dentro del marco jurídico social del Ecuador. En fecha 21 de abril del año 2021, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, en la frase que establece “mujer que padezca discapacidad mental”, despenalizando el órgano jurisdiccional constitucional, el socialmente llamado “aborto por violación”.

3.2. Análisis constitucional de la sentencia No y acumulados a la luz del juicio de ponderación constitucional.

La Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, emitida por la Corte Constitucional Ecuatoriana (2021), en primer lugar presenta una diferenciación clara entre las atribuciones de la Corte y la Asamblea Nacional, manifestando el órgano jurisdiccional constitucional que, el Poder Judicial es el órgano encargado de la promulgación de normas tendientes a regular la sociedad, disposiciones jurídicas que deberán guardar armonía con el texto constitucional a fin de ser válidas en el ordenamiento jurídico. Por su parte, la Corte Constitucional es el órgano de justicia encargado de examinar que las normas emitidas por la Asamblea Nacional, sean acordes a los derechos prescritos en la Constitución de la República del Ecuador.

Por consiguiente, el proceso de inconstitucionalidad planteado en contra del artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, no tiene como objetivo el legislar sobre la vigencia del aborto consentido en el Ecuador, sino que, consiste en determinar, bajo la potestad de control de constitucionalidad, si la norma que penaliza el aborto por violación, guarda armonía o transgrede los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vinculantes en el país.

La Corte Constitucional determina con claridad que, no es el órgano competente para emitir actos de naturaleza normativa, sino que simplemente es la entidad judicial encargada de efectuar el debido control de constitucionalidad de las normas presentes en el ordenamiento jurídico del Estado, constituyéndose como el órgano judicial que cierra la interpretación constitucional.

Lo mencionado por la Corte es correcto, ya que, como menciona Guastini (2014) dentro del neoconstitucionalismo surge la figura del “juez hércules” quien tiene la potestad de controlar que las conductas del poder público y sus normas sean acordes a los derechos y garantías establecidas en la norma fundamental del Estado. Por lo que, es pertinente que la Corte Constitucional sea el órgano de máxima interpretación jurídica de la Constitución, en virtud de que por medio de la misma se aclare la discrecionalidad y ambigüedad de los principios constitucionales que inspiran el ordenamiento infra legal.

Entonces, hasta antes de la emisión de la Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, el Código Orgánico Integral Penal sancionaba a las mujeres que practicaban la conducta de aborto, a pesar de que la concepción haya sido consecuencia de un delito de violación, permitiendo la legislación ecuatoriana abortar únicamente a la mujer con discapacidad mental que ha sido violada, y producto de dicho injusto penal, haya quedado

embarazada, en observancia al artículo 150 numeral 2 del cuerpo normativo penal ecuatoriano.

Sin embargo, debe establecerse que la demanda de inconstitucionalidad de los accionantes, operó en contra, no solo del artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, sino también frente al artículo 149 del referido cuerpo normativo, aseverando los actores que, penalizar la decisión de abortar, no constituye una garantía de los derechos de las mujeres, debido a que existen supuestos de incesto o malformación del feto que afectan los derechos a decidir sobre el propio cuerpo de las personas que han quedado embarazadas.

Asimismo, los accionantes alegaron que penalizar el aborto en todas sus clases, genera discriminación de dos vías de manera simultánea. Por una parte, discrimina a las mujeres que adolecen de discapacidad mental al generar estigmas y estereotipos que refuerzan la falsa concepción de que una mujer con discapacidad psíquica no tiene la facultad para decidir sobre su sexualidad, y, por otra, argumentaron que penalizar el aborto produce discriminación a las mujeres que no adolecen de patologías mentales en virtud de que no resultan lo suficientemente importantes para el ordenamiento jurídico vigente.

La defensa del Estado frente a las alegaciones de los accionantes, se fundamentó en que la Constitución de la República del Ecuador protege la vida, la cual se constituye como inviolable en virtud del tenor literal del artículo 66 numeral 1 del cuerpo normativo constitucional ecuatoriano. Además, se alegó que los instrumentos internacionales utilizados como fundamento jurídico por los accionantes, no ostentan obligatoriedad y vinculación dentro del marco legal ecuatoriano, razonando que legalizar el aborto en el Ecuador representa una transgresión directa a los derechos de una persona que no es capaz de decidir por su cuenta como es el caso del fruto de la concepción.

Finalmente, el Estado expresó que la vida es el precepto fundamental por el cual se derivan todos los derechos constitucionales reconocidos a nivel del Estado, y si bien, a pesar de que exista igualdad jerárquica entre los principios, no es menos cierto que no habría derechos si no existiera vida, demostrándose el valor absoluto de dicho principio frente a cualquier otro.

Con las alegaciones expuestas la Corte Constitucional procedió a resolver el conflicto sometido a su conocimiento, empezando por justificar debidamente la competencia en razón de la materia y la validez procesal de la causa, a fin de proceder a ejecutar su examen lógico racional por medio del cual se motivaría la resolución que despenalizaría el aborto en los casos de violación dentro del marco jurídico del Ecuador.

Al momento de empezar el examen de motivación, la Corte utiliza el principio de proporcionalidad como método de interpretación gubernamental tendiente a solucionar el conflicto entre el derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. La Corte a su vez, comenta que el conflicto de derechos no se limita únicamente a dos, en virtud de que un embarazo que sea producto de una violación, trastoca diversos derechos conexos que se ven modificados en su ejercicio en virtud de la obligatoriedad jurídica de ser madre.

Entre estos derechos conexos se encuentran “la educación, salud, integridad psíquica, desarrollo integral, principio de interés superior, derechos económicos, derechos laborales, etc. Según la Corte, esto se debe al hecho de que, para una mujer, el llevar sola un embarazo no deseado, que tiene como causa la consumación de un delito sexual, produce inestabilidad en todos los planes de vida sobre los cuales dicha persona tenía pensado ejercer diariamente sus derechos constitucionales. Criterio que es acertado, no solo por formar parte del género femenino sino por las consecuencias sociales que engloba obligarle a una persona que ha sido violada a ser madre.

Ahora bien, la Corte Constitucional utiliza el principio de proporcionalidad como método argumental para motivar su sentencia y determinar si es o no constitucional el artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo, el órgano de justicia mencionado debió haber efectuado un juicio de ponderación por medio de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, como un subprincipio de la ponderación, pues se presenta un caso de control de constitucionalidad, en el cual la aplicación de una norma ha producido una colisión entre derechos constitucionales incompatibles e intervenidos dentro de un caso concreto (aborto).

Sin embargo, existen ciertos pasajes de la Sentencia en los cuales la Corte confunde el principio de proporcionalidad con ponderación, como en el ejemplo siguiente:

La Corte inicia presentando argumentos doctrinales con el objeto de establecer el alcance de su análisis, expresando lo siguiente:

Según Bascuñán, concluyendo que la diferenciación entre la protección constitucional de la vida del nasciturus y la protección del derecho a la vida es sistemática y valorativa, y lo relevante es la exigibilidad diferenciada del deber de abstenerse de matar al nasciturus en relación con la exigibilidad del deber de abstenerse de matar a otro. En tal sentido, afirma que “proteger al nasciturus y permitir el aborto en ciertos casos se considera no solo como algo compatible sino como un resultado obligado a partir de **la ponderación** de intereses y derechos constitucionalmente protegidos. (Corte Constitucional, 2021, p.19). la negrita es propia.

Esto se debe a que, la jurisprudencia ha sabido tratar a la ponderación y al principio de proporcionalidad como sinónimos en algunos casos, ignorando todo el

desarrollo doctrinal que se ha realizado con el objetivo de establecer una diferenciación entre ambos conceptos, mismo que ha sido presentado en el Capítulo 2 del presente trabajo.

A su vez, la Corte Constitucional decidió derivar sus argumentos del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica* (2012), con relación a que el artículo 4 numeral 1 de la Convención Americana de Derecho Humanos, reconoce el derecho a la vida desde una óptica diferente a la comprendida hasta el momento por el conglomerado social ecuatoriano.

Estableciendo la Corte que, no se puede considerar al derecho a la vida como una prerrogativa fundamental de naturaleza absoluta, puesto que dicha concepción genera posibles escenarios de limitación, negación y vulneración a derechos fundamentales conexos. Pues si se mantiene la idea de absolutez del derecho a la vida, se vulnera la característica interdependiente de los derechos constitucionales.

Entonces, se presenta una colisión de principios frente a una norma, debiendo la Corte Constitucional, haber efectuado un juicio de ponderación por medio de el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, la Corte debía proceder a determinar “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 1997, p.92), para posteriormente utilizar la formula del peso, y en su defecto, la carga de la argumentación, a fin de establecer si existe una puja entre el derecho a la vida, y los derechos a la libertad sexual y reproductiva de las mujeres embarazadas.

No obstante, la Corte decidió limitarse a ejecutar un test de proporcionalidad en virtud de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por otra parte, el máximo órgano supremo de control constitucional presenta el criterio de que el delito de violación lesiona gravemente la integridad personal del sujeto pasivo

de la infracción, haciendo mención a que, el derecho referido engloba a su vez los bienes constitucionales de integridad psíquica, moral, física y sexual en conformidad al artículo 66 numeral 3 literal a) del cuerpo normativo superior del Estado.

Por ende, la Corte manifiesta que la potestad punitiva del Estado, no solo tiene la obligación de sancionar conductas criminales, sino que, también ostenta la obligación de ponderar el *ius puniendi* frente los principios y valores que estructuran un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Por consiguiente, el Estado tiene que considerar en todo momento los principios de proporcionalidad y razonabilidad al momento de promulgar una norma que producirá efectos jurídicos dentro del ordenamiento legal vigente.

Lo descrito por los jueces constitucionales tiene coherencia, pues se debe recordar que el principio de proporcionalidad constituye un freno al ejercicio de la potestad pública dentro del Estado a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de la población. Con respecto al requisito de idoneidad, la Corte Constitucional comenta que sancionar penalmente a la mujer que ha abortado en virtud de un embarazo proveniente del delito de violación, no cumple con la finalidad de proteger y salvaguardar la vida del que está por nacer.

Por ende, es idóneo despenalizar dicha conducta de la esfera penal del Estado, en virtud de los efectos sociales lesivos que ocasiona su penalización, esto es, que la práctica de abortos clandestinos pone en riesgo la vida y la salud de las mujeres embarazadas. A su vez, para la Corte, el penalizar las conductas sociales no es el único mecanismo por el cual se pueda garantizar y proteger bienes jurídicos de las personas. Por consiguiente, la despenalización del aborto por violación si cumple con el requisito de idoneidad dentro del test de proporcionalidad.

En relación al requisito de necesidad, la Corte Constitucional analiza que existen mecanismos menos lesivos que la sanción penal, para salvaguardar la vida del que está por nacer. La Corte fundamenta dicha postura en virtud del principio de mínima intervención penal, mandato de optimización que constituye norma tética rectora del ius puniendi del Estado. Pues bajo este principio, la coercitividad penal del Estado no puede ser vista como un mecanismo necesario para salvaguardar bienes jurídicos del nasciturus.

Para reforzar el argumento, la Corte Constitucional cita el siguiente fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

En el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, la Corte considera que, la necesidad de criminalizar ciertas violaciones a dichos derechos, así como la evaluación de los casos en que una investigación por la vía penal resulta conducente, debe responder a un escrutinio acucioso y **ponderado** de las circunstancias del caso, toda vez que algunos tipos penales pueden ser abiertamente incompatibles con las obligaciones en materia de derechos humanos en tanto limiten o denieguen el acceso a la atención en salud sexual y reproductiva. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016, par. 300). La negrita es propia.

De la cita precedente se evidencia que, todo supuesto fáctico concreto es determinante para establecer una ponderación, al menos en abstracto, de derechos contrapuestos. Finalmente, con respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto o ley de ponderación, la Corte manifiesta que no encuentra que la sanción penal se justifique como forma de protección de los derechos del que está por nacer.

A criterio del órgano de justicia constitucional, lo poco que consigue proteger la norma penal al nasciturus no es suficiente para mantener los resultados lesivos que

produce, en las mujeres, el penalizar el aborto, práctica que desemboca en consecuencias desastrosas dentro del plano social. El hecho de que la potestad punitiva del Estado se imponga en contra de mujeres que han sido víctimas del injusto penal de violación, en detrimento de su derecho a la integridad personal, libertad sexual y reproductiva, conjuntamente con su autonomía para desarrollar la personalidad, no produce ningún beneficio frente al sacrificio en mención.

La Corte puntualiza que, inclusive, gran parte de niñas que aún no cumplen la mayoría de edad, son las que se someten a procedimientos de aborto clandestino a fin de evitar la maternidad a corta edad, debido al sufrimiento que engloba ser víctima de un delito sexual tan grave como la violación. Siendo notorio que no existe un beneficio entre el sacrificio (sancionar mujeres víctimas de violación que abortan) y el beneficio (proteger la bien jurídica vida del que está por nacer), debido a que las niñas no ostentan capacidad de culpabilidad frente a la Teoría General del Delito, por lo que no puede ejecutarse el juicio de reproche penal sobre las mismas, ya que no son consideradas imputables para la norma penal, pues únicamente puede imponerse una medida socioeducativa.

Por ende, la Corte Constitucional aplica un análisis de proporcionalidad en sentido estricto dentro de este supuesto, realizando un juicio de ponderación en observancia al primer escalón de la estructura de la referida técnica argumental, esto es, la ley de la ponderación. Sin embargo, a su vez la Corte ejecuta un test de proporcionalidad en sentido amplio, con respecto a los requisitos de idoneidad y necesidad, recordando que el principio de proporcionalidad constituye un mecanismo para frenar el abuso del ejercicio de la potestad pública cuando las decisiones gubernamentales se alejan de la finalidad de protección de los derechos constitucionales del conglomerado social.

Por todos los antecedentes expuestos, es que la Corte Constitucional decide declarar la inconstitucionalidad del artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, despenalizado el aborto por violación dentro del ordenamiento jurídico del Estado. Esto se debe a que, ya no se podrá penalizar a la mujer que consienta un aborto en caso de que el embarazo proceda de una violación en conformidad a lo que prescribe el artículo 149 del Código Orgánico Integral Penal. A su vez, la Corte ordena que la Defensoría del Pueblo presente un proyecto de ley al legislativo con el fin de regular la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, tomando en consideración los argumentos fácticos y jurídicos establecidos por la Corte Constitucional en el fallo analizado.

3.3. Críticas y reflexiones respecto del juicio de ponderación en el caso y acumulados de la Corte Constitucional.

A través de la Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, la Corte Constitucional efectúa un control de constitucionalidad en virtud de técnicas de argumentación de solución de conflictos constitucionales inherentes a los supuestos de colisión de derechos fundamentales. En el caso en mención, existe una pugna entre el derecho a la vida frente a los derechos de libertad sexual y reproductiva, integridad personal y libre desarrollo de la personalidad, con el objeto de examinar la constitucionalidad de los artículos 149 y 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal.

Las tasas de embarazos en menores de edad dentro del país son alarmantes, pues en el punto 3.1 del presente trabajo, se han establecido cifras determinantes que permiten observar una problemática de violencia sexual ejercida hacia las mujeres a lo largo de su vida como ciudadanas ecuatorianas. Esta situación, ha producido que el Ecuador sea la tercera nación en América Latina con la tasa más alta de embarazos en menores de edad de entre 10 y 19 años, además de las preocupantes cifras que se desprenden acerca de

complicaciones de salud en mujeres que se practican abortos clandestinos en razón de que, han quedado embarazadas por haber sido víctimas del delito de violación.

Esta situación produjo que, la Corte Constitucional tenga la obligación de analizar la proporcionalidad los derechos en colisión, con el fin de establecer si las normas impugnadas cumplen con su deber de guardar observancia con los preceptos descritos en la Constitución ecuatoriana.

En primer lugar, desde el punto de vista social, es correcto que la Corte Constitucional haya decidido despenalizar el coloquialmente denominado “aborto por violación”, pues el Derecho debe adecuarse a las necesidades sociales de una población, que diariamente debe satisfacer los derechos que pertenecen a cada uno de los miembros de la vida en comunidad. Los fundamentos fácticos demuestran que existe excesiva violencia sexual contra las mujeres dentro del país, por lo que penalizar a una mujer que ha quedado embarazada en virtud de un delito de violación, trastoca la armonía interdependiente de los derechos fundamentales de las niñas, adolescentes y mujeres adultas que son víctimas de delitos sexuales.

La doctrina constitucional ha sido clara al expresar que:

La norma penal que sanciona a la mujer víctima de violación que busca abortar, es la única norma que no sólo prescribe una sanción, sino que genera una obligación hacia la mujer a lo largo de su vida: a ser madre, cambiar por completo su vida, criar y mantener al hijo proveniente de un acto brutal. (Ferrajoli, 2018).

Según Palomo (2021), la violencia sexual es más habitual de lo que se cree, sin embargo, gracias a las estadísticas del INEC, se ha podido materializar en datos objetivos los índices de crímenes sexuales hacia las mujeres, evidenciando un problema sociológico

que no puede ser ignorado por el Derecho, a fin de ajustar sus preceptos normativos al contexto material presente en la población.

Por consiguiente, ha sido acertado que la Corte Constitucional efectúe una hermenéutica sistemática e interdependiente entre los derechos fundamentales, con el objeto de comprender que el derecho a la vida va más allá de una postura absoluta dentro de su concepto iusnaturalista. Tomar en consideración los aspectos sociológicos que engloban la realidad de las mujeres en el país, permite que el juez constitucional efectúe una ponderación de principios que se adecúe a la realidad ciudadana y permita establecer mecanismos efectivos de protección de derechos constitucionales.

Es innegable que las mujeres han constituido un grupo históricamente discriminado, siendo Albuja y Enríquez (2018), quienes afirman que el no reconocer la violencia social hacia el grupo humano referido, significa ignorar una realidad latente a lo largo de las etapas humanas. Por todo lo expuesto, ha sido correcto despenalizar el aborto por violación, siendo la Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, un precedente jurisprudencial histórico dentro del marco jurídico del Ecuador.

En segundo lugar, es menester realizar una crítica a la motivación elaborada por la Corte Constitucional dentro del caso objeto de análisis del presente trabajo. El órgano judicial constitucional, presenta conflictos al momento de diferenciar entre el test de proporcionalidad y el juicio de ponderación. A lo largo de la resolución, la Corte utiliza el término “ponderar” derechos constitucionales, no obstante, implementa en su ratio decidendi, un análisis de proporcionalidad en virtud de los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, presentando solo en este último presupuesto una especie de ponderación en virtud de la relación sacrificio-beneficio entre principios constitucionales en colisión.

La Corte Constitucional sigue sin establecer precedentes que diferencien de manera clara ambos métodos argumentativos (test de proporcionalidad y juicio de ponderación), lo cual produce que, se origine una utilización discrecionalidad de los métodos referidos, sin tomar en consideración que, a pesar de sus similitudes, constituyen diferentes técnicas argumentales de resolución de antinomias constitucionales.

La sentencia objeto de estudio en este trabajo, fue una oportunidad importante para que la Corte Constitucional empiece a establecer un desarrollo jurisprudencial que proponga de manera estructurada y ordenada las reglas que permitan discernir en qué momento debe efectuarse un test de proporcionalidad, y en qué supuestos debe realizarse un juicio de ponderación, a fin de instituir un correcto control constitucional de normas que permitan emitir jurisprudencia clara y objetiva a la luz del bienestar social.

La Corte Constitucional al ser el máximo órgano de interpretación de la Constitución, debe establecer un desarrollo claro que permita comprender el alcance de los métodos de interpretación constitucional dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Lo descrito se fundamenta en el hecho de que, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no establece de forma detallada cómo debe aplicarse la ponderación como método argumental de la norma constitucional, por lo que, si la jurisprudencia de la Corte fuera más clara en la utilización de dichos métodos, y no confundiría a los mismos como sinónimos, se generaría un espacio argumental claro y concreto que dote de seguridad jurídica al marco constitucional del Ecuador.

Sin embargo, a pesar de los conflictos en la diferenciación y la aplicación del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación, ha sido acertado que la Corte Constitucional haya despenalizado el aborto por violación. Sancionar a la mujer que ha sido violada, no va a evitar que los crímenes sexuales disminuyan, ni tampoco evitará que se sigan produciendo abortos clandestinos.

Por tanto, desde la perspectiva constitucional, es inconstitucional la norma que sanciona penalmente a quien ha decidido abortar, más aún si ese embarazo proviene de un delito de violación. La Corte es clara al determinar que una gestación no deseada afecta varios derechos conexos de la mujer, los cuales ya no podrán ser ejercidos de la misma forma en la vida diaria si es que se obliga jurídicamente a ser madre a quien ha sido víctima de un delito sexual.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La ponderación es un mecanismo argumentativo para resolver conflictos de derechos fundamentales en casos reales específicos, mediante el uso de reglas para la aplicación de principios jurídicos. No obstante, el juicio de ponderación debe ser diferenciado del test de proporcionalidad, estableciéndose en este trabajo que, la ponderación tiene que entenderse como proporcionalidad en sentido estricto, es decir, como una especie de subprincipio del propio precepto de proporcionalidad en sentido amplio dentro de todos sus postulados epistemológicos máximos. Por ende, tanto ponderación como su núcleo (ley de ponderación) se sustentan por medio de sus propias reglas como una especie de materialización de la racionalidad, por lo cual, el método argumental referido se estructura en base a tres elementos fundamentales: ley de ponderación, fórmula de peso y carga de la argumentación.

Las tasas de embarazos en menores de edad dentro del país son alarmantes, pues en el punto 3.1 del presente trabajo, se han establecido cifras determinantes que permiten observar una problemática de violencia sexual ejercida hacia las mujeres a lo largo de su vida. Esta situación, ha producido que el Ecuador sea la tercera nación en América Latina con la tasa más alta de embarazos en menores de edad de entre 10 y 19 años, además de las preocupantes cifras que se desprenden acerca de complicaciones de salud en mujeres

que se practican abortos clandestinos en razón de que, han quedado embarazadas por haber sido víctimas del delito de violación.

Por consiguiente, la Corte Constitucional dentro de la Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, efectúa un control de constitucionalidad en virtud de técnicas de argumentación de solución de conflictos constitucionales inherentes a los supuestos de colisión de derechos fundamentales, decidiendo declarar la inconstitucionalidad del artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, despenalizado el aborto por violación dentro del ordenamiento jurídico del Estado. Por consiguiente, ya no se penalizará a la mujer que consienta un aborto en caso de que el embarazo proceda de una violación en conformidad a lo que prescribe el artículo 149 del Código Orgánico Integral Penal. A su vez, la Corte ordenó que la Defensoría del Pueblo presente un proyecto de ley al legislativo con el fin de regular la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, tomando en consideración los argumentos fácticos y jurídicos establecidos por la Corte Constitucional en el fallo analizado.

Ha sido acertado que la Corte Constitucional efectúe una hermenéutica sistemática e interdependiente entre los derechos fundamentales, con el objeto de comprender que el derecho a la vida va más allá de una postura absoluta dentro de su concepto iusnaturalista. Tomar en consideración los aspectos sociológicos que engloban la realidad de las mujeres en el país, permite que el juez constitucional realice una ponderación de principios que se adecúe a la realidad ciudadana y permita establecer mecanismos efectivos de protección de derechos constitucionales.

Empero, a lo largo del trabajo se ha podido evidenciar que, la Corte Constitucional pasa por alto que la ponderación, materializada en la ley del balance, conlleva el valorar el nivel de sacrificio exigido al derecho limitado en vinculación con el grado de protección de los demás derechos, intereses o bienes jurídicos que limitan el principio

constitucional, con el objetivo de acreditar en base a diversos supuestos fácticos, cuál de todos los preceptos constitucionales en colisión necesita de una mayor protección. La Corte, resuelve el conflicto del aborto por medio de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio, tratándolo al mismo, en algunos pasajes de la sentencia, como sinónimo de ponderación.

Asimismo, el órgano jurisdiccional constitucional olvida que, la ponderación se encuentra estructurada por tres presupuestos establecidos en el capítulo dos del presente trabajo: ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación. Esto se debe a que, la Corte Constitucional sigue sin establecer precedentes que diferencien de manera clara ambos métodos argumentativos (test de proporcionalidad y juicio de ponderación), lo cual produce que se origine una utilización discrecionalidad de los métodos referidos, sin tomar en consideración que, a pesar de sus similitudes, proporcionalidad y ponderación constituyen diferentes técnicas argumentales de resolución de antinomias constitucionales.

Por tanto, a pesar que la Corte haya acertado con la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, el órgano judicial referido ha mostrado deficiencias al momento de establecer de manera clara el alcance y estructura del juicio de ponderación frente al test de proporcionalidad, por lo que se recomienda que la Corte Constitucional establezca un desarrollo jurisprudencial claro frente a ambos instrumentos de argumentación, con el objeto de evitar su utilización discrecional.

Del presente estudio se puede inferir que, a más de las causas en las que se ejecuta un test de proporcionalidad en sentido amplio, existen otros procesos de constitucionalidad en los que la Corte Constitucional solo enuncia levemente el principio de proporcionalidad, careciendo de un criterio estructural, claro y concreto que permita

efectuar un análisis de idoneidad, necesidad o al menos un examen de ponderación en base al principio de proporcionalidad en sentido estricto, impidiendo que el referido test o el juicio de ponderación, puedan ser considerados como parámetros legítimos al momento de ejercer el control constitucional.

Referencias bibliográficas

1. Albuja-Echeverría, W. S., & Enríquez-Rodríguez, M. J. (2018). Análisis de la discriminación laboral hacia las mujeres en Ecuador 2007-2016. *Convergencia*, 25(78), 13-41.
2. Arroyo Jiménez, L. (2009). Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo. Marcial Pons.
3. Atienza, M. (2010, December). A vueltas con la ponderación. In *Anales de la cátedra Francisco Suárez* (Vol. 44, pp. 43-59).
4. Atienza, M., & Amado, J. A. G. (2017). *Un debate sobre la ponderación* (Vol. 11). Palestra Editores.
5. Ávila Santamaría, R. (2008). Los principios de aplicación de los derechos. *La Constitución del*, 39-72.
6. Barnes, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. Cuadernos de derecho público.
7. Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. Universidad Externado de Colombia. (págs. 225-238).
8. Bernal Pulido, C. (2005). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
9. Burga Coronel, A. (2017). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta constitucional*, 47, 253-267.

10. Carbonell, M. (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ministerio de justicia y derechos Humanos, 10-12.
11. Cárdenas Gracia, J. (2014). *Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad*. (B. M. Comparado, Ed.) UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
12. Casado Montilla, L.(2020) El delito de aborto en España. Universidad de Jaén. Andalucía
13. Observatorio de Bioética, U. C. V. (2022). ¿ Ha ignorado la Ciencia la Corte Suprema de Estados Unidos? La Corte Suprema de Estados Unidos ha juzgado la constitucionalidad de Roe vs. Wade.
14. Chalco Salgado, J. F. (2019). Hiperpresidencialismo y principio democrático en Ecuador. Velasco Caballero, F. (2009). Método de la ponderación y sistema competencial. Luis Ortega y Susana de la Sierra (coords.), Ponderación y Derecho Administrativo, Barcelona, Marcial Pons.
15. Cobo Reyes, R. (2019). El aborto desde la perspectiva constitucional. Universidad de Jaén. Andalucía.
16. De Fazio, F. (2016). Sobre La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica, de Jan-R. Sieckmann. Isonomía, (44), 193-199.
17. Domingo, R. (1004). “El aborto y el Tribunal Constitucional alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993”
18. Fassbender, B. (1998). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuadernos de Derecho Público.
19. Ferrajoli, L. (2018). Entrevista al profesor Luigi Ferrajoli. Lecciones y Ensayos, no. 100. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/100/entrevistaal-profesor-luigi-ferrajoli.pdf>.

20. Figueroa García-Huidobro, R. (2013). La moralidad del aborto: ampliando la discusión. *Acta bioethica*, 19(1), 105-112.
21. García Amado, J. (2016). ¿ Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación. *Revista iberoamericana de argumentación*, (13), 2.
22. García Amado, J. A. (2012). Sobre ponderaciones. Debatendo con Manuel Atienza”. *Manuel Atienza/Juan Antonio García Amado, Un debate sobre la ponderación, Lima/Bogotá, Palestra/Temis*, 39-85.
23. García de Enterría (1984). Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho. 1a ed. Civitas.
24. Gorra, D. (2014). Crítica a la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy: sistema de ponderación de principios. *Nuevas Fronteras de Filosofía Práctica*, 3, 43-61.
25. Guastini, R. (2007). Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. *Palestra del Tribunal Constitucional*, 2(8), 636.
26. Guastini, R. (2014). Interpretar y argumentar (Trad. S. Medina). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
27. Hohfeld, W. (1913): Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *The Yale Law Journal* (1931) 23(1). 16–59. Citado por la traducción española de G. Carrió: *Conceptos jurídicos fundamentales*. Centro Editor de América Latina
28. INEC (2019). Anuario de nacimientos y defunciones.
29. INEC (2019). Estadísticas Vitales Registro Estadístico de Nacidos Vivos y Defunciones Fetales 2019. Tasa específica de nacidos vivos de mujeres adolescentes de 10 a 14 años

30. INEC (2019). Estadísticas Vitales Registro Estadístico de Nacidos Vivos y Defunciones Fetales 2019. Tasa específica de nacidos vivos de mujeres adolescentes de 15 a 19 años.
31. JOHN RAWLS: «The Basic Liberties and Their Priority», en ID.: The Tanner Lectures on Human Values, Salt Lake City, 1983.
32. Kelsen, H. (2020). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.
33. Klatt, M., & Meister, M. (2017). *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. (R. Sánchez Gil, Ed., & R. Sánchez Gil, Trad.) Instituto de Investigaciones Jurídicas.
34. Lorenzo Copello, P. (2012). Dogmática y política criminal del aborto. Valencia: Tirant lo Blanch.
35. López Hidalgo, S. (2017). El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano. *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, 65(1), (págs. 185-217).
36. Ministerio de Salud Pública, Ministerio de Educación, Ministerio de Inclusión Económica y Social, Ministerio de Justicia, UNFPA, OPS (2018). Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en niñas y adolescentes, Ecuador 2018-2025. Disponible en: <https://bit.ly/2UjcGb2>. (Consultado en: 20 de junio de 2021)
37. Mogrovejo-Gavilanes, A., Erazo-Álvarez, J., Pozo-Cabrera, E., & Narvárez-Zurita, C. (2020). Aplicación del Principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. *IUSTITIA SOCIALIS*, 5(8), 91-116. doi:<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v5i8.563>
38. Observatorio de Bioética, U. C. V. (2022). ¿ Ha ignorado la Ciencia la Corte Suprema de Estados Unidos? La Corte Suprema de Estados Unidos ha juzgado la constitucionalidad de Roe vs. Wade.

39. Ocampo, J. J. P. (2014). Estado de excepción la despenalización del aborto en Colombia una perspectiva biopolítica o tanatopolítica. *Revista Vía Iuris*, (17), 83-96.
40. Palomo Caudillo, C. (2021). El caso de Paola Guzmán Albarracín, violencia sexual infantil en el ámbito educativo en Ecuador. UCA.
41. Pierre SCHLAG, 2015: How to do things with Hohfeld. *Law and Contemporary Problems* (2015) 78. 185–234.
URL: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol78/iss1/8>.
42. Pozzolo, S. (2006). Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da Constituição?. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 7(1), 231-253.
43. Prieto Sanchis, L (2007). El constitucionalismo de los derechos; en Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*. Trotta.
44. Prieto Sanchís, L. (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 201-228.
45. Rawls Jr, J. W. (1983). *Comparison of forward flight effects theory of A. Michalke and U. Michel with measured data* (No. NAS 1.26: 3665). NASA
46. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997
47. Rodríguez de Santiago, J. (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*. Marcial Pons.
48. Salazar, J. (2021). *Derecho Penal Parte General*. Edino.
49. Sarmiento, D. (2003). El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local. *Revista de administración pública*, 162, 145-171.

50. Storini, C y Navas, M. (2013). La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social, Nuevo derecho ecuatoriano. Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional.
51. United Nations Children's Fund, A Familiar Face: Violence in the lives of children and adolescents, UNICEF, New York, 2017, p. 73.
52. Vernengo, R. (2011). Entrevista personal. Realizada por Valeria Aviña
53. Wambra Medio Digital Comunitario. "El aborto es un tema de salud pública ¿por qué? <https://bit.ly/2UhqIdd> (Consultado en: 20 de octubre de 2022)
54. Wambra Medio Digital Comunitario. Las niñas invisibles en Ecuador. <https://bit.ly/2UwltXv> (Consultado en: 20 de octubre de 2022).

Leyes.

1. Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180. (Asamblea Nacional, 10 de agosto de 2021).
2. Constitución de la República de Ecuador, Registro Oficial 449. (Asamblea Nacional 25 de enero de 2021).
3. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52. (Asamblea Nacional, 03 de febrero de 2020).

Jurisprudencia:

1. Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012
2. Corte IDH, sentencia Caso I.V.* vs. Bolivia, de 30 de noviembre de 2016.
3. Sentencia Interpretativa Nro. 001-08-SI-CC, 001-08-SI-CC (Corte Constitucional del Ecuador 28 de Noviembre de 2008
4. Sentencia Nro. 048-13-SCN-CC, 019-12-CN (Corte Constitucional del Ecuador 04 de Septiembre de 2013).
5. Sentencia Nro. 048-13-SCN-CC, 019-12-CN (Corte Constitucional del Ecuador 04 de Septiembre de 2013).

6. Sentencia Nro. 11-18-CN/19, Caso Nro. 11-18-CN (Corte Constitucional del Ecuador 12 de Junio de 2019).