

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La vulneración de derechos de las niñas madres en el Ecuador**

**Jessy Sara Valdivieso Arcentales**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito  
para la obtención del título de  
Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2020

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:                    Jessy Sara Valdivieso Arcentales

Código:                                      00135447

Cédula de identidad:                    1805303466

Lugar y fecha:                              Quito, 20 de noviembre de 2020

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

# LA VULNERACIÓN DE DERECHOS DE LAS NIÑAS MADRES EN EL ECUADOR<sup>1</sup>

## THE VIOLATION OF THE RIGHTS OF GIRL MOTHER IN ECUADOR

Jessy Sara Valdivieso Arcentales<sup>2</sup>  
jvaldivieso@estud.usfq.edu.ec

### RESUMEN

El objetivo de este artículo es evidenciar cómo la violencia sexual impacta de manera negativa y permanente en la vida de niñas y adolescentes que, debido a la penalización del aborto en Ecuador, son obligadas a llevar a término un embarazo que ha sido producto de la violencia contra su integridad y libertad, dos de los derechos más básicos del ser humano. Las situaciones de las niñas madres del Ecuador exponen las consecuencias de un Estado que ha hecho caso omiso de algunas de las recomendaciones internacionales en materia de derechos humanos, y también de los esfuerzos de organizaciones no gubernamentales y activistas que trabajan en favor de los derechos de las mujeres.

**Palabras Clave:** aborto, violación sexual, niñas y adolescentes, maternidad forzada, violencia psicológica.

### ABSTRACT

The main goal of this article is to illustrate how sexual violence has a negative and permanent impact on the lives of girls and adolescents who, due to the criminalization of abortion in Ecuador, are forced to carry to term a pregnancy that is the product of violence against their integrity and most basic freedom as human beings. The situation of the girl-mothers of Ecuador shows the consequences of a State that has ignored international Human Rights recommendations, and the work of non-governmental organizations and activists that work in favor of women's rights.

**Keywords:** Abortion, rape, girls and teenagers, forced motherhood, psychological violence.

Fecha de lectura: 10 de diciembre de 2020

Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por: Mauricio Maldonado Muñoz., PhD. Profesor titular del Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito. Correo: mmaldonadom@usfq.edu.ec.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## **SUMARIO**

1.INTRODUCCIÓN.- 2. LOS DERECHOS VULNERADOS DE LAS NIÑAS MADRES – 2.1 MARCO JURÍDICO.- 2.2 MARCO NORMATIVO.- 2.3 TEORÍAS Y FUNDAMENTOS- 3. ESTADO DEL ARTE - 4. EL DAÑO PRODUCIDO EN LA VÍCTIMA - 5. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - 6. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - 7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

## 1. Introducción

La interrupción del embarazo continúa siendo un crimen en Ecuador (véase los arts. 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP). La lucha por su despenalización ha caracterizado al movimiento feminista desde hace varias décadas, y su consecución pretende constituirse en la materialización de uno de los aspectos más importantes de los derechos de las mujeres sobre su salud sexual y reproductiva. Pues bien, el objetivo de este ensayo es analizar la vulneración de derechos que ocurre cuando a una niña o adolescente no se le permite abortar habiendo sido víctima de una violación, y cómo falla el sistema de protección de derechos al imponer que las víctimas violentadas deban llevar a término un embarazo no deseado.

En lo que aquí concierne, la maternidad forzada es un problema social que ocurre cuando a una niña o adolescente se le impone continuar con un embarazo que ha sido el resultado de una violación; en el caso de Ecuador, esta imposición se basa en la legislación que penaliza el aborto. Esto aunque, en los casos de adolescentes, el tratamiento sea parcialmente diferente<sup>3</sup>.

La maternidad forzada, es consecuencia de la violencia sexual y simbólica<sup>4</sup> que sufren las mujeres, niñas y adolescentes ecuatorianas debido a una serie de conductas que “legitiman” diversas prácticas discriminatorias; empezando desde la poca protección que, según determinadas posiciones, ofrecen los ordenamientos jurídicos. Para Rosa Ricoy, es preocupante que, en la realidad, el derecho no haya escapado al sexismo; esto se evidencia, verbigracia, cuando los ordenamientos jurídicos sirven para fomentar conductas de dominio del hombre sobre la mujer: “mientras no se supere este muro

---

<sup>3</sup> Las personas adultas que cometen infracciones penales son juzgadas de acuerdo a los tipos penales y al procedimiento del COIP, mientras que los adolescentes que cometen infracciones penales están sujetos al procedimiento especial que contempla el CONA. Cabe destacar que los adolescentes son penalmente inimputables, esto quiere decir, que no pueden ser juzgados por jueces penales ordinarios ni se les podrá aplicar las sanciones impuestas para las personas adultas (art. 305 del CONA). A los adolescentes que hayan cometido delitos se les impondrá medidas socio-educativas mediante sentencia motivada y a la que precederá un juicio previo en el cual se deben garantizar todas las reglas del debido proceso. (Art. 370 del CONA y Art. 76 CRE). Las medidas socio-educativas son de dos clases: privativas de libertad y no privativas de libertad. (art. 372 CONA).

<sup>4</sup> La ley para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres la define, en su artículo 10 literal e como toda conducta que a través de la producción o reproducción de [...] signos e imposiciones de género, sociales, económicas, políticas, culturales y de ciencias religiosas, transmiten, reproducen y consolidan relaciones de dominación, exclusión, desigualdad y discriminación, naturalizando la subordinación de las mujeres.

jurídico, las mujeres no serán ciudadanas, si por tal se entiende aquellos sujetos en el ejercicio completo de sus derechos políticos, económicos y civiles<sup>5</sup>”.

Estos ordenamientos, si bien declaran, en muchos casos, como el ecuatoriano, la igualdad formal y material<sup>6</sup>, así como la no discriminación<sup>7</sup> como principios protegidos por la Constitución, no protegen efectivamente a la mujer frente a determinados tipos de violencia.

El embarazo infantil en niñas de 10 a 14 [...] ocasionado por una violación, se encuentra en aumento, registrándose 2534 embarazos en este grupo de edad sólo en 2015, sin considerarse las inscripciones tardías. Esto implica que Ecuador condena a las mujeres violadas y embarazadas, a elegir entre una maternidad forzada e impuesta o a un aborto probablemente inseguro, que no solo implica riesgos para la salud y vida de la mujeres, sino también para su libertad reproductiva<sup>8</sup>.

La igualdad formal implica que debe existir un trato idéntico a sujetos que se hallen en la misma situación; por otro lado, la igualdad material, establecida en el numeral 2, inciso 3, del artículo 11, supone principalmente que “el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real”; lo que se refiere a que los sujetos que se encuentren en condiciones diferentes requieren un tratamiento distinto para que se pueda equipar el goce y ejercicio de sus derechos al de otros sujetos<sup>9</sup>.

Para continuar, es necesario decir que el contexto social en el que se desarrolla esta situación es complejo debido a que, a lo largo de los últimos años, organizaciones no gubernamentales, políticos, fundaciones y activistas a favor de los derechos de libertad de las mujeres han intentado cambiar esta realidad en el país, sin lograrlo. Es posible decir, de hecho, que en determinados entornos se ha acentuado más la desidia de grupos que se oponen a estas reivindicaciones, y que trabajan en favor de mantener la prohibición del aborto, incluso en casos de violación. Y ello, a pesar de que Ecuador es un Estado laico<sup>10</sup> y que, por eso mismo, debe gobernarse con independencia de cualquier dogma

---

<sup>5</sup> Rosa Ricoy, “Teorías Jurídicas Feministas”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. No 1 de Jorge Fabra y Alvaro Nuñez (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015), 462.

<sup>6</sup> Artículo 66 numeral 4, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>7</sup> Artículo 11 numeral 2, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>8</sup> Informe sombra de seguimiento a la implementación de las recomendaciones del Comité de la CEDAW en los párrafos 21 a), b), y d); y, 33 c) Supra al Estado ecuatoriano, Informe, Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador, mayo de 2017, párr. 51.

<sup>9</sup> Véase en Sentencia 7-11-IA, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de octubre de 2019, párr. 18 y 19:

<sup>10</sup> Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

religioso que pueda influir en las políticas públicas o en las leyes. Es particularmente relevante resaltar que un Estado puede decirse *laico* cuando concurren dos libertades: la libertad de religión, y la libertad frente a la religión, lo que implica, ante todo, que un ideario religioso no puede imponerse a los ciudadanos mediante la legislación<sup>11</sup>.

Dada esta realidad, es importante enfatizar que las víctimas más vulnerables son las menores de dieciocho años, que no han alcanzado la madurez sexual y psicológica para afrontar un embarazo, además de que este sea producto del ataque más íntimo hacia su integridad como seres humanos. Como consecuencia de esto, ocurre la frustración de su plan de vida; ello, debido a que con frecuencia ello supone que se vean en la obligación de abandonar sus estudios, a buscar diferentes mecanismos de sustento, lo que reduce de manera considerable sus oportunidades laborales en un futuro (aumentando, además, las posibilidades de que vivan inmersas en un círculo de violencia ulterior<sup>12</sup>). Esta es la realidad de miles de niñas ecuatorianas que se convierten en madres.

La maternidad temprana profundiza la pobreza de las mujeres. Una investigación realizada en 16 países de América Latina demuestra los impactos negativos de la maternidad adolescente sobre los logros educativos de niños y niñas de hogares pobres. [...] se ha encontrado que el ser madre adolescente aumenta la probabilidad de ser pobre de 16% a 28%<sup>13</sup>.

Según Virginia Gómez y Martha López, el Ecuador “es un Estado que, al invisibilizar a las niñas en el escenario de los delitos sexuales, no hace nada para prevenir, enfrentar, promover y peor aún reparar a estas niñas en sus derechos vulnerados<sup>14</sup>”. Debido a esto, en el país la violencia sexual se presenta como un fenómeno normalizado en la cultura. Entendiendo al término “cultura” en sentido amplio, es importante analizar cómo el ordenamiento jurídico también puede hacer parte de este problema social. Esto se suma a la proyección de estereotipos de género que deben sufrir las víctimas y sus familias, también por parte de muchos funcionarios públicos que tienen actitudes de indiferencia o condena frente a este tipo de casos. La Corte IDH se ha referido a esta situación como una conducta que constituye estereotipos y sesgos, y que debe ser

---

<sup>11</sup> Mauricio Maldonado et al, “Matrimonio igualitario en Ecuador: Argumentos en torno a su reconocimiento”, *Cálamo Revista de Estudios Jurídicos* 12 (2019), 25.

<sup>12</sup> Ver Violación y embarazo: cuando la reparación integral es el desafío, Informe, Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador y otros, 2017, 19.

<sup>13</sup> Plan de prevención del embarazo en adolescentes Ecuador, Ministerio de Salud Pública, s/f.

<sup>14</sup> Virginia Gómez y Martha López. “Vulnerabilidad Programática: Ecuador es cómplice y encubridor de la violencia sexual”. *Vidas Robadas II: Una Respuesta Incompleta Del Estado Al Embarazo Infantil, No Es Respuesta* (2018): 19. [https://38174366-d717-4629-9c57-c2256dca2e79.filesusr.com/ugd/8313b8\\_6ae0d40c1a514b56baf8c5f124e3fa38.pdf](https://38174366-d717-4629-9c57-c2256dca2e79.filesusr.com/ugd/8313b8_6ae0d40c1a514b56baf8c5f124e3fa38.pdf).

afrontada con sanciones, cursos permanentes de educación y capacitaciones enfocadas en DDHH y género: “Las capacitaciones deben generar que todos los funcionarios reconozcan las afectaciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos”<sup>15</sup>.

Con motivo de todo lo expuesto, es importante remarcar que el Ecuador es un Estado que debe cumplir con obligaciones internacionales de derechos humanos referentes a aborto y la protección infantil ante delitos sexuales. En este ensayo se analizarán los instrumentos internacionales más importantes como tratados, jurisprudencia y opiniones consultivas para que el Estado pueda adaptar el ordenamiento jurídico interno en favor de la protección de los derechos de mujeres, niñas y adolescentes que han sufrido este tipo de abusos.

Por los fines consiguientes, el presente ensayo tiene como objetivo “exponer las características de los fenómenos” que, de acuerdo con cierta corriente metodológica, supone “medir una o más variables dependiendo de una población definida<sup>16</sup>”. De ese modo, en primer lugar se introducirá al contexto social de las niñas que han sido víctimas de delitos sexuales y que se convierten en madres como consecuencia de estos. En el acápite dos se observará la normativa nacional e internacional que protege los derechos sexuales de las niñas y adolescentes. En el acápite tres se abordará, en líneas generales, el estado de la cuestión. En el acápite cuatro se analizará el daño producido en la víctima en la esfera física, social y psicológica. En el acápite cinco se analizará el principio del interés superior del niño en el contexto de este trabajo. Por último, se analizará el principio de proporcionalidad aplicándolo al análisis del caso que aquí nos ocupa.

## **2. Derechos vulnerados de las niñas madres y sistema de protección integral**

En el Ecuador existe un alto índice de violencia sexual en contra de niñas y adolescentes. Como consecuencia de esto, se ubica como el tercer país en Latinoamérica con el más alto índice de embarazo precoz<sup>17</sup>. Todo empieza con el desenvolvimiento de la vida de las mujeres y niñas en la sociedad, que no está libre de violencia. En particular, la violencia sexual abarca desde el acoso, el abuso sexual, la pornografía infantil, así como, en más alto grado, la violación, que suele darse en el entorno familiar de la víctima,

---

<sup>15</sup> Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Corte IDH, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 540.

<sup>16</sup> Gabriel Alvarez, *Metodología de la Investigación Jurídica: Hacia una nueva perspectiva* (Santiago: Universidad Central de Chile, 2002), 33.

<sup>17</sup> Plan Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 2017-2021, Plan, Ministerio de Salud Pública, 2017, 20.

obedeciendo en todos los casos a una situación de desigualdad y de vulnerabilidad. En este entorno se transgreden derechos de libertad, en especial el derecho a la integridad y el derecho a una vida libre de violencia. Nora Picasso expresa que “en la gran mayoría de casos, los agresores de las mujeres son personas conocidas o cercanas. En este tipo de contextos, denunciar al agresor tiene una serie de implicaciones que las mujeres no necesariamente están dispuestas a asumir<sup>18</sup>”. Esto evidencia cómo los roles que la sociedad y la familia imponen en las mujeres y niñas una conducta pacifista y permisiva de estas conductas, siendo este un elemento contribuyente de la violación de su derecho a la protección contra todo tipo de violencia, maltrato o negligencia que genere tales situaciones<sup>19</sup>.

Además de vivir con las secuelas de una agresión sexual, las niñas y adolescentes que son obligadas a tener un embarazo no deseado, deben enfrentar los riesgos y complicaciones que ocasiona un embarazo en un rango de edad en que el cuerpo de la mujer no está preparado para tal suceso. Estas complicaciones no solo afectan el cuerpo de la madre, sino que también comprometen la salud y desarrollo del “nasciturus”.

Los hijos/as de niñas embarazadas tienen de dos a siete mayores probabilidades de tener bajo peso al nacer; las afectaciones para las niñas pueden perturbar su salud y crecimiento; se perpetúa el ciclo de la pobreza; aumenta la deserción escolar; existe mayor riesgo de que los hijos/as sufran abuso físico, negligencia o desnutrición, y en general se afecta de manera directa el derecho de las niñas a vivir libres de violencia y su derecho a crecer y a ser educadas libres de patrones estereotipados<sup>20</sup>.

Como se explica, las afectaciones a la esfera de la vida de la niña o adolescente, abarcan muchas aristas como la salud mental y física, que pueden verse afectadas de manera definitiva al continuar con el embarazo. Se vulnera el derecho a la integridad personal, que abarca la integridad física, psíquica, moral y sexual<sup>21</sup>, así como también el derecho a la salud<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Nora Picasso, “El requisito de denuncia para acceder al aborto”, en *El aborto en América Latina* (Buenos Aires: siglo veintiuno editores, 2018), 231.

<sup>19</sup> Artículo 46.4, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre de 2008

<sup>20</sup> Informe hemisférico sobre violencia sexual y embarazo infantil en los Estados parte de la Convención de Belén Do Pará, Informe, Mesecvi, 2016, párr. 13

<sup>21</sup> Artículo 66.3 literal a, CRE.

<sup>22</sup> Artículo 32, CRE.

Además del hecho de que, como ya dijo, la mayoría recurra a abandonar los estudios<sup>23</sup> para poder hacerse cargo de la “nueva vida en camino”. Esto las perjudica con especial énfasis porque así se limitan sus posibilidades académicas y laborales; aquellas que hubieran podido tener si hubiesen logrado culminar su educación formal libres de violencia e imposiciones legales (como la prohibición de aborto). De esta manera se transgrede, también, al menos de manera indirecta, el derecho a la educación<sup>24</sup>.

Para cuando cumpla 25 años, una niña que en la actualidad tenga 10, esté sana y haya recibido una educación en Marruecos o Costa Rica, por ejemplo, habrá ganado 30.000 dólares más que otra de la misma edad con mala salud y que no haya terminado la enseñanza secundaria<sup>25</sup>.

Por otra parte, el Estado ocupa una cantidad considerable de recursos económicos con el fin de manejar los efectos de esta problemática; los embarazos no deseados requieren de estos recursos para poder ser atendidos y brindar, en la medida de lo posible, atención a la salud a las jóvenes madres.

La atención de embarazos no intencionados en el grupo de adolescentes le significó al MSP un costo total estimado en \$14,34 mdd. De estos, 49% (\$7mdd) estuvo representado por la atención prenatal, 46.4% (\$6.65mdd) en la atención de partos de nacidos vivos (por vía vaginal o cesárea), 0.95% (\$0.13mdd) en la atención de complicaciones obstétricas, 3.23% (\$0.46mdd) en atención de embarazos que terminan en aborto y 0.37% (\$0.05mdd) en la atención de nacimientos de óbitos fetales<sup>26</sup>.

En Ecuador todavía existe resistencia a que en todos los centros educativos, públicos o privados, se imparta una materia de educación sexual integral<sup>27</sup>. Esta postura rígida dentro del ámbito educacional influye de manera negativa en la vida de niñas y adolescentes que, dadas estas circunstancias, pueden no estar conscientes o debidamente preparadas para afrontar diversas conductas sexuales inapropiadas. Este impedimento en la educación, cuando ocurre, constituye una vulneración al derecho a tomar decisiones

---

<sup>23</sup> Martha Molina y otros, “Embarazo en la adolescencia y su relación con la deserción escolar”, *Revista Médica de Chile* 132 (2004), 66.

<sup>24</sup> Artículo 27, CRE.

<sup>25</sup> Estado de la población mundial, Informe, Fondo de Población de las Naciones Unidas UNFPA, 2016, 48.

<sup>26</sup> Costos de Omisión en Salud Sexual y Reproductiva en Ecuador, Resumen ejecutivo, Ministerio de Salud Pública, 2017, 12.

<sup>27</sup> Kristel Comarco y Daniela Plasencia, “Prevención del embarazo adolescente a través de la educación sexual” (Trabajo de Titulación, Universidad San Francisco de Quito, 2017), 60.

libres, responsables e informadas sobre la salud reproductiva, y a decidir la cantidad de hijos por tener<sup>28</sup>.

## **2.1. Organismos responsables del cumplimiento de derechos de NNA**

Como parte de la protección a la infancia, existen instituciones especializadas para garantizar el cumplimiento de sus derechos. En Ecuador existe el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia<sup>29</sup>, que está integrado por tres niveles de organismos: los organismos de definición, planificación, control y evaluación de políticas, en los que se incluyen el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia y los Concejos cantonales de la Niñez y la Adolescencia; los organismos de protección, defensa y exigibilidad de derechos, en los cuales se encuentran inmersos las Juntas Cantonales de Protección de Derechos y la administración de justicia especializada y otros organismos como la Fiscalía, ya que la esta cuenta con fiscales especializados en esta materia; los organismos de ejecución de políticas, planes, programas y proyectos, en donde encontramos tanto a las entidades públicas de atención como a las entidades privadas, entre las cuales se encuentran los hospitales, las unidades educativas, los centros de atención especializada, entre otros. Otro organismo importante dentro de este sistema nacional de protección es la Dinapen, que es la Policía Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes<sup>30</sup>, encargada de ejercer el control de lo resuelto por las autoridades y, además, intervenir en operativos de control del cumplimiento de los derechos de los sujetos protegidos, así como de investigar las posibles vulneraciones de derechos que se comentan en su contra. En cada cantón debe existir la Junta de Protección de Derechos y su administración, el nombramiento de sus miembros y control está a cargo de los Gobiernos autónomos descentralizados<sup>31</sup>.

## **2.1. Marco jurídico**

En el presente trabajo se analiza el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la normativa internacional referente a la protección infantil y aborto. Entre la normativa internacional aplicable encontramos a la Convención de Derechos del Niño, la Convención Americana de DDHH, la Convención Interamericana para Prevenir,

---

<sup>28</sup> Artículo 66 numeral 10, CRE.

<sup>29</sup> Artículo 190, Código de la Niñez y Adolescencia, CNA, R.O. 737 de 3 de enero de 2003.

<sup>30</sup> Artículo 208, CONA

<sup>31</sup> Artículo 38, Ley Orgánica para Prevenir y erradicar la Violencia contra las Mujeres. R.O. Suplemento 175 de 5 de febrero de 2018.

Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (en adelante, Convención de Belem Do Pará), la Opinión Consultiva No. 17/02 referente a los derechos de los niños, y la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la mujer (en adelante, CEDAW).

La normativa nacional sujeta a análisis es la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE), en la cual se destacarán los derechos constitucionales de niñas y adolescentes que deben ser ponderados; el Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante, CONA), que instituye varios de varios “principios rectores”, en especial el principio de interés superior del niño<sup>32</sup> y el principio de aplicación e interpretación más favorable al niño, niña o adolescente<sup>33</sup>; y, por último, la Ley para Erradicar toda Forma de Violencia contra la Mujer, que contiene las definiciones fundamentales que ocupan este ensayo, como violencia psicológica, sexual y gineco-obstétrica<sup>34</sup>.

## 2.2. Jurisprudencia comparada

A continuación se analizará jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y de la Corte Constitucional colombiana. Se han elegido estas cortes dada su relevancia, con el propósito de analizar sus decisiones e identificar soluciones y mecanismos útiles que se podrían aplicar en Ecuador.

Para empezar, de acuerdo a la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la Corte IDH ha dicho, en su parte pertinente, que la protección del derecho a la vida<sup>35</sup> establecido en la Convención Americana de DDHH “no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general<sup>36</sup>”. Además, dice la Corte, “que el objeto y fin de la cláusula *en general* del artículo 4.1. de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos<sup>37</sup>”. De igual manera, el alcance de la cláusula “en general, desde la concepción”,

---

<sup>32</sup> Artículo 11, CONA.

<sup>33</sup> Artículo 14, CONA.

<sup>34</sup> Artículo 10, Ley Orgánica para Prevenir y erradicar la Violencia contra las Mujeres, 2018.

<sup>35</sup> Artículo 4, Convención Americana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 33 de noviembre de 1969, ratificado por Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

<sup>36</sup> *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Corte IDH. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Párr. 264.

<sup>37</sup> *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, párr. 263.

reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre<sup>38</sup>. En otra sección de este ensayo se analizarán tales derechos.

La Constitución establece que se protegerá la vida “desde la concepción”<sup>39</sup>. En armonía con lo dicho por la Corte IDH, debe decirse que el derecho a la vida no es absoluto, por lo que puede estar sujeto, en determinados casos, a algunas excepciones y ponderaciones. En el caso que ocupa este artículo, lo importante es subrayar la importancia que tiene salvaguardar la vida digna de la niña o adolescente que está atravesando las consecuencias de ser la víctima de un delito sexual.

Por otra parte, en el caso colombiano, la Corte Constitucional declaró que “si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida [...] esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales”<sup>40</sup>

En este caso, la Corte señaló que se debe realizar una ponderación entre el derecho a la vida y otros derechos constitucionales, que en este caso constituyen una vida libre de todo tipo de violencia, la dignidad humana, la libertad de decisión, el acceso a la salud sexual y reproductiva, a decidir la cantidad de hijos a procrear, el derecho a la educación integral, el libre desarrollo de la personalidad.

En otro caso, la Corte Constitucional colombiana analizó el caso en el que una menor de doce años de edad embarazada solicitó la interrupción del embarazo, para la cual el médico expidió un certificado advirtiendo que existía un riesgo para la salud si se procedía a continuar con el embarazo. Señaló que peligraba su salud emocional debido a que pudo identificar “frustración y depresión”, y su salud física, por el peligro de “complicaciones obstétricas”<sup>41</sup>.

En este caso, el psiquiatra diagnosticó una reacción “depresiva-ansiosa”, generada por su estado de embarazo, y concluyó que la “continuidad del mismo afectó su salud mental”<sup>42</sup>. Por lo ya mencionado, la Corte declaró que el derecho a la interrupción del

---

<sup>38</sup> Artavia Murillo vs. Costa Rica, párr. 260.

<sup>39</sup> Artículo 45, CRE.

<sup>40</sup> Sentencia C-355/06, Corte Constitucional de Colombia, 10 de mayo de 2006.

<sup>41</sup> Sentencia T-841/11, Corte Constitucional de Colombia, 3 de noviembre de 2011, párr. 2.

<sup>42</sup> Sentencia T-841/11, párr. 5.

embarazo tiene un carácter fundamental, ya que es parte de los derechos reproductivos y, de manera específica, de la autonomía reproductiva. Afirmó que en esta categoría se incluye “el derecho fundamental de toda persona a decidir libremente el número de hijos a tener”<sup>43</sup>.

Se hace referencia a esta sentencia para evidenciar cómo la jurisprudencia constitucional puede ayudar a resolver algunos problemas de interpretación y aplicación, ante todo en defensa de una concepción que privilegie la protección de todos los derechos fundamentales involucrados, o sea, de acuerdo con una perspectiva integral que incluya también la consideración de las afectaciones psicológicas y emocionales consiguientes que son el producto de un delito, la violación sexual.

### **2.3. Teorías o fundamentos**

Este ensayo se ha adoptado una óptica de defensa de derechos humanos (en adelante, DDHH), siendo entendidos como el conjunto de aquellas normas que reconocen posiciones jurídicas subjetivas fundamentales, en el sentido de que pretenden proteger aspectos como la libertad, la igualdad y algunas necesidades más básicas del ser humano. Según Mauricio Maldonado, se constituye “una libertad cuando un determinado individuo (su titular) no está obligado a hacer algo, pero tampoco está obligado a no hacerlo”<sup>44</sup>. En este sentido, a efectos del tema que ocupa este ensayo, está claro que esta es una libertad que las menores de edad que son víctimas de delitos sexuales no tienen (así como las mujeres en general).

De acuerdo con una concepción algo extendida, “el derecho al trato igual, a la equidad, a la igualdad ante la ley, a un trato igualitario y equilibrado<sup>45</sup>” constituye el fundamento de la filosofía de los derechos fundamentales. Es preciso recalcar que el hecho de que el aborto esté penalizado, evidencia que existe un trato desigual desde la legislación hacia la mujer; en la medida de que la ley penal castiga a las mujeres por tomar una decisión sobre su propio cuerpo, afectando, así, el derecho al ejercicio de su libertad. Esto es como decir que, en nuestro ordenamiento jurídico, existe una norma que pretende castigar a la mujer que ha tomado la decisión de abortar, incluso en los casos de violación,

---

<sup>43</sup> Id, párr. 17.

<sup>44</sup> Mauricio Maldonado, *Los Derechos Fundamentales: Un estudio conceptual* (Lima: ARA Editores, 2018), 38.

<sup>45</sup> Mauricio Beuchot, *Derechos Humanos: Historia y Filosofía* (México D.F.: Distribuciones Fontamara S.A., 2008), 11.

recayendo en ella una obligación a la que está constreñida por sus características biológicas (la posibilidad de engendrar).

En el caso de las niñas y adolescentes, la afectación se agrava de manera considerable debido a la vulnerabilidad que enfrenta este grupo poblacional, que, al encontrarse en una etapa temprana del desarrollo de la vida, tiene otras necesidades básicas, como el derecho al acceso a una educación suficiente, así como también el acceso a los servicios de salud, educación integral y a una vivienda digna<sup>46</sup>, entre otros.

### 3. Estado del arte

En este apartado se abordarán términos y definiciones que fundamentan este ensayo. De acuerdo a Gary Cunningham y otros, el aborto puede definirse, mínimamente, como “la interrupción intencional del embarazo<sup>47</sup>”.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud define a la violencia sexual como “todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona”<sup>48</sup>. Los actos que derivan de este tipo de violencia son diversos y pueden ocurrir, inclusive, en ámbitos como el escolar, el laboral o el doméstico.

Uno de los tipos de violencia que más afecta a las mujeres es la violencia obstétrica, aquella que, según Gabriela Arguedas, se caracteriza por ser un conjunto de “prácticas que degrada, intimida y oprime a las mujeres y a las niñas en el ámbito de la atención en salud reproductiva y [...] que se agrava en el período del embarazo, parto y postparto”<sup>49</sup>. Esta forma de violencia es común y ocurre en las casas de salud en donde el personal médico no brinda una atención de calidad: esto abarca el pronunciamiento de comentarios con intención de ofender e incomodar durante la atención ginecológica, la examinación en presencia de otras personas sin ser consentida, la obligación a permanecer en posiciones incómodas, etc. En este país, 48 de 100 mujeres han experimentado las situaciones ya mencionadas<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Artículo 26, CONA.

<sup>47</sup> Gary Cunningham et al, *Williams Obstetricia*, (México D.F.: McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A., 2011) 215.

<sup>48</sup> Informe mundial sobre la violencia en el mundo, Informe, Organización Mundial de la Salud, 11 de diciembre de 2006.

<sup>49</sup> Gabriela Arguedas, “La violencia obstétrica: propuesta conceptual a partir de la experiencia costarricense”, Cuadernos Inter Cambio sobre Centroamérica y el Caribe, vol 11 (2014), 146-147.

<sup>50</sup> Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2019, 61. Encontrado en

Para continuar, la maternidad forzada ocurre cuando se le impone a la niña, mujer o adolescente, llevar a término un embarazo, aun cuando este haya sido producto de la violencia sexual. Para Ferrajoli

se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre; [...] porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma<sup>51</sup>.

El referido autor no deja de reconocer que la mujer es un sujeto de derechos que, por condiciones físicas y biológicas, posee una característica que la diferencia del resto de seres humanos. Debe existir una total autonomía sobre la mente y el propio cuerpo. No se puede imponer una carga desproporcionada a una mujer por el hecho de serlo y, con ello, poder engendrar. Podemos decir que estos derechos son exclusivos de las mujeres. Tales derechos, en lo que aquí interesa, se encuentran desarrollados y reconocidos en la Convención de Belem Do Pará, que reconoce que las mujeres están expuestas a ser víctimas de diversos tipos de violencia, lo que comprende tres grandes grupos: la violencia física, la violencia sexual y la violencia psicológica<sup>52</sup>. En este orden de ideas, se le reconoce a la mujer el derecho a vivir una vida libre de violencia, en el que se incluye el derecho a disfrutar las libertades consagradas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, el derecho a que se respete la vida y la integridad, no solo física, sino también psíquica y moral, el derecho a la libertad y seguridad personal, y a que no sean sometidas a torturas, el derecho a ser libres de toda discriminación y el derecho a ser valorada y educada libre de patrones culturales de inferioridad o de subordinación<sup>53</sup>.

En la línea de la Convención se puede decir que a las mujeres se les debe reconocer y garantizar un derecho amplio a la libertad<sup>54</sup>; en este caso, respecto de la posibilidad de

---

[https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas\\_Sociales/Violencia\\_de\\_genero\\_2019/Principales%20resultados%20ENVIGMU%202019.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/Principales%20resultados%20ENVIGMU%202019.pdf)

<sup>51</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías: La ley del más débil*, (Madrid: Editorial Trotta S.A., 2014) 84.

<sup>52</sup> Artículo 2, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar las Violencia contra las Mujeres, Belén Do Pará, 9 de junio de 1994, ratificado por el Ecuador el 15 de septiembre de 1995

<sup>53</sup> Artículo 6, literal a y b, Convención de Belem Do Pará.

<sup>54</sup> Artículo 4 literal c, Convención de Belem Do Pará.

convertirse en madre o no hacerlo, ante todo cuando esa situación se presenta en la vida como el producto de un acto de agresión sexual que implica tortura, desequilibrio emocional y menoscabo de la integridad psicológica de las mujeres<sup>55</sup>; ello, puesto que sobrellevar un embarazo en estas condiciones implica un daño de la integridad moral, sumado al daño físico causado.

A pesar de ser un grupo de la sociedad que ha sido reprimido históricamente, las manifestaciones de violencia se incrementan cuando se trata de niñas y adolescentes, sobre todo aquellas de bajos recursos económicos. Aquellas que tienen poco acceso a la educación y que residen en áreas rurales donde existe poco o ningún control institucional que garantice el cumplimiento de sus derechos. “En ausencia de instancias de la administración de la justicia en zonas rurales, pobres y marginadas; la falta de abogados de oficio para las víctimas de violencia que no cuentan con recursos económicos”<sup>56</sup> se vulnera el derecho de igualdad y no discriminación por motivo de sexo y condiciones socio-económicas<sup>57</sup>.

Por otra parte, a efectos de la protección infantil, existe el principio del interés superior del niño, el cual, según la Opinión Consultiva 17/02, debe ser un principio rector de esta rama; ello, debido a que se basa en la “la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención de Derechos del Niño<sup>58</sup>”. Los niños, al encontrarse en esta etapa del desarrollo de su vida, merecen una vida digna, libre de cualquier tipo de maltrato y abuso. Esto supone que se pueda garantizar un contexto social en el que se desarrollen de manera integral, un ambiente propicio para que puedan desarrollar sus capacidades a través de la educación, el ocio, el deporte y otras actividades de recreación<sup>59</sup> que representen provecho para el libre desarrollo de su personalidad<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> Artículo 3 literal d, Convención de Belem Do Pará.

<sup>56</sup> Vidas robadas, Estudio multipaís sobre los efectos en la salud de las maternidades forzadas en niñas de 9–14 años, Planned Parenthood, s.f., 56.

<sup>57</sup> Artículo 11, CRE.

<sup>58</sup> Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva, Corte IDH, OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, párr. 56.

<sup>59</sup> Artículo 26, CNA.

<sup>60</sup> Este concepto se basa en la condición de gozar de la vida privada: forma en la que el individuo se ve así mismo y decide proyectarse hacia los demás. Véase en Caso I.V. vs. Bolivia, Corte IDH, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 152.

#### **4. El daño producido en la víctima de violación y embarazo en las tres dimensiones de su salud integral: física, mental y social**

El hecho de sufrir una violación sexual trae consecuencias que afectan a todas las áreas del desarrollo integral de una niña o adolescente, ya que el desarrollo integral comprende su desarrollo físico y mental, así como su sana interacción social y las posibilidades de, en el futuro, poder desenvolverse como una ciudadana activa.

Las mujeres que se convierten en madres adolescentes tienen menos probabilidad de terminar la escuela, más probabilidad de tener empleos de pago bajo, más probabilidad de recibir asistencia social durante los años siguientes al nacimiento y más probabilidad de ser madres solteras y sufrir mayores niveles de pobreza<sup>61</sup>.

Al no culminar los estudios para dedicarse al cuidado de un niño, las niñas se ven obligadas a privar su vida de la educación, y esto tiene consecuencias negativas y permanentes en el futuro, ya que –como se dijo antes– no podrán acceder, en general, a la formación profesional, por lo que tendrán que tolerar empleos precarios e informales con baja remuneración. Esto, como muestran los informes y la literatura citada, es muy común.

Con relación a la salud física, debe decirse que el cuerpo de una menor de edad no se encuentra en las condiciones óptimas para desarrollar una vida dentro de sí, y que esto produce consecuencias negativas en la salud de la gestante.

En la mayoría de los estudios, una gran parte de las participantes sufrió alguna complicación con su embarazo, entre las cuales las más comunes fueron anemia, náuseas/vómitos o infecciones urinarias o vaginales. Sin embargo, se observaron varios casos de complicaciones más severas, entre ellas, preeclampsia-eclampsia, ruptura de membranas<sup>62</sup>.

En cuanto a la salud mental, los casos de acoso, abuso y violación sexual, alteran la salud mental de sus víctimas: esto se da, en realidad, independientemente de la edad, aunque se puede decir que esta alteración siempre será más grave e irreversible en las niñas y adolescentes; ello, debido a que, por sus características físicas y emocionales, así como su personalidad, se encuentran en pleno desarrollo. Estas niñas no han alcanzado

---

<sup>61</sup> Vidas robadas, Estudio multipaís sobre los efectos en la salud de las maternidades forzadas en niñas de 9–14 años, Planned Parenthood, s.f., 33

<sup>62</sup> Id., 30.

aún el grado de madurez necesario para afrontar las secuelas de un acto violento en contra de su integridad y su libertad, creando frustración en su proyecto de vida, disminución en su calidad de vida y anulación de su personalidad y autoestima. Beatriz Galli explica que “la criminalización del aborto impone la maternidad como el único destino posible para las mujeres y adolescentes, [por lo que] niega su capacidad para decidir de forma autónoma sobre su proyecto de vida”<sup>63</sup>. Esto encadena su futuro a condiciones de vida desfavorables, las estadísticas lo muestran.

A la par, dentro del campo de la salud mental, el mayor deterioro generado en los casos de violencia sexual se denomina, en la psiquiatría y la psicología, “trastorno de estrés postraumático” (TEPT). Este es definido como la anidación irreversible, en la mente de la víctima, de los recuerdos del acto doloroso, traumatizante y violento al que fue sometida. Así, Enrique Echeburúa manifiesta que el referido trastorno “aparece cuando la persona ha sufrido una agresión física o una amenaza para la vida de uno mismo o de otra persona y cuando la reacción emocional experimentada implica una respuesta intensa de miedo, horror o indefensión”<sup>64</sup>.

A partir de este trastorno se desarrollan síntomas fisiológicos y psíquicos como el insomnio, la ansiedad generalizada, la ansiedad social, así como otros trastornos en la esfera cognitiva de la víctima; a saber, falta de concentración, bloqueos mentales, etc<sup>65</sup>. Todo lo descrito se encuentra calificado por la Organización Mundial de la Salud como enfermedades o trastornos mentales, y se encuentra codificado en los glosarios de diagnóstico de la salud mental, tales como el “CIE-10”, esto es, la Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales.

Los eventos traumáticos como el abuso infantil aumentan el riesgo de suicidio de una persona. El trastorno de estrés postraumático se asocia con la ideación suicida e intentos

---

<sup>63</sup> Beatriz Galli, “Reflexiones sobre el estigma social y la violencia institucional en procesos judiciales de adolescentes y mujeres culpables de aborto en el Estado de Rio de Janeiro”, en *El aborto en América Latina* (Buenos Aires: siglo veintiuno editores, 2018), 334.

<sup>64</sup> Enrique Echeburúa y otros, “Escala de gravedad de síntomas del trastorno de estrés postraumático: propiedades psicométricas” en *Análisis y Modificación de Conducta* (Euskadi: Universidad del País Vasco, 1997) 1.

<sup>65</sup> Enrique Echeburúa y Paz de Corral, “Trastornos relacionados con traumas y factores de estrés” en *Manual de psicopatología y trastornos psicológicos* (Madrid: Ediciones Pirámide, 2014) 295.

de suicidio, y la presencia de la enfermedad podría indicar que estas personas con ideación finalmente van a acabar haciendo un plan de suicidio<sup>66</sup>.

El CONA también reconoce a niños, niñas y adolescentes, en su artículo 27, el derecho a la salud física, mental, psicológica y sexual<sup>67</sup>, que va en línea de la aplicación del interés superior del niño. En este sentido puede decirse que tal principio puede servir como un argumento en favor de la defensa de la posibilidad de que niñas y adolescentes tengan derecho a acceder a un aborto en condiciones de salubridad y en garantía de su dignidad personal (al haber sido violadas: *iuris et de iure*, tal no admite prueba en contrario<sup>68</sup>).

En 2020, la Corte IDH declaró a Ecuador responsable en el caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. En dicho caso, la Corte enfatizó que los trastornos traumáticos causados por la violación a una niña o adolescente llevan al deterioro de la salud mental, a tal extremo que la víctima puede llegar a dudar sobre el valor de su vida y, finalmente, cometer suicidio. Debido a esto, en estos casos, es elemental la aplicación del principio del *interés superior de las niñas*; ello, porque da lugar a desarrollar reglas de aplicación en casos excepcionales, que deberían redundar en la garantía del derecho al aborto en los casos de violación. Con ello, entonces, permitir que las mujeres, pero de manera particular las niñas y adolescentes, puedan interrumpir su embarazo bajo la protección de las autoridades estatales, en condiciones de salubridad y seguridad, como ya se ha mencionado.

La Corte IDH, en el caso mencionado, ha señalado:

El sufrimiento de Paola se hizo patente a partir de su suicidio. Este acto evidencia hasta qué punto el sufrimiento psicológico resultó insostenible para la víctima. El vínculo del suicidio con la violencia sexual se infiere de las cartas que dejó Paola, en las que hizo

---

<sup>66</sup> American Psychiatric Association, Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (España: Editorial Médica Panamericana), 278.

<sup>67</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, CNA, R.O. 737 de 3 de enero de 2003.

<sup>68</sup> Veáse en art. 171 del COIP: violación es el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, [...] de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos: [...] en su numeral 3 señala que cuando la víctima sea menor de catorce años. Es decir, no admite prueba en contrario cuando se trata de niñas y adolescentes.

referencia clara a su relación con el Vicerrector, señalando que ya no podía aguantar lo que estaba sufriendo y que por ese motivo ingirió veneno<sup>69</sup>.

Para continuar, se toma en cuenta la esfera de la salud social en la cual las víctimas de violencia sexual interrumpen su interacción social por sentimientos de vergüenza, culpa, falta de apoyo familiar. En el caso de un embarazo llevado a término por una niña o adolescente, se trata de anular drásticamente su nivel de interacción social porque la víctima deberá madurar antes de tiempo, crecer forzosamente para asumir ese rol de madre que le demanda la sociedad, evidenciando la existencia de una desidia estatal respecto de la salud e integridad mental de las víctimas, de su libertad, de su capacidad de decisión y de su falta de acceso a un sistema de genuina protección integral de derechos.

El Comité de Derechos del Niño, en este mismo sentido, ha instado a Ecuador a “adoptar concretamente medidas especiales para proteger la integridad física, sexual y mental de los adolescentes impedidos, que son especialmente vulnerables a los abusos y los descuidos”<sup>70</sup>.

## **5. Interés superior del niño**

De acuerdo a Cillero, citado por Farith Simon, este principio es

Una garantía ya que toda decisión que concierne al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres [...] y sirve para iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta [...]<sup>71</sup>.

Se observa que, para este autor, esta garantía debe ser utilizada como punto de partida y principal consideración para la toma de decisiones en favor de sus derechos. Empezando por los padres; luego también por las autoridades, las instituciones públicas y privadas; y, finalmente, los jueces, quienes son los encargados de administrar justicia.

---

<sup>69</sup> Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, Corte IDH, 24 de junio de 2020, párr. 151.

<sup>70</sup> La salud y desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de Derechos del Niño, Observación General No. 4, CRC/GC/2003/4, julio de 2003.

<sup>71</sup> Farith Simon, *Interés Superior del Niño: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*, (Quito: Ed. Iuris Dictio, 2014), 140.

El interés superior del niño se encuentra recogido en el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño<sup>72</sup>, en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador, y en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia<sup>73</sup>.

Existen tres esferas que pueden destacarse dentro de este principio, así: se funda en a) la dignidad misma del ser humano, b) en las características propias de los niños y c) en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades<sup>74</sup>. De acuerdo a esto, la dignidad misma del ser humano, y su respeto, constituyen aspectos básicos de una comprensión integral de los derechos humanos.

En concreto, el principio aquí tratado constituye un muro de protección integral que debe ser tomado en consideración por autoridades públicas: en primer lugar, legisladores y jueces, quienes tienen en sus manos el poder para establecer lineamientos de una protección efectiva de los derechos de los niños y adolescentes que son víctimas de estos delitos. En segundo lugar, quienes administran justicia no pueden dejar de lado que la dignidad humana se constituye en una condición sin la cual no se podría realizar el cumplimiento y ejercicio de los demás derechos. Y, en tercer lugar, no dejar de lado que es necesario contar con el criterio de la afectada.

## **6. Principio de proporcionalidad**

En este acápite se analizará si el aborto por violación es una regulación “proporcional”; esto es, si supera los subprincipios del así llamado “principio de proporcionalidad”. Este principio se aplica a efectos de determinar la validez material de

---

<sup>72</sup> Convención de Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, ratificado por el Ecuador en 1990. Este principio, reconocido por el CONA, establece dos aspectos fundamentales. La primera, que no se puede invocar contra norma expresa. La segunda, que para su aplicación como principio de interpretación de la ley se debe cumplir con la escucha activa del NNA, para que se pueda ejercer su derecho a ser escuchado, de conformidad con su grado de madurez y desarrollo.

<sup>73</sup> [...] Según el art. 11 del CONA, es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. [...] El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

<sup>74</sup> Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva, Corte IDH, OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, párr. 56.

las regulaciones instituidas por normas jurídicas, en particular en los casos de incompatibilidad entre principios<sup>75</sup>.

En primer lugar, se debe tomar como punto de partida el examen de una medida limitadora de un derecho individual. En este caso se va a señalar que ese derecho es el derecho a la libertad de decisión sobre el propio cuerpo, y se identifica a la norma limitadora con el artículo 149 del COIP (que penaliza el aborto en Ecuador).

Para empezar el análisis, es necesario plantear si la norma limitadora persigue un fin constitucionalmente legítimo. Según cierta postura, la protección de la vida “desde la concepción” reconocida en la Constitución, responde a la glorificación de la familia y a la imposición de estereotipos de género que caracterizan a la sociedad ecuatoriana. Las normas, creencias, prejuicios y estereotipos negativos de género que imperan en la sociedad tienden a subordinar y devaluar a las mujeres y las niñas, así como su dependencia afectiva, económica, o social<sup>76</sup>. Esta posición, en todo caso, debería entenderse no como si la Constitución incluyese necesariamente una determinada doctrina sobre los estereotipos. Debe leerse, más bien, a la luz de la ya citada jurisprudencia de la Corte IDH: ni el derecho a la vida es absoluto, ni la expresión “desde la concepción” se puede entender fuera del contexto de las decisiones de la Corte.

En segundo lugar, se debe analizar si la penalización del aborto resulta ser una medida idónea o adecuada para proteger la vida “desde la concepción”<sup>77</sup>. Para responder a esto se debe destacar que existe mucha evidencia que demuestra la ineficacia de la restricción (los abortos persisten, solo que se realizan en la clandestinidad: en algunos casos, las mujeres que pueden permitírselo, se lo realizan en entornos más o menos seguros, mientras que las mujeres con menos recursos están condenadas, normalmente, a practicárselo en entornos insalubres). Como consecuencia de la penalización, el acceso a servicios integrales de salud sexual y reproductiva y a establecimientos para practicarse un aborto seguro son escasos (permaneciendo en la clandestinidad) o inexistentes. Dentro de este contexto, el Comité de DDHH expresó que, como consecuencia de la

---

<sup>75</sup> Artículo 3 numeral 2, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

<sup>76</sup> Resumen Ejecutivo, *Vidas robadas*, Estudio multipaís sobre los efectos en la salud de las maternidades forzadas en niñas de 9–14 años, Planned Parenthood, s.f., 62.

<sup>77</sup> Por lo demás, la propia noción de vida asociada al término no científico “concepción” se halla en entredicho. En las legislaciones europeas, por ejemplo, se considera en general que la vida del ser humano comienza con la formación del sistema neuronal a nivel primario. Los abortos, por ellos, son permitidos hasta las semanas 12-14, en promedio. Este es también, con matices, el caso de Uruguay.

penalización, muchas mujeres embarazadas acuden a buscar servicios de aborto que ponen en peligro su vida y su salud<sup>78</sup>. De esta manera, la medida limitadora vulnera el derecho al acceso a servicios de salud sexual<sup>79</sup> reconocido en la Constitución. Además de esta vulneración, se facilita la atmósfera para la existencia de un mercado clandestino. Eduardo Chia sostiene que, “en estas condiciones, hay incentivos perversos para el establecimiento de un mercado clandestino en torno a este fármaco [abortivo], con la subsecuente incertidumbre, tanto acerca de la calidad del producto, como de la pureza de sus componentes<sup>80</sup>”.

Para continuar, se debe analizar la necesidad de la regulación. En este punto se consideran las alternativas que pueden sustituir o mejorar la situación de estas niñas como consecuencia de la prohibición. La medida adoptada, para superar el test de necesidad, debe ser, dentro de las alternativas fácticas posibles, “la que menos gravosa o restrictiva resulte respecto del derecho fundamental afectado por la intervención”<sup>81</sup>.

En este sentido, existen algunas alternativas que, de hecho, son menos gravosas que la penalización del aborto (de manera particular si hablamos de niñas y adolescentes). Penalizar el aborto supone imponer, sobre los hombros de las mujeres, una carga demasiado pesada.

[H]ay pocas interferencias en la vida de una persona que sean peores o más invasivas que una violación. Más aún si como producto de esta se ha producido un embarazo. Obligar a que una mujer violada continúe con tal embarazo implicaría aceptar que la mujer en estado de gravidez deba tener el hijo de una relación que no ha consentido de manera alguna, producto de un acto que es moralmente injusto y jurídicamente delictivo. Quienes pretenden obligar a las mujeres violentadas a llevar adelante su embarazo olvidan dos factores presentes en toda violación: la fuerza y la falta de consentimiento. En los

---

<sup>78</sup> Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Ecuador, Comité de Derechos Humanos, 2016, (CCPR/C/ECU/6), 11 de julio de 2016.

<sup>79</sup> Artículo 32, CRE.

<sup>80</sup> Eduardo Chia, “Aborto farmacológico y libertad de información en Chile”, en *El aborto en América Latina* (Buenos Aires: siglo veintiuno editores, 2018), 278.

<sup>81</sup> Jorge Baquerizo y Erick Leuschner, “El Principio de Proporcionalidad y el Juicio de Ponderación” en *Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación: Notas desde la Teoría y la Filosofía del Derecho*, ed. No. 1 (Quito: EDILEX S.A., 2011) 137.

ordenamientos jurídicos liberales, el derecho, de modo general, suele otorgar derechos defensivos ante ataques que pueden afectar la integridad o la vida de las personas<sup>82</sup>.

Bajo el supuesto de proteger la vida desde la concepción, la medida impuesta a la mujer es particularmente gravosa<sup>83</sup>. Por lo demás, la medida que consiste en la penalización del aborto (por violación), no supera el test de necesidad porque, como muestran diferentes estudios, en los países en donde se ha despenalizado el aborto, el número de abortos no ha aumentado. De hecho, en muchos casos ha tendido a disminuir (disminuyendo, además, la tasa de mortalidad materna<sup>84</sup>).

El Protocolo de Acción frente a situaciones de maternidad en el sistema educativo, estipula que “acceder a información oportuna y científica en cuanto al funcionamiento del cuerpo, la sexualidad, los métodos anticonceptivos, las infecciones de transmisión sexual (ITS) y el embarazo, entre otros aspectos”<sup>85</sup>, son parte del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Dicho esto, se entiende que en cada institución pública o privada se debe contar con un programa de educación sexual que abarque la enseñanza de métodos anticonceptivos y la planificación familiar: todo ello, como se ha dicho, es parte de una serie de políticas que resultan mucho más eficientes que la penalización del aborto (por violación).

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto “consiste en demostrar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora y entre los daños causados al ejercicio de un derecho o a la satisfacción de otro bien o valor<sup>86</sup>”. La afectación a la libertad de decisión sobre el propio cuerpo afecta en gran medida la vida de niñas y adolescentes (y de las mujeres en general) que tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, a una vida libre de violencia psicológica, sexual y

---

<sup>82</sup> Mauricio Maldonado Muñoz, Aborto en casos de violación. Artículo de opinión publicado en el diario El Telégrafo (2019, 15 de enero). Disponible en: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/15/aborto-casos-violacion>

<sup>83</sup> Hay que decir también que el Estado, a través de los Ministerios de Salud y Educación, debe coordinar campañas que promuevan “políticas de salud sexual y reproductiva, incluidas medidas de educación y capacitación en estos ámbitos”: la educación sexual integral es fundamental para que los NNA puedan tomar decisiones libres e informadas sobre su cuerpo y sexualidad.

<sup>84</sup> Ver Organización Panamericana de la Salud sobre mortalidad materna en Uruguay. Disponible en: <https://www.paho.org/es/noticias/8-2-2010-uruguay-tiene-tasa-mortalidad-materna-mas-baja-america-latina>

<sup>85</sup> Protocolos de actuación frente a situaciones de embarazo, maternidad y paternidad de estudiantes en el Sistema Educativo, Ministerio de Educación, 2017, 26.

<sup>86</sup> Jorge Baquerizo y Erick Leuschner, “El Principio de Proporcionalidad y el Juicio de Ponderación” en *Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación: Notas desde la Teoría y la Filosofía del Derecho*, ed. No. 1 (Quito: EDILEX S.A., 2011) 138.

física. En pos de la defensa irrestricta de una posición a menudo dogmática, a menudo religiosa (que no va acorde a los principios del Estado laico), se anula el derecho a la libre disposición del propio cuerpo. Una mujer puede ser condenada a pesar de que ella ha sido atacada en primer lugar.

Por otro lado, hay que decir que el artículo 150 del COIP incluye un caso de despenalización en cuanto a los embarazos que son el producto de una violación, esto es, el caso de la mujer con discapacidad mental. En este caso, como dice Maldonado, “queda suponer que se trata de proteger a la mujer con discapacidad mental debido a que ella no puede prestar su consentimiento para mantener una relación sexual”, pero este, dice él, “no podría ser, de modo alguno, un argumento para excluir de ese marco a las mujeres en general. Una mujer, cualquier mujer, no consiente, no puede consentir, en una violación”<sup>87</sup>.

¿Qué razones habría, por lo demás, para penalizar a una mujer que ha sido violada? Ya Judith Jarvis Thomson<sup>88</sup> había dicho que, incluso si asumiese que existe un nuevo ser humano a partir de la fecundación, esto no puede suponer penalizar a la mujer que aborta después de haber sido violada. Para ello, Thomson usa su famoso ejemplo (hipotético) del violinista: “una mujer ha sido secuestrada por un grupo de aficionados a la música, adormecida con algún somnífero y conectada a un famoso violinista. Cuando la mujer se despierta, se entera que si llegase a desconectarse del violinista, gravemente afectado por una enfermedad hepática, este moriría. Por el contrario, si ella esperara nueve meses conectada a este hombre que necesita de su sangre para seguir viviendo, entonces podrá desconectarse, garantizando la vida del violinista”<sup>89</sup>. A este respecto, dice Maldonado:

Thomson se pregunta, entonces, si podemos decir que la mujer del ejemplo estaría moralmente autorizada a desconectarse de él. De todos modos, no se trata de un caso en que ella haya consentido hacerlo. Ha sido secuestrada, usada como un simple medio para los fines de un grupo de músicos y de un violinista. Se trata de un caso en el que se ha

---

<sup>87</sup> Mauricio Maldonado, Consintiendo (el caso del aborto). Artículo de opinión publicado en el diario El Telégrafo, (2019, 1 de octubre). Disponible en: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/15/consintiendo-aborto>

<sup>88</sup> Judith Jarvis Thomson, “A Defense of Abortion”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 1 (1971)

<sup>89</sup> Mauricio Maldonado, Aborto por violación (el violinista). Artículo de opinión, publicado en el diario El Telégrafo (2019, 11 de junio). Disponible en: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/15/aborto-violacion-violinista>

usado la violencia (la mujer ha sido secuestrada, adormecida contra su voluntad, conectada a otra persona), en que la mujer debe llevar una carga forzada, impuesta. Pues bien, esto mismo vale –*mutatis mutandis*– para los casos de aborto por violación. Si desde una óptica de defensa de la libertad, de la integridad personal, podemos justificar que la mujer del ejemplo se desconecte del violinista, aunque esto signifique una pérdida para él y el grupo de músicos, ¿por qué deberíamos, como hoy ocurre, obligar a una mujer atacada sexualmente a llevar a término un embarazo forzado?<sup>90</sup>.

La medida, en este sentido, no parece ser proporcionalidad. Anula, pues, un derecho de la mujer, usándola como mero medio.

Para concluir, es preciso decir que es deber del Estado fijar

La protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación<sup>91</sup>.

Se concluye que no hay proporcionalidad entre el supuesto beneficio y el costo para la vida de las mujeres.

## **7. Conclusiones y recomendaciones**

Este ensayo de investigación ha encontrado que la maternidad forzada en Ecuador representa un problema social que se origina debido a la violencia sexual a la que están expuestas las mujeres y especialmente las niñas y adolescentes. En Ecuador, una víctima de violación no puede abortar si resulta embarazada como consecuencia de la agresión; la penalización del aborto transgrede la más profunda libertad y dignidad de la mujer como ser humano. La libertad de decidir sobre su propio cuerpo y lo que este impedimento significa para su vida, en el caso particular de las niñas y adolescentes, a cuidar a otro niño (niñas cuidando niños).

---

<sup>90</sup> Id.

<sup>91</sup> Artículo 2 literal c, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW, Nueva York, 18 de diciembre de 1979, ratificado por Ecuador el 9 de noviembre de 1981.

Como consecuencia de esto, las víctimas se encuentran afectadas en su esfera física, mental y entorno social. Una niña o adolescente que ha sobrevivido a un abuso de este tipo, debe lidiar, además de la agresión, con un embarazo forzado. Existen recomendaciones internacionales que han exhortado, en reiteradas ocasiones, quitar las trabas para el aborto para, de esta manera, lograr que deje de ser un procedimiento clandestino que pone en peligro la vida de las gestantes (en especial de las más pobres).

El Ecuador es un Estado que ha incumplido con las disposiciones de tratados internacionales en favor de los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes. Debe adaptar su legislación interna en armonía con estos. A la par, es necesario que exista un plan de desarrollo integral para niñas y adolescentes que viven esta situación. El estudio Costos de Omisión realizado por el Ministerio de Salud Pública reveló que la atención de embarazos no deseados significó un gasto de \$14 millones de dólares, monto que puede servir para mejorar la calidad de vida de las víctimas.

Además de esto, el Estado debe trabajar en un plan de prevención integral de violencia sexual y embarazo precoz, que involucre a padres y educadores, que influyen de diversa manera la vida de una niña o adolescente. No se puede dejar de lado que es imprescindible la educación sexual de calidad, tanto en centros educativos públicos como privados.

En general, la penalización del aborto genera una vulneración de los derechos de niñas y adolescentes, tales como la igualdad, la dignidad humana, el libre desarrollo de su personalidad, la educación, la salud sexual y reproductiva; y, por otro lado, a una vida libre de violencia en todas sus formas. Todo esto se contrapone al principio del interés superior de las niñas. No es, además, una medida que supere el principio de proporcionalidad, por lo que debería ser declarada su inconstitucionalidad.