

Quito y Washington D.C., 8 de abril de 2021

Excelentísimos/as Magistrados y Magistradas  
Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador

Los abajo firmantes, investigadores del Instituto O'Neill para el Derecho y Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown (*O'Neill Institute for National and Global Health Law*; en adelante, "Instituto O'Neill"), nos permitimos presentar el siguiente documento en calidad de *amicus curiae* dentro del proceso derivado de la Acción de Inconstitucionalidad, presentada a esta Honorable Corte Constitucional el día 10 de noviembre de 2020.

El Instituto O'Neill es una institución sin fines de lucro situada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown en Washington, D.C., que opera como un proyecto conjunto de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Enfermería y Estudios sobre la Salud y cuenta con importantes recursos intelectuales de otras áreas de la Universidad, incluyendo la Facultad de Medicina, la Facultad de Política Pública y el Instituto Kennedy de Ética. La misión del Instituto O'Neill consiste en proveer soluciones innovadoras a los problemas más críticos de salud a nivel doméstico y global. En este sentido, el Instituto O'Neill busca contribuir a un entendimiento más vigoroso y profundo de las múltiples maneras en las que el derecho, incluyendo los derechos humanos, puede ser utilizado para mejorar la salud.

Cabe resaltar que Óscar Cabrera, Silvia Serrano, Fernanda Rodríguez, Ivonne Garza y Rebecca Reingold no formamos parte del proceso en autos y consideramos la resolución del presente recurso como una cuestión de trascendencia colectiva o interés general que excede el interés de quienes lo interpusieron. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que el presente caso se sitúa dentro de una de las áreas en las que se entrecruzan el derecho y la salud, entendida como el estándar más alto de bienestar físico, mental y social de las personas, consideramos relevante presentar argumentos pertinentes al tema, que esperamos puedan contribuir a la discusión al interior de esta Honorable Corte.

Según la información que se desprende de la Acción de Inconstitucionalidad presentada, el objeto de la causa reside en analizar la constitucionalidad del artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). Dicho precepto textualmente señala:

“Aborto no punible.- 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:

(...)

Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.”

Este documento se desarrollará en tres secciones. En primer lugar, se abordan los estándares relativos al aborto en casos extremos, incluyendo violencia sexual en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho comparado. En la segunda sección, se estudia el componente discriminatorio del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal al limitar el acceso al aborto en casos de violación sólo a mujeres con discapacidad mental. A lo largo del texto se hace especial énfasis en las obligaciones contempladas en los tratados internacionales de los que Ecuador es parte, y que tienen jerarquía constitucional.

En particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

## **1. Estándares relativos al aborto en casos extremos, incluyendo violencia sexual en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho comparado**

En esta sección analizamos tanto los derechos involucrados (derecho a la vida, a no ser sometido a tortura ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la salud y a la dignidad y autonomía) cuando se criminaliza o se impide el acceso al aborto en casos extremos, incluyendo la violación sexual, así como algunos elementos relevantes para una ponderación de los derechos e intereses en juego. En esta segunda parte, incluiremos elementos adicionales respecto del aborto y el uso del derecho penal aplicables a la pretensión de la demanda, pero que también son pertinentes de que esta Honorable Corte decida realizar un análisis más integral de la constitucionalidad de la criminalización del aborto, más allá de dicha pretensión<sup>1</sup>.

### **1.1 Los derechos involucrados**

#### Derecho a la vida y a no ser sometido a tortura ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

Existe un riesgo a la vida cuando no hay acceso al aborto legal y seguro para las víctimas de violencia sexual. Lo anterior es así ya que, como lo ha observado la Organización Mundial de la Salud (OMS), las restricciones “llevan a muchas mujeres a procurar servicios en otros países, o de profesionales no capacitados o en condiciones no higiénicas, lo que las expone a un riesgo significativo de muerte o discapacidad”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Al efecto, véase: Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N.º 164-15-SEP-CC, Sentencia No. 010-10-SEP-C, Sentencia No. 022-10-SEP-CC, Sentencia No. 047-12-SEP-CC, Sentencia No. 039-13-SEP-CC, Sentencia No. 085-13-SEP-CC, Sentencia No. 088-13-SEP-CC, Sentencia No. 093-14-SEP-CC y Sentencia N.º 002-09-SAN-CC.

<sup>2</sup> Organización Mundial de la Salud, Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud (2012), pág. 23.

A su vez, el artículo 7 del PIDCP, el artículo 1 de la CCT, el artículo 5 de la CADH y el artículo 4 de la Convención Belém do Pará protegen el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La criminalización y la inaccesibilidad del aborto para las mujeres en casos extremos, incluyendo los casos en los cuales el embarazo es producto de violencia sexual es incompatible con su derecho a no sufrir torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Además, los órganos a cargo de la interpretación de muchos de estos tratados han sido reiterativos en subrayar que las limitaciones al aborto en la legislación, especialmente en casos extremos como la violencia sexual, ponen en riesgo la vida de las mujeres, niñas y adolescentes.

Por ejemplo, en el 2018, el Comité de Derechos Humanos estableció en su Observación General N° 36 sobre el derecho a la vida, que las leyes que regulan el aborto en el ámbito del derecho penal tienen impacto en el derecho de las mujeres, niñas y adolescentes a no ser sometidas a tortura ni otros tratos inhumanos o degradantes<sup>3</sup>. El mismo Comité también ha determinado que los Estados ostentan una obligación de garantizar el acceso al aborto legal en casos de violación. En sus términos, “(...) las restricciones a la capacidad de las mujeres o las niñas de recurrir al aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro su vida ni someterlas a dolores o sufrimientos físicos o mentales de manera que se viole el artículo 7 del Pacto (...) los Estados partes deben proporcionar un acceso seguro, legal y efectivo al aborto (...) especialmente si el embarazo es consecuencia de una violación o incesto (...)”<sup>4</sup>. Previamente, el CDH había establecido que una evaluación sobre la posibilidad de que la mujer embarazada como consecuencia de una violación acceda al aborto en condiciones de seguridad es necesaria en el marco de las consideraciones sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres<sup>5</sup>.

El CDH también ha sostenido dichos estándares al determinar la responsabilidad internacional de los Estados en el marco de su mecanismo de denuncias individuales. Así lo hizo en el caso L.M.R v. Argentina, en el que estableció la violación a la privacidad y a una vida libre de tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes contenidos en los artículos 17 y 7 del PIDCP respectivamente, como resultado de las restricciones para acceder al aborto en aquellos casos en que la mujer está embarazada como resultado de un acto de violencia sexual<sup>6</sup>. Consideró además que la negativa de acceso al aborto en situaciones extremas puede llegar a alcanzar el grado de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes en ciertos casos.

Otro de los organismos que se ha pronunciado sobre este tema es el Comité contra la Tortura (CCT). En 2017, en sus observaciones finales respecto de Ecuador, el CCT observó con preocupación “el serio riesgo que dichas restricciones comportan para la salud de las mujeres víctimas de una violación que deciden abortar, así como las consecuencias penales que pueden derivarse”<sup>7</sup>. En línea con lo anterior, resaltó especialmente que la legislación ecuatoriana “sólo permite la interrupción voluntaria del embarazo (...) cuando el embarazo sea consecuencia de la violación de una mujer con una discapacidad mental” y recomendó al país “que vele por que las

---

<sup>3</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General Número 36, CCPR/C/GC/36, 3 de septiembre de 2019, párr. 8.

<sup>4</sup> CDH, Observación general N°38. Artículo 6: derecho a la vida.

<sup>5</sup> CDH, Observación general N°28. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, Doc. de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000), párr. 11.

<sup>6</sup> Comité de Derechos Humanos, L.M.R. v. Argentina, Comunicación No. 1608/2007, U.N. Doc. CCPR/C/01/D/1608/2007 (2011).

<sup>7</sup> CCT (2017), Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico Ecuador, CAT/C/EQU/CO/7, 11 de enero de 2017.

mujeres víctimas de una violación que voluntariamente decidan interrumpir su embarazo tengan acceso a abortos legales y en condiciones seguras”<sup>8</sup>.

Asimismo, el Relator Especial de la ONU sobre la tortura ha hecho referencia a que los Estados tienen “la obligación afirmativa de reformar las leyes restrictivas sobre el aborto que perpetúan la tortura y los malos tratos al negar a las mujeres el acceso al aborto y la asistencia en condiciones de seguridad”<sup>9</sup>. Por tanto, ha considerado que “[I]a existencia de leyes muy restrictivas, que prohíben los abortos incluso en casos de incesto, violación, deficiencia fetal o cuando está en riesgo la vida o la salud de la madre, vulneran el derecho de las mujeres a no ser sometidas a tortura o malos tratos”<sup>10</sup>.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) también se ha pronunciado sobre este tema recomendado que los Estados adopten las medidas necesarias para hacer cambios a sus marcos normativos de modo que el aborto se autorice en casos de violación o incesto, considerando que “la protección de las mujeres contra los tratos crueles, inhumanos y degradantes requiere que quienes quedan embarazadas como resultado de actos sexuales forzados o forzados puedan acceder legalmente a servicios de aborto seguro”<sup>11</sup> y que “casi el 50% de los países reflejan este estándar y permiten el aborto en el caso específico de violación, o más generalmente cuando el embarazo es el resultado de un acto criminal, como en los casos de incesto”<sup>12</sup>.

A nivel interamericano, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) ha considerado la falta de acceso al aborto legal como una forma de violencia institucional que puede constituir tortura, y de manera expresa ha determinado que “el obligar a una mujer a continuar con su embarazo, especialmente cuando éste es producto de una violación, o cuando la vida o salud de la mujer está en riesgo, constituye una forma de violencia institucional, y puede constituir una forma de tortura, en violación al artículo 4 de la Convención”<sup>13</sup>.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos conoció de una denuncia contra México en la que el caso planteaba una situación de falta de acceso al aborto en el estado de Baja California para una niña de catorce años de edad que había sido víctima de violación sexual. Finalmente, la niña no recibió los servicios médicos y en consecuencia, se vio forzada a ser madre. En dicho asunto, la CIDH a través de su procedimiento de solución amistosa, logró un acuerdo entre las partes en la que consideró acorde con los estándares internacionales en la materia que el Estado se comprometiera, entre otras cosas, a proveer servicios médicos, manutención, recursos para educación y vivienda hasta que el menor de edad cumpla la mayoría de edad u obtenga estudios universitarios. Asimismo, el Estado se comprometió a adoptar las medidas necesarias para garantizar las reformas legislativas y reglamentarias para evitar la no repetición de hechos como los del caso<sup>14</sup>.

## Derecho a la salud

---

<sup>8</sup>CCT (2017), Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico Ecuador, CAT/C/ECU/CO/7, 11 de enero de 2017.

<sup>9</sup> CDH, Observación general N°28. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

<sup>10</sup> CDH, Observación general N°28. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

<sup>11</sup> OMS (2012). Safe abortion: technical and policy guidance for health systems, pág. 92.

<sup>12</sup> OMS (2012). Safe abortion: technical and policy guidance for health systems, pág. 92.

<sup>13</sup> Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI (2015), OEA/Ser.L/II.

<sup>14</sup> CIDH, Informe 21/07 (México), Petición 161-02, Solución Amistosa, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, 9 de marzo de 2007.

El derecho a la salud comprende tanto la salud física como la psíquica y se encuentra protegido por los tratados internacionales. De manera explícita, el PIDESC reconoce en su artículo 12 “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. En lo relativo a la salud de la mujer, la CEDAW en sus artículos 11 y 12 protege el derecho a la salud y garantiza el acceso a la atención médica. En el ámbito interamericano, el artículo 10 del Protocolo de San Salvador también protege los derechos antes mencionados y explícitamente entiende el derecho a la salud como el “más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. Por su parte, la Comisión y la Corte Interamericanas, se han pronunciado reiteradamente sobre el derecho a la salud y lo han entendido como parte del contenido del artículo 26 de la Convención Americana, además de una aproximación en conexidad con otros derechos protegidos por el tratado<sup>15</sup>.

En el ámbito del Sistema Universal, los órganos de tratados en sus decisiones y recomendaciones han hecho énfasis en la obligación de los Estados de garantizar el acceso a los servicios de atención médica, para todas las mujeres, sin perjuicio ni discriminación alguna. Y en su cúmulo de decisiones y recomendaciones han entendido que la interrupción del embarazo bajo ciertas circunstancias se encuentra comprendida dentro del cúmulo de servicios de atención médica que deben encontrarse disponibles para todas las mujeres.

En línea con lo anterior, el Comité DESC ha determinado en diversas ocasiones que el acceso sin discriminación a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la interrupción legal del embarazo, es una obligación de los Estados. En una primera ocasión, estableció en su Observación General N° 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, que “el ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva”<sup>16</sup>.

Posteriormente, en su Observación General N° 22 (2016) relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, el Comité DESC reafirmó la obligación de los Estados de eliminar la discriminación contra las mujeres y de garantizar su igualdad en lo relativo al goce y ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. En dicha ocasión, el Comité agregó que “hay muchas leyes, políticas y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y la no discriminación en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, por ejemplo la penalización del aborto o las leyes restrictivas al respecto”<sup>17</sup> y que para la materialización de los derechos de las mujeres se requiere que los estados adopten medidas para que “liberalicen las leyes restrictivas del aborto”<sup>18</sup>. Así, el Comité entendió que la igualdad comprende tanto la igualdad jurídica como la formal, y mandata que “todas las personas y grupos deben poder disfrutar de igualdad de acceso a la misma variedad, calidad y nivel de establecimientos, información, bienes y servicios en materia de salud sexual y reproductiva (...) sin ningún tipo de discriminación”<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala, Sentencia de 23 de agosto de 2018, párrs. 97-107.

<sup>16</sup> Comité DESC (2000). Observación General N°14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, Doc. de la ONU E/C.12/2000/4.

<sup>17</sup> Comité DESC (2016). Observación General No. 22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/22.

<sup>18</sup> Comité DESC (2016). Observación General No. 22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/22.

<sup>19</sup> Comité DESC (2016). Observación General No. 22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/22.

Sobre esto, el Comité DESC indicó que “hay muchas leyes, políticas y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y la no discriminación en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, por ejemplo, la penalización del aborto o las leyes restrictivas al respecto”<sup>20</sup> y que la realización de los derechos de las mujeres requiere que los Estados “liberalicen las leyes restrictivas del aborto”<sup>21</sup>.

Por su parte, el Comité CEDAW se ha referido a la necesidad de habilitar el aborto legal, sin discriminación alguna, especialmente cuando el embarazo es resultado de violencia sexual. A través de sus pronunciamientos y decisiones, el Comité CEDAW ha sido reiterativo en recomendar que los Estados adopten medidas tendientes a modificar su legislación penal, de modo que se establezcan vías para legalizar el aborto en casos “de violación, incesto, amenaza para la vida o la salud de la madre o malformaciones graves del feto, despenalizarlo en todos los demás casos y eliminar las medidas punitivas que se imponen a las mujeres que se someten a un aborto”<sup>22</sup>.

Aunado a lo anterior, al considerar el derecho a la salud el Comité CEDAW ha establecido el vínculo entre la legalización del aborto en casos de violación con el derecho a la salud. Un ejemplo de ello es su Recomendación General N° 24 (1999), en la que el Comité determinó que los Estados ostentan la obligación de adoptar medidas adecuadas en el ámbito legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole, en el mayor grado posible con los recursos disponibles a modo de garantizar que las mujeres puedan disfrutar de sus derechos a la atención médica. Al efecto, detalló que en el sector legislativo ello debía entenderse en el sentido de que se hagan cambios a la legislación que castiga el aborto a fin de erradicar las medidas punitivas impuestas a mujeres que se someten a abortos. En el marco del seguimiento a la implementación de dicha Recomendación, el Comité CEDAW ha solicitado a Ecuador desde el año 2015 que proceda a la despenalización del aborto para los casos de violación, incesto y malformaciones graves al feto<sup>23</sup>.

Otro de los Comités de Naciones Unidas que se ha pronunciado sobre este tema es el Comité sobre los Derechos del Niño. Al efecto, en su Observación General N° 15 de 2013 señaló que, en la relación entre el derecho a la salud y la interrupción legal del embarazo, la niñez tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud<sup>24</sup>. Ello implica que durante el embarazo, el parto y los períodos prenatal y posnatal pueden surgir situaciones de riesgo que repercutan a corto y a largo plazo en la salud y el bienestar de la madre y el niño, por lo que los Estados deben garantizar el acceso al aborto y servicios posteriores en condiciones de seguridad<sup>25</sup>. Posteriormente en 2016, el Comité sostuvo en su Observación General N° 20 que los Estados deben despenalizar el aborto para que niñas y adolescentes puedan, en condiciones seguras, abortar y recibir servicios médicos. Para el Comité sobre los Derechos del Niño las anteriores recomendaciones revisten mayor importancia en los casos en que el embarazo es resultado de violación o incesto<sup>26</sup>. Respecto de Ecuador, al igual que el Comité CEDAW, el Comité sobre los Derechos del Niño ha instado a la

<sup>20</sup> Comité DESC, Observación General N°22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, Doc. de la ONU E/C.12/GC/22, párr. 34.

<sup>21</sup> Comité DESC, Observación General N°22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, Doc. de la ONU E/C.12/GC/22, párr. 28.

<sup>22</sup> Comité de la CEDAW. Recomendación General N° 24 emitida en el año 1999.

<sup>23</sup> Observaciones finales del Comité CEDAW sobre Ecuador, Doc. de la ONU. CEDAW/C/ECU/CO/8-9, (2015), párr. 33(c).

<sup>24</sup> Comité sobre los Derechos del Niño, Observación general N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, Doc. de la ONU CRC/C/GC/15 (2013), párr. 51.

<sup>25</sup> Comité sobre los Derechos del Niño, Observación general N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, Doc. de la ONU CRC/C/GC/15 (2013), párr. 70.

<sup>26</sup> Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño sobre Guatemala, Doc. de la ONU CRC/C/GTM/CO/5-6 (2018).

despenalización del aborto, con especial énfasis en la edad de la niña embarazada y los casos en que el embarazo es producto de incesto o violencia sexual<sup>27</sup>.

En el ámbito regional, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) también ha sido enfático en que la protección del derecho a la salud de las niñas y adolescentes requiere la legalización del aborto en casos de violación, sin discriminación. En el 2015 en su Segundo Informe de Seguimiento observó que “sobre el vínculo estrecho entre el derecho a la salud y la vida de las mujeres, el Comité de la CEDAW ha criticado sistemáticamente las leyes restrictivas en materia de aborto, particularmente aquellas que prohíben y penalizan el aborto en toda circunstancia, y ha solicitado a los Estados Parte que revisen la legislación sobre el aborto, recomendando a los Estados Parte eliminar los castigos para las mujeres que se someten a un aborto, de conformidad con la Recomendación General No. 24 del mismo Comité y la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing”<sup>28</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado la preocupación en torno a las leyes que limitan el acceso al aborto, al establecer que “las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos, [y] se debería considerar la posibilidad de revisar las leyes que prevén medidas punitivas contra las mujeres que han tenido abortos ilegales”<sup>29</sup>. Asimismo, la CIDH se ha pronunciado en una declaración conjunta con Naciones Unidas haciendo un llamado a los Estados a “eliminar las medidas punitivas para las mujeres que se someten a abortos y, como mínimo, legalizar el aborto en casos de agresión sexual, violación, incesto y cuando seguir adelante con el embarazo ponga en riesgo la salud psíquica o física de la mujer o la vida de la mujer”<sup>30</sup>.

### Derecho a la dignidad y autonomía

Al realizar el análisis sobre la constitucionalidad de un marco normativo que penaliza el aborto en casos de violación sexual, el derecho a la dignidad y a la autonomía también son relevantes para analizar la compatibilidad de dichas normas penales con los estándares internacionales de derechos humanos y los derechos fundamentales protegidos por la Constitución.

El Comité DESC sostuvo respecto de Ecuador que el Estado debe “tomar todas las medidas necesarias para garantizar que la regulación de la interrupción del embarazo sea compatible con la integridad y autonomía de la mujer, en particular a través de la despenalización del aborto en casos de violación”<sup>31</sup> al emitir sus observaciones finales sobre Ecuador en el 2019. Lo anterior complementa la observación previamente emitida por el Comité DESC en 2012, cuando sugirió a Ecuador que “el Estado Parte implemente la reforma del Código Penal con el fin de establecer excepciones a la penalización del aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una violación

---

<sup>27</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador, CRC/C/ECU/CO/5-6, 26 de octubre de 2017, párr. 35 (c).

<sup>28</sup> MESECVI (2015). Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI, Doc. de la OEA OEA/Ser.L/II.

<sup>29</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 233, 14 de noviembre de 2019. párr. 203.

<sup>30</sup> Declaración conjunta de expertos de derechos humanos de la ONU, la Relatora especial sobre los derechos de las mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los relatores especiales sobre los derechos de las mujeres y los defensores de derechos humanos de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, realizada el septiembre de 2015 y disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16490&LangID=E> . .

<sup>31</sup> Comité DESC (2020), Informe A/HRC/44/52/Add.2 de 22 de mayo de 2020, disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/44/52/Add.2>

aunque no se trate de mujeres con discapacidad, así como cuando se ha establecido la existencia de malformaciones congénitas”<sup>32</sup>.

A nivel de derecho comparado, en Colombia, por ejemplo, la consideración tuvo lugar en la construcción de la Sentencia C-355 de 2006, en la que la Corte Constitucional despenalizó el aborto en casos de violación o incesto y confirmó que constituye un derecho fundamental de las mujeres y niñas. Asimismo, argumentó que la dignidad humana mandata que el legislador deba adoptar normas que doten de sentido a los derechos de las niñas y mujeres, y explícitamente mencionó que:

“La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”<sup>33</sup>.

## **1.2 El juicio de proporcionalidad respecto de la afectación a estos derechos mediante la criminalización del aborto en casos extremos como la violencia sexual**

Entendiendo que la finalidad que persigue el legislador al mantener el delito de aborto en la legislación penal es la protección de la vida en gestación, es importante destacar que la despenalización en ciertas causales extremas o incluso la despenalización más amplia no supone negar la legitimidad de dicha finalidad ni dejar en desprotección a la vida en gestación. En ese sentido, consideramos pertinente iniciar esta sección recordando el alcance que se le ha dado a dicha protección en el derecho internacional de los derechos humanos.

En los casos conocidos por los Comités de tratados que citamos en el presente documento y en los cuales se declaró la responsabilidad internacional de los Estados concernidos por criminalizar o impedir el acceso al aborto en casos extremos, resulta claro que existe un consenso respecto de que la protección de la vida en gestación, aunque legítima, no es absoluta. Además de este consenso de los órganos de tratados en el marco de Naciones Unidas, en el sistema interamericano la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, analizó el alcance de esta protección y la calificó como no absoluta, y que además de admitir excepciones es gradual e incremental. En palabras de la Corte IDH respecto del artículo 4.1 de la CADH:

(...) la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la

---

<sup>32</sup> Comité DESC (2012), Observaciones Finales E/C.12/EQU/CO/3 de 30 de noviembre de 2012, disponible en: [https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.EQU.CO.3\\_sp.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.EQU.CO.3_sp.pdf)

<sup>33</sup>Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355-06, 10-V-2006.



procedencia de excepciones a la regla general”<sup>34</sup>.

Cabe mencionar que la Corte Interamericana llegó a esta conclusión tras utilizar una serie de métodos de interpretación, siendo uno de ellos el sistemático. Al realizar el análisis bajo dicho método de interpretación, revisó los demás tratados internacionales de derechos humanos pertinentes<sup>35</sup>. Lo anterior es importante porque confirma el consenso al que nos referimos anteriormente sobre que la protección de la vida desde la concepción no es absoluta, que puede entrar en conflicto con otros derechos y que es posible que sea necesario ponderar dicha protección con tales derechos.

Dejando esto establecido, a continuación presentaremos argumentos y datos que consideramos útiles para el análisis de proporcionalidad del uso del derecho penal en casos extremos, incluyendo el relevante para esta demanda, esto es, cuando el embarazo es producto de violencia sexual. Presentaremos estos argumentos partiendo de la base de que la protección de la vida en gestación es una finalidad legítima a ser perseguida por los Estados. Por ello, nos enfocaremos en los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta. Reiteramos también que, aunque todos estos argumentos y datos son pertinentes para el análisis de la despenalización en situaciones extremas como los casos de violencia sexual, algunos de ellos también son aplicables y relevantes para un análisis más amplio del uso del derecho penal respecto del aborto.

### **Idoneidad**

En este punto se analiza la relación de medio a fin entre la protección de la vida en gestación y la vigencia del delito de aborto, para el cual la pregunta relevante es si efectivamente se logra la finalidad de reducir o disminuir las tasas de aborto.

La existencia del delito de aborto no suele lograr la finalidad de proteger la vida desde la concepción. Sobre este punto, Verónica Undurraga indica que las leyes penales sobre aborto no se asocian a menores tasas del mismo citando las altas tasas de aborto en África y América Latina, regiones donde el aborto es altamente restrictivo penalmente<sup>36</sup>. Por el contrario, indica que en Europa occidental, donde en general el aborto está permitido en términos amplios, las tasas de aborto son menores<sup>37</sup>. Otros ejemplos incluyen Barbados, Canadá, Sudáfrica, Tunisia, y Turquía, los cuales expandieron el acceso legal al aborto y no necesariamente tuvieron un incremento en el número de abortos. Por su parte, en los Países Bajos, en donde existe el acceso legal, total y gratuito al aborto seguro, cuenta con una de las tasas más bajas de aborto en el mundo<sup>38</sup>.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha enviado el mensaje de que la prohibición del aborto no disminuye la necesidad de realizarlo, si no que causa la búsqueda de métodos alternativos, lo cual termina siendo altamente inseguro, con alta probabilidad de resultar

---

<sup>34</sup> 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. Serie C No. 257. Párr. 264.

<sup>35</sup> 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. Serie C No. 257. párrs. 191 – 244

<sup>36</sup> Verónica Undurraga, *El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las normas sobre el aborto*, en *El aborto en el derecho trasnacional: Casos y controversias*, págs. 107-130.

<sup>37</sup> Verónica Undurraga, *El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las normas sobre el aborto*, en *El aborto en el derecho trasnacional: Casos y controversias*, págs. 107-130.

<sup>38</sup> David A Grimes, Janie Benson, Susheela Singh, Mariana Romero, Bela Ganatra, Friday E Okonofua, Iqbal H Shah *Unsafe abortion: the preventable pandemic*. The Lancet Series, Sexual and Reproductive Health 4.

en morbilidad y mortalidad. De hecho, según la OMS, en los lugares donde el aborto es legal por amplias razones socioeconómicas y a solicitud de la mujer, y donde los servicios seguros son accesibles, tanto el aborto inseguro como la morbilidad y la mortalidad relacionadas con el aborto son reducidos<sup>39</sup>.

En el caso de las causales extremas, como lo es la violación sexual, la falta de relación de medio a fin entre el uso del derecho penal y la protección de la vida en gestación, resulta más clara dado que frente a la desesperación que puede significar una maternidad forzada producto de un hecho tan traumático como la violación sexual, las mujeres pueden verse forzadas en muchos casos a procurarse un aborto clandestino, muchas veces no reflejados por las cifras oficiales que contabilizan solamente los que si ocurren en clínicas e instituciones prestadoras de servicios públicos. La clandestinidad del aborto en los países con leyes más restrictivas pone en evidencia que la regulación no logra la finalidad perseguida y aumenta el riesgo de la madre.

Pero además de lo anterior, existen estudios que indican que en los países en los que se han modificado las leyes hacia su flexibilización, los abortos no necesariamente han incrementado. Ello apunta a que un abordaje alejado de lo punitivo constituye una medida menos lesiva que logra una mayor protección de la vida desde la concepción, aspecto que analizaremos bajo el elemento de necesidad.

Consideramos entonces que la información que apunta a que la vigencia del delito de aborto no guarda relación de causalidad con su reducción, y por lo tanto no incide en la consecución del fin que se persigue. Asimismo, la que indica que el uso de otras vías para regular el aborto no implica un aumento en las tasas del mismo<sup>40</sup>, es de crucial importancia para el análisis de idoneidad.

### **Necesidad**

Al momento de evaluar el elemento de necesidad, un primer punto a considerar es si existen medios alternativos, distintos del derecho penal, para lograr la finalidad legítima de proteger la vida en gestación, tanto en casos extremos como en general. Al respecto, las recomendaciones tanto de la OMS como de los organismos internacionales de derechos humanos en materia de prevención del embarazo no deseado, pueden ser orientadoras sobre el abanico de posibilidades con que cuentan los Estados y que suelen ser mucho más efectivas para reducir dicha problemática y, por lo tanto, el aborto.

Así, por ejemplo, el Comité DESC en su *Observación General No. 22*, formuló una serie de recomendaciones a los Estados en materia de acceso a métodos anticonceptivos, acceso a la información en materia de planificación familiar y educación sexual acorde con la edad y madurez

---

<sup>39</sup> Organización Mundial de la Salud. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda edición. Pag 90. Cabe mencionar también que desde la despenalización del aborto, algunos países han mostrado un decrecimiento constante en la práctica de procedimientos para interrumpir el embarazo. Tal es el caso de Portugal, que por siete años consecutivos desde la despenalización ha disminuido la tasa de abortos. Al respecto, véase: Folha de São Paulo, Abortos caem 4% em Portugal, mas aumentam 28% entre brasileiras no país, 2020. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/01/abortos-caem-4-em-portugal-mas-aumentam-27-entre-brasileiras.shtml>. Igualmente, se estima que, en Portugal, el número de abortos en 2015 fue 10% menor que en 2008. Véase: Nexo, O que aconteceu após 10 anos de aborto legalizado em Portugal, 2017. Disponible en: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/02/13/O-que-aconteceu-apos-10-anos-de-aborto-legalizado-em-Portugal>

<sup>40</sup> Organización Mundial de la Salud. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda edición. Pag 20

y basada en evidencia<sup>41</sup>.

En la misma línea, el Comité de la CEDAW ha recomendado a los Estados la ejecución de una estrategia nacional para fomentar la salud de la mujer durante todo su ciclo de vida, incluyendo el acceso universal a los servicios de salud sexual y genésica, así como la información y educación en el tema. Dichos servicios deberán ser libres de barreras de acceso<sup>42</sup>.

En específico, el Comité de la CEDAW señaló que los Estados deben dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante “la planificación de la familia y la educación sexual”, y que, en la medida de lo posible, “debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”<sup>43</sup>.

La OMS también se ha referido a la importancia de las políticas en materia de acceso a la anticoncepción para evitar embarazos no deseados o embarazos a edades demasiado tempranas. Debido al aumento en el uso de anticonceptivos, la tasa de embarazos en todo el mundo ha disminuido de 160 embarazos cada 1000 mujeres de entre 15 y 44 años en 1995 a 134 embarazos cada 1000 mujeres en 2008. Las tasas de embarazos deseados y no deseados han caído, respectivamente, de 91 y 69 cada 1000 mujeres entre 15 y 44 años en 1995 a 79 y 55 cada 1000 mujeres entre 15 y 44 años en 2008. La tasa de abortos inducidos se redujo de 35 cada 1000 mujeres de entre 15 y 44 años en 1995 a 26 cada 1000 mujeres de entre 15 y 44 años en 2008. Esta disminución se debió principalmente a la caída en la tasa de abortos sin riesgos, mientras que el aborto inseguro se ha mantenido relativamente constante desde 2000, con alrededor de 14 cada 1000 mujeres de entre 15 y 44 años<sup>44</sup>.

La OMS también indicó el uso de métodos anticonceptivos modernos ha provocado una reducción en la incidencia y el predominio de abortos inducidos, incluso en los lugares donde el aborto está disponible a requerimiento<sup>45</sup>. Agregó la OMS que los datos obtenidos de 12 países de Europa del Este y Asia Central, donde el aborto inducido solía ser el método principal para regular la fertilidad, y de Estados Unidos, demuestran que cuando el uso de métodos anticonceptivos modernos es alto, la incidencia del aborto inducido es baja. Las tasas de aborto inducido son las más bajas en Europa Occidental, donde el uso de anticonceptivos modernos es elevado y el aborto legal en general está

---

<sup>41</sup> Comité DESC, Observación General No. 22, Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Doc de la ONU E/C.12/GC/22. (2016) párr. 49. Al efecto, El Comité DESC estableció como obligaciones básicas de los Estados partes, las siguientes: a) Derogar o eliminar las leyes, políticas y prácticas que penalicen, obstaculicen o menoscaben el acceso de las personas o de determinados grupos a los establecimientos, los servicios, los bienes y la información en materia de salud sexual y reproductiva; b) Aprobar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales, con una asignación presupuestaria suficiente, sobre la salud sexual y reproductiva, concebidos, periódicamente revisados y supervisados mediante un proceso participativo y transparente, y desglosados por motivos prohibidos de discriminación; c) Garantizar el acceso universal y equitativo a servicios, bienes y establecimientos asequibles, aceptables y de calidad en materia de salud sexual y reproductiva, en particular para las mujeres y los grupos desfavorecidos y marginados; d) Promulgar y aplicar una ley por la que se prohíban las prácticas nocivas y la violencia de género, incluida la mutilación genital femenina, el matrimonio infantil y forzado y la violencia doméstica y sexual, incluida la violación conyugal, y asegurar al mismo tiempo la intimidad, la confidencialidad y la adopción libre, informada y responsable de decisiones, sin coacción, discriminación o miedo a la violencia, en relación con las necesidades y los comportamientos sexuales y reproductivos de las personas; e) Adoptar medidas para prevenir los abortos en condiciones de riesgo y prestar asistencia y ayuda psicológica con posterioridad a los abortos a quienes lo necesiten; f) Velar por que todas las personas y grupos tengan acceso a una educación e información integrales sobre la salud sexual y reproductiva que no sean discriminatorias, que sean imparciales, que tengan una base empírica y que tengan en cuenta las capacidades evolutivas de los niños y los adolescentes; g) Proporcionar medicamentos, equipo y tecnologías esenciales para la salud sexual y reproductiva, en particular sobre la base de la Lista de Medicamentos Esenciales de la OMS; h) Asegurar el acceso a recursos y reparaciones efectivos y transparentes, incluidos los administrativos y los judiciales, por las violaciones del derecho a la salud sexual y reproductiva.

<sup>42</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Recomendación General No. 24*. 2 de febrero de 1999. párr. 29.

<sup>43</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Recomendación General No. 24*. 2 de febrero de 1999. párr. 31.

<sup>44</sup> OMS, Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud, Segunda edición.

<sup>45</sup> OMS, Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud, Segunda edición.

disponible a requerimiento. Por lo tanto, responder a la necesidad insatisfecha de planificación familiar y acceso a métodos anticonceptivos, resulta una intervención eficaz para reducir el embarazo no deseado y el aborto inducido<sup>46</sup>.

Otras fuentes académicas aportan elementos útiles para fortalecer la idea de que las intervenciones más efectivas para reducir las tasas de aborto y por lo tanto proteger la vida en gestación, son las políticas públicas integrales y sostenibles que incluyan la educación y el acceso a la planificación familiar, e incluso los programas que garantizan apoyo económico y social para las mujeres que desean continuar con su embarazo y ser madres<sup>47</sup>. Paradójicamente, el uso del derecho penal tiende a tener un efecto inhibitorio sobre la información en materia de salud sexual y reproductiva y perjudica la efectividad de las políticas integrales de prevención del embarazo no deseado<sup>48</sup>.

Además de las recomendaciones que indican la necesidad de una política pública integral en materia de acceso a la información sobre salud sexual y reproductiva, educación sexual y acceso efectivo a anticoncepción con la finalidad de evitar embarazos no deseados y así reducir la tasa de abortos inducidos, es importante reiterar en este punto que la eliminación del tipo penal de aborto en casos extremos o en general, no implica que el Estado no pueda regular el aborto, como ocurre en los países en los cuales se ha despenalizado el aborto y se avanza en su regulación por vías distintas a la penal que, como veremos en la sección de proporcionalidad estricta, tiene un altísimo costo en materia de derechos humanos y de salud pública.

En estos términos lo reconoció el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud al indicar que “la despenalización del aborto, junto con una reglamentación adecuada y la prestación de servicios seguros y accesibles, es el método más expeditivo para proteger íntegramente el derecho a la salud contra posibles violaciones cometidas por terceras partes”<sup>49</sup>.

Consideramos que los argumentos previamente expuestos resultan pertinentes y útiles para que la Honorable Corte valore la existencia de medios alternativos para lograr la protección de la vida en gestación. En cuanto al requisito de que sean medios menos lesivos pero “igualmente idóneos”, entendemos que existe suficiente evidencia sobre que la vigencia del tipo penal de aborto no está asociada a la reducción de las tasas de aborto inducido y, por lo tanto, pareciera más bien que las políticas alternativas planteadas y ampliamente recomendadas por los organismos internacionales tanto en materia de derechos humanos como de salud pública, son de hecho vías más idóneas que el derecho penal para lograr la finalidad de proteger la vida en gestación mediante la efectiva reducción del embarazo no deseado y, por esa vía, del aborto inducido.

### **Proporcionalidad en sentido estricto**

En este punto consideramos importante ofrecer algunos elementos para la evaluación del criterio de proporcionalidad estricta.

---

<sup>46</sup> OMS, Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud, Segunda edición.

<sup>47</sup> Ver, por ejemplo: Verónica Undurraga, *El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las normas sobre el aborto*, en *El aborto en el derecho trasnacional: Casos y controversias*; John Cleland, *Family Planning: The Unfinished Agenda*, Lancet, vol. 368.

<sup>48</sup> NNUU (2011). Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011, párrafos 21 y 27.

<sup>49</sup> Asamblea General de Naciones Unidas (2011), El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/66/254, 3 de agosto de 2011.

Para ello, recordamos que el ejercicio de ponderación tiene lugar entre la protección de la vida en gestación en un lado de la balanza y los derechos involucrados cuando las mujeres no tienen acceso al aborto en casos extremos como la violación sexual. En la sección anterior nos referimos a los derechos a la salud, el derecho a la integridad personal, la autonomía reproductiva e incluso la vida de las mujeres, todos protegidos por los tratados internacionales de los que Ecuador es parte. Considerando la especificidad de la demanda que está llamada a resolver esta Corte, un factor comúnmente olvidado en el ejercicio de ponderación de estos derechos en los casos de embarazos resultado de actos de violencia sexual, es la consideración de la mujer embarazada como una víctima de una grave violación de derechos humanos, lo que debe ser especialmente considerado.

Así, consideramos que el interés legítimo del Estado de proteger la vida en gestación, en abstracto, tiene un peso importante, la información aportada en las secciones anteriores apunta a que el logro concreto de dicha protección por la vía de mantener el aborto como delito en el Código Penal en casos extremos como la violación sexual o incluso en general, no pareciera tener mayor peso. En el otro lado de la balanza se encuentran los derechos de las mujeres citados en los párrafos anteriores, todos de relevancia fundamental y, por lo tanto, con un peso abstracto también importante.

Ahora bien, en cuanto a la severidad de la afectación de esos derechos cuando por vía de criminalización o de falta de acceso en la práctica las mujeres están impedidas de abortar en casos extremos como la violación sexual, compartimos los elementos que en el derecho internacional de los derechos humanos y en algunos ejemplos de derecho comparado se han tomado en cuenta para concluir que dicha situación afecta de manera desproporcionada los derechos de las mujeres y, por lo tanto, además de no ser una vía idónea ni necesaria como expresamos antes, tampoco supera el juicio de proporcionalidad estricta.

Conforme expresó la Corte Constitucional colombiana en 2006, “(...) cuando los tribunales constitucionales han debido abordar la constitucionalidad de la interrupción del embarazo[,] han coincidido en la necesidad de ponderar los intereses en juego, que en determinados eventos pueden colisionar, por una parte la vida en gestación, bien que goza de relevancia constitucional y en esa medida debe ser objeto de protección, y por otra parte los derechos de la mujer embarazada (...) en todo caso han coincidido en afirmar que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional, porque bajo ciertas circunstancias impone a la mujer encinta una carga inexigible que anula sus derechos fundamentales”<sup>50</sup>. En su ponderación, la Corte estableció que: “la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”<sup>51</sup>.

Cabe recordar que una de las causales analizadas por la Corte Constitucional colombiana fue la violación sexual. Sobre este punto concreto, la Corte Constitucional colombiana concluyó que el caso de violación “debe ser una de las hipótesis bajo las cuales debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva de delito de aborto (...) porque en este caso la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo

---

<sup>50</sup>Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355-06, 10-V-2006.

<sup>51</sup>Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355-06, 10-V-2006.

no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal”<sup>52</sup>.

A lo anterior agregó que “llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido (...) una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable”<sup>53</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Alemania, se ha referido a las circunstancias en que las mujeres ostentan razones especiales de carácter médicas, eugenésicas, éticas o sociales en las que penalizar la interrupción del embarazo derivaría en una carga extraordinaria y opresiva que resulta razonablemente inexigible<sup>54</sup>. En dichas circunstancias, el tribunal ha considerado que el respeto por la vida humana en formación se opone a un interés igualmente importante y digno de protección constitucional, por lo que exigir su renuncia a las mujeres no es admisible. Bajo esta perspectiva, aún y cuando pueda considerarse que la protección a la vida comienza desde el momento de la concepción, es posible imponer un límite cuando continuar con el embarazo implicaría obligar a la mujer a sostener una carga excesiva<sup>55</sup>.

Resulta relevante también hacer referencia a la consideración realizada por el Tribunal Constitucional de España, que al analizar la interrupción del embarazo aclaró que “el legislador (...) puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos (...) Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la [l]ey resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constricción -la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos”<sup>56</sup>.

Por su parte, el Comité CEDAW concluyó la existencia de responsabilidad internacional del Estado peruano por la falta de acceso a interrupción del embarazo para una niña víctima de violación sexual. El Comité consideró que la víctima no tuvo acceso a “un procedimiento eficaz y accesible que le permitiese establecer su derecho a los servicios de atención médica que su estado de salud física y mental requería. Estos servicios comprendían tanto la operación de columna como el aborto terapéutico. Ello resulta tanto más grave si se tiene en cuenta que se trataba de una menor, víctima de abusos sexuales. El intento de suicidio demuestra el grado de sufrimiento mental por el que pasó como consecuencia de los abusos”<sup>57</sup>. De tal forma, “la decisión de aplazar la intervención

---

<sup>52</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355-06, 10-V-2006.

<sup>53</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355-06, 10-V-2006.

<sup>54</sup> Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia Nos. 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92 y 2 BvF 5/93, 28-V-1993.

<sup>55</sup> Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia Nos. 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92 y 2 BvF 5/93, 28-V-1993.

<sup>56</sup> Tribunal Constitucional de España, Sentencia 53/1985, 18-V-1985.

<sup>57</sup> CDH (2011). L.C v. Perú. Comunicación No. 22/2009. CEDAW/C/50/D/22/2009, 4 de noviembre de 2011.

quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre”<sup>58</sup>.

Ahora bien, si la Honorable Corte considera pertinente realizar una ponderación para analizar la proporcionalidad estricta del uso del derecho penal más allá de las causales extremas como la violación sexual, consideramos que en esta ponderación no se puede perder de vista el altísimo saldo en materia de salud pública y derechos humanos que tiene la criminalización del aborto en general. A modo ilustrativo, destacamos los impactos severos en materia de mortalidad materna, salud e igualdad y no discriminación.

La estrategia de salud reproductiva de la OMS para acelerar el avance hacia la consecución de los objetivos y las metas internacionales de desarrollo, adoptada por las Asambleas Mundiales de Salud, destacan que el aborto inseguro es una causa prevenible de mortalidad y morbilidad maternas<sup>59</sup>. También ha indicado la OME que las declaraciones y resoluciones firmadas, indica la existencia de un consenso cada vez mayor acerca de que el aborto inseguro es una causa importante de mortalidad materna que puede y debe prevenirse mediante los servicios de aborto sin riesgos, la educación sexual y la planificación familiar<sup>60</sup>. A su vez, también existe consenso respecto a la atención posterior al aborto y de ampliar el acceso a un método anticonceptivo para prevenir los embarazos no deseados y los abortos inseguros<sup>61</sup>. La justificación lógica desde el punto de vista de la salud pública para evitar el aborto inseguro es clara e inequívoca<sup>62</sup>.

La OMS ha definido al aborto inseguro como un aborto no facilitado a través de instalaciones y/o personal aprobados y ha indicado que la legalidad y la seguridad suelen coincidir<sup>63</sup>. El aborto inseguro representa el 13 % de las muertes maternas y el 20% de la mortalidad total y la carga por discapacidad debida al embarazo y al nacimiento. Casi todas las muertes y la morbilidad por el aborto inseguro ocurren en países donde el aborto tiene leyes más restrictivas. En su Guía Técnica sobre aborto inseguro, la OMS señaló que cada año, aproximadamente 47.000 mujeres mueren debido a complicaciones del aborto inseguro y se calcula que 5 millones de mujeres padecen discapacidades temporales o permanentes, incluso infertilidad. Donde hay pocas restricciones para acceder al aborto sin riesgos, las muertes y las enfermedades se reducen drásticamente. Agregó que una de cuatro mujeres sometidas a un aborto inseguro probablemente desarrolle una incapacidad temporal o permanente que requiera atención médica<sup>64</sup>. Cabe mencionar que estas cifras suelen ser menores de las reales, pues como indicó también la OMS, es difícil medir las muertes y discapacidades relacionadas con el aborto inseguro, pues se producen tras un procedimiento clandestino o ilegal, y el estigma y miedo al castigo impiden que el incidente se notifique en forma confiable<sup>65</sup>.

Con relación al impacto que tiene la penalización del aborto en general en el derecho a la salud, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud

---

<sup>58</sup> CDH (2011). L.C v. Perú. Comunicación No. 22/2009. CEDAW/C/50/D/22/2009, 4 de noviembre de 2011.

<sup>59</sup> Organización Mundial de la Salud. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda edición. pág. 18, referencia 6.

<sup>60</sup> Organización Mundial de la Salud. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda edición. pág. 18, referencia 6.

<sup>61</sup> Organización Mundial de la Salud. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda edición. pág. 18, referencia 6.

<sup>62</sup> Organización Mundial de la Salud. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda edición. pág. 18, referencia 6.

<sup>63</sup> Patrick Fernand Thonneau. La mortalidad maternal y el aborto inseguro: una pesada carga para los países en vías de desarrollo. pág. 6.

<sup>64</sup> Organización Mundial de la Salud. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda edición. pág. 20, referencia 22.

<sup>65</sup> Organización Mundial de la Salud. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda edición. Pag 19

señaló que:

Las leyes penales que castigan y restringen el aborto...generan invariablemente efectos nocivos para la salud física, al ser causa de muertes evitables, morbilidad y mala salud, y para la salud mental, entre otras cosas porque las mujeres afectadas se arriesgan a caer en el sistema de justicia penal... La penalización del aborto es una clara expresión de la injerencia del Estado en la salud sexual y reproductiva de la mujer, ya que restringe el control de la mujer sobre su cuerpo y podría exponerla a riesgos para la salud innecesarios. La prohibición del aborto también obliga a las mujeres a llevar a término embarazos no deseados y a dar a luz cuando no desean hacerlo.

La penalización del aborto también afecta gravemente a la salud mental. La necesidad de recurrir a servicios de salud ilegales y la intensa estigmatización del procedimiento del aborto y de las mujeres que se someten a él pueden tener efectos perniciosos para la salud mental de la mujer. La presión acumulada y el estigma asociado al aborto han llegado a empujar a algunas mujeres al suicidio...Asimismo, si bien se han estudiado ampliamente los efectos psicológicos de recurrir a un aborto ilegal o de llevar a término un embarazo no deseado, no existen pruebas que demuestren que el aborto voluntario conlleve secuelas a largo plazo para la salud mental<sup>66</sup>.

Finalmente, además del impacto severo que tiene la penalización del aborto en términos de mortalidad materna – que es un tema tanto de salud pública como de derechos humanos – destacamos en este punto la gravedad del impacto diferenciado que trae aparejado para mujeres en situación de mayor vulnerabilidad. Si se considera que la Constitución protege no sólo la igualdad formal sino también incluye dimensiones sustantivas como la prohibición de impacto diferenciados de normas aparentemente neutrales en grupos tradicionalmente desaventajados, la Corte Constitucional no puede perder de vista que, aunque el tipo penal de aborto pareciera estar dirigido a todas las mujeres, en la práctica suele afectar de manera diferente a las mujeres en mayor situación de vulnerabilidad, entre otros, por motivos de situación socio-económica.

En virtud de todo lo expresado en la presente sección, consideramos que en el juicio de proporcionalidad a que puede estar llamada esta Honorable Corte al momento de evaluar la constitucionalidad de una norma que criminaliza el aborto en casos extremos como la violación sexual respecto de la mayoría de las mujeres, existen suficientes argumentos para concluir que aunque persigue una finalidad legítima en abstracto, no se satisfacen los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Además, consideramos que existen datos y argumentos suficientes que acreditan que dichos requisitos tampoco se cumplirían en un análisis de la constitucionalidad del tipo penal de aborto en general. Llegar a estas conclusiones sobre el uso del derecho, en ningún caso implicaría ignorar la protección de la vida en gestación, la cual puede regularse de manera más eficaz por otras vías mediante las cuales se establezcan, por ejemplo, límites temporales sin necesidad de mantener una norma penal que no logra la finalidad que persigue pero que sí deja un saldo enorme en materia de derechos humanos y salud pública.

---

<sup>66</sup> NNUU (2011). Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011, párrafos 21 y 27.



## **2. El carácter discriminatorio del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal al limitar el acceso al aborto en casos de violación a mujeres con discapacidad mental.**

En términos generales, la regulación punitiva del aborto aún en los supuestos extremos en los que se ha venido despenalizando progresivamente a nivel comparado, se encuentra estrechamente vinculada con el principio de igualdad y no discriminación. Sobre esto, los organismos internacionales han manifestado que las restricciones al aborto legal pueden ser discriminatorias en ciertas circunstancias. Para el CDH, la imposibilidad de acceder al aborto puede derivar en una afectación al derecho a la igualdad y a la no discriminación dado que constituye una obstaculización de acceso a un procedimiento que es requerido de manera exclusiva por las mujeres<sup>67</sup>.

La frase “que padezca de discapacidad mental” contenida en el artículo 150 numeral 2 del COIP resulta contraria a los principios y normas contenidas tanto en la Constitución de la República del Ecuador como con los tratados internacionales de los que Ecuador es parte. Lo anterior en virtud de que la frase “que padezca de discapacidad mental” establecida en el artículo 150 numeral 2 del COIP, excluye de manera expresa al grupo de mujeres que no padecen una discapacidad mental y cuyo embarazo sea resultado de violencia sexual del acceso a la interrupción del embarazo.

Por su parte, el Comité CEDAW en el caso *L.C. v. Perú*<sup>68</sup> determinó que la falta de protección de los derechos reproductivos de la mujer, así como la falta de adopción de medidas legislativas tendientes a reconocer el aborto legal para los casos de abuso sexual y violación suponían el incumplimiento de la obligación de garantizar una protección efectiva a la mujer frente a todo acto de discriminación. Para el Comité, ello había derivado en una violación de los derechos de L. C. establecidos en los artículos 2 c) y f), 3, 5 y 12, junto con el artículo 1, de la Convención y el Estado debía hacer una revisión de su marco normativo para despenalizar el aborto en los casos en que el embarazo fuese el resultado de una violación o un abuso sexual<sup>69</sup>.

El Comité CEDAW también ha entendido que la necesidad de despenalizar el aborto en los casos de violencia sexual hace parte de la obligación de garantizar los derechos de la mujer y la defensa de estos frente a cualquier forma de discriminación. Así lo integró en su Recomendación General N° 35 de 2017<sup>70</sup>, en la que el Comité CEDAW extendió un llamado a los Estados Partes a adoptar medidas para derogar las normas que sancionen el aborto.

En el ámbito regional, la Comisión Interamericana ha manifestado que “sin efectivo disfrute de sus derechos sexuales y reproductivos, las mujeres no pueden ver realizado su derecho a vivir libres de violencia y de discriminación”. Por ello, los Estados deben atender la necesidad de “adoptar legislación dirigida a garantizar a las mujeres el ejercicio efectivo de sus derechos sexuales y reproductivos, en el entendido que la denegación de la interrupción voluntaria del embarazo en determinadas circunstancias constituye una vulneración a los derechos fundamentales de las mujeres, niñas y adolescentes”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la misma línea, ha determinado que obstruir el acceso a los servicios de salud reproductiva viola el derecho

<sup>67</sup> CDH. Caso *V.D.A vs. Argentina*, Doc. ONU CCPR/C/101/D/1608/2007, párrafos. 8.5 y 9.4.

<sup>68</sup> CDH (2011). *L.C v. Perú*. Comunicación No. 22/2009. CEDAW/C/50/D/22/2009, 4 de noviembre de 2011.

<sup>69</sup> CDH (2011). *L.C v. Perú*. Comunicación No. 22/2009. CEDAW/C/50/D/22/2009, 4 de noviembre de 2011.

<sup>70</sup> CEDAW (2017). Recomendación General 25. CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017.

a la no discriminación, ya que reside en la concepción de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre.

Con base en lo anteriormente expuesto, pasamos a compartir con la Honorable Corte los argumentos con base en los cuales consideramos que la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental” en el artículo 150 numeral 2 del COIP, constituye una violación al derecho a la igualdad y no discriminación de todas las mujeres víctimas de violación sexual que se fundamenta o bien en fines eugenésicos o nociones estereotipadas en torno a las mujeres con discapacidad mental, ambos evidentemente contrarios a los principios y normas constitucionales y de derecho internacional.

### **El principio de igualdad y discriminación**

La Constitución de Ecuador en sus artículos 11 numeral 2 y 66 numeral 4 protege la igualdad y la no discriminación. De manera garantiza el “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”. Esta Honorable Corte ha considerado que el principio de igualdad y no discriminación comprende tanto la dimensión de igualdad jurídica o formal como la igualdad de hecho o material. Así, esta Honorable Corte ha indicado que “la primera de las mencionadas hace referencia a la igualdad ante la ley, es decir una igualdad en cuanto a la configuración y aplicación de normativa jurídica, mientras que la segunda hará referencia a las particularidades de los sujetos, grupos o colectivos, quienes deben ser tratados de manera igualitaria si se encuentran dentro de circunstancias fácticas similares, prohibiéndose cualquier acto discriminatorio”<sup>71</sup>.

Este entendimiento se encuentra en sintonía con el criterio de la Corte IDH, instancia que ha señalado que el principio de igualdad y no discriminación tiene dos dimensiones, una negativa, relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y otra positiva, relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. Otros organismos internacionales, como el Comité DESC y el Comité CEDAW también han adoptado esta noción de igualdad sustantiva como parte esencial del contenido de discriminación que va más allá de la igualdad formal.

Bajo este entendimiento, las diferencias de trato contenidas en las normas jurídicas al evaluarse bajo la dimensión formal de igualdad, concebida como “igualdad ante la ley” deben ser aplicadas a todas las personas, sin distinción de ninguna clase. Por ende, los sujetos de derechos constitucionales que se encuentren en determinada situación jurídicamente relevante, deben recibir el mismo tratamiento respecto de privilegios y cargas contenidas en el ordenamiento jurídico.

En la misma línea, esta Honorable Corte ha sostenido que “el mandato de igualdad en la formulación del derecho exige prima facie que todos sean tratados igual por el legislador al momento de la configuración normativa; sin embargo, este principio puede ser limitado siempre que existan criterios razonables que justifiquen un trato diferenciado a determinados sujetos”. Así, “el principio de igualdad formal será vulnerado cuando en la formulación de la norma jurídica no se evidencia razones suficientes para una diferenciación legal”<sup>72</sup>. Lo anterior es coincidente con el

---

<sup>71</sup> CCE (2016). Sentencia No. 019-16-SIN-CC. Caso No. 0090-15-IN. 22 de marzo de 2016.

<sup>72</sup> CCE (2016). Sentencia No. 019-16-SIN-CC. Caso No. 0090-15-IN. 22 de marzo de 2016.

abordaje que la Corte IDH ha tenido en torno a la consideración de las diferencias de trato, que no serán discriminatorias en los casos en que sean objetivas y razonables, considerándose que cuando se trata de diferencias de trato basadas en criterios problemáticos o particularmente sospechosos como la discapacidad mental, el escrutinio de la diferencia de trato debe realizarse de manera estricta.

Ahora bien, al analizar la constitucionalidad del artículo 150 numeral 2 del COIP esta Honorable Corte deberá considerar el principio de igualdad y no discriminación en sus dos dimensiones. En los siguientes párrafos ofrecemos a esta instancia una serie de consideraciones que estimamos relevantes al efecto.

### **El test de proporcionalidad como juicio de igualdad para evaluar diferencias de trato de orden legal**

El primer paso para el desarrollo del test de proporcionalidad como juicio de igualdad reside en el análisis en torno a la existencia de una diferencia de trato entre personas o grupos de personas situadas en situación comparable; para luego determinar si la misma se encuentra o no justificada.

Al efecto, observamos que el artículo 150 numeral 2 del COIP integra una diferencia de trato entre las mujeres víctima de violación sexual que padecen una discapacidad mental y el grupo amplio de mujeres víctima de violación sexual que no la padecen. Frente a dicha distinción, es de subrayarse que la característica compartida entre ambos grupos subyace en la calidad de víctima de violación sexual y situación de embarazo derivada de una grave violación de derechos humanos. Partiendo de dicha situación equiparable, resulta particularmente difícil encontrar una racionalidad aceptable constitucionalmente y a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos para justificar la diferencia de trato en el acceso a un aborto legal, basada en la discapacidad mental.

Sin perjuicio de ello, procederemos a presentar el análisis más detallado del juicio de igualdad que podría realizar esta Honorable Corte al analizar la frase cuya constitucionalidad se cuestiona. En cuanto a la finalidad legítima que persigue la inclusión de dicha frase en el artículo 150 numeral 2 del COIP, resulta relevante recordar que la diferencia de trato no fue integrada a partir del Código actualmente vigente adoptado en 2014, sino que dicha formulación encuentra su raíz en los códigos precedentes de 1938 y 1971 que regulaban un fraseo similar integrando las palabras “idiota o demente”. El cambio en la denominación de la frase pareciera explicarse por el desarrollo del derecho internacional y la conceptualización de los derechos de las personas con discapacidad. A pesar del cambio en la literalidad de la norma, la finalidad detrás de haberla mantenido en el artículo 150 numeral 2 del COIP no es explícita debido a que no existe registro alguno sobre la discusión en torno al cambio en el fraseo de la norma en el desarrollo del debate legislativo que derivó en la adopción del Código actual en 2014.

Ante la ausencia de una justificación explícita, consideramos que todas las posibles justificaciones de la diferencia de trato son inaceptables a la luz de los estándares internacionales. Dentro de las posibilidades se encuentra una finalidad eugenésica, o una actitud paternalista derivada de prejuicios y estereotipos sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental.

Ambas posibles justificaciones son contrarias al entendimiento actual de los derechos de las personas con discapacidad en el derecho internacional de los derechos humanos.

Ahora bien, otro argumento que podría esgrimirse en torno al contenido del artículo 150 numeral 2 del COIP es el de que las personas con discapacidad son un grupo que requiere de especial protección por parte del ordenamiento jurídico, por lo que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad en caso de ser víctimas de violencia sexual. Si bien dicha argumentación podría llegar a considerarse, en principio, como legítima, no encontraría sustento en torno a la necesidad e idoneidad de la diferencia de trato, dado que no existe un vínculo entre el fin último de brindar especial protección a este grupo de mujeres y excluir al resto de mujeres que, en caso de ser víctima de violencia sexual, se encuentran en equiparable situación de necesidad de protección por parte del Estado. De tal forma, ambos grupos se encuentran en situación análoga respecto a la necesidad de protección, por lo que la falta de conexidad entre la distinción en el trato y la finalidad derivaría en la conclusión de inconstitucionalidad de la medida.

Respecto del elemento de necesidad, existen medidas menos lesivas que pueden alcanzar el objetivo de proteger a las mujeres con discapacidad mental que son víctimas de violencia sexual. Desde esta perspectiva, y aceptando en gracia de discusión que la finalidad perseguida es la de brindar especial protección a las mujeres con discapacidad mental víctima de violencia sexual, la despenalización sólo para dichas mujeres resulta infra incluyente, al dejar por fuera a las demás mujeres. Así, la despenalización del aborto en todos los casos de violencia sexual lograría la misma finalidad sin excluir a un grupo en situación equiparable de violación a sus derechos más fundamentales.

Esta línea argumentativa fue la adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina al resolver el caso “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”. En dicho asunto, el artículo 86 del Código Penal argentino regulaba el aborto no punible en dos supuestos: si existe un peligro para la vida o la salud de la madre o “si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”<sup>73</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del fallo “F.,A.L” dio fin a la distinción al considerar que cualquier aborto de un embarazo producto de una violación, sin importar la salud mental de la mujer, no es sancionable, tanto para la mujer como para la persona que cause la interrupción del embarazo. En la sustanciación de su argumentación, la Corte esgrimió consideraciones en torno a la igualdad y la no discriminación para reafirmar la obligación del Estado argentino de garantizar el aborto legal en todos los casos de violación, sin discriminación, por lo que la distinción entre mujeres con y sin discapacidad no era consistente con la prohibición de discriminación ya que “no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las víctimas de violencia sexual, cuya vulnerabilidad se agrava por la circunstancia de poseer una discapacidad mental, sino a un prejuicio que las denigra en cuanto sujetos plenos de derechos”<sup>74</sup>. Aunado a ello, la Corte consideró que imponer un embarazo forzado a las víctimas que no ostentasen una discapacidad mental era una conducta no exigible, supererogatoria y contraria a la dignidad humana. Al efecto, expresó que “la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y

---

<sup>73</sup>Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (2012). F.,A.L.s/medida autosatisfactiva. 13 de marzo de 2012. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=135171>

<sup>74</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (2012). F.,A.L.s/medida autosatisfactiva. 13 de marzo de 2012. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=135171>

contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar<sup>75</sup>.

Por las anteriores consideraciones, creemos que la diferencia de trato contenida en el artículo 150 numeral 2 del COIP no logra superar el primer paso de un juicio de igualdad, es decir, no es posible identificar una finalidad legítima. Aún la única posible finalidad legítima- la protección especial de las mujeres con discapacidad víctima de violencia sexual-, al excluir a las demás mujeres en situación equiparable, es decir, infraincluyente, se rompe claramente la relación de idoneidad y necesidad.

Todo lo anterior resulta pertinente para el análisis de la diferencia de trato del artículo 150 numeral 2 del COIP desde la perspectiva de las obligaciones negativas de los Estados de no mantener en su ordenamiento jurídico normas explícitamente discriminatorias. Sin embargo, no sobra recordar, desde la dimensión más sustantiva del derecho a la igualdad y no discriminación, exige tomar en consideración los impactos diferenciados de las normas vigentes. Así, consideramos importante que esta Honorable Corte tenga en especial consideración lo ya expresado anteriormente y es que dentro del grupo de mujeres sin discapacidad mental que son víctima de violencia sexual, la criminalización vigente del aborto suele afectar de manera desproporcionada a las mujeres más vulnerables, siendo el hilo conductor de esta vulnerabilidad, su situación de pobreza. Consideramos que este elemento también debe ser parte del análisis a ser llevado a cabo por la Honorable Corte.

### 3. Solicitud

Finalmente, solicitamos a la Corte Constitucional de Ecuador la oportunidad de presentar este *amicus curiae* y solicitamos que el mismo sea tenido en cuenta en el marco del proceso de referencia. Nuestros argumentos resultan relevantes tanto para el análisis de fondo como para el análisis de las medidas cautelares solicitadas en la demanda, en caso de que esta Honorable Corte estime necesario evaluar su procedencia antes de su pronunciamiento final.

---



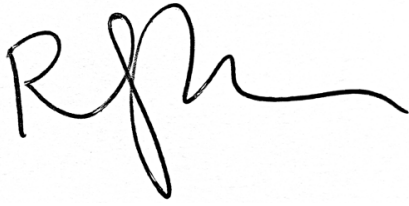
Oscar A. Cabrera  
Abogado y Director de la Iniciativa  
Profesor Visitante, Facultad de Derecho



Silvia Serrano Guzmán  
Abogada y Directora Asociada  
Profesora Adjunta, Facultad de Derecho

---

<sup>75</sup>Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (2012). F.,A.L.s/medida autosatisfactiva. 13 de marzo de 2012. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=135171>



Rebecca Reingold  
Abogada y Directora Asociada  
Profesora Adjunta, Facultad de Derecho



Ivonne Garza  
Abogada y Asociada



Fernanda Rodríguez  
Abogada y Asociada