

PRESENTACION AMICUS CURIAE

SEÑORAS JUEZAS Y SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Marisa Herrera, documento nacional de identidad argentino 23.327.838, abogada e investigadora del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas) domiciliada en Av. Figueroa Alcorta 3029 piso 12, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina y Natalia de la Torre, abogada y docente universitaria, domiciliada en Av. Balbín 2336 piso 6, departamento “D”; en calidad de AMICUS CURIAE comparecemos en la causa N° 115-20-IN por la INCONSTITUCIONALIDAD de la frase “*en una mujer que padezca discapacidad mental*” contenida en el Artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, demanda presentada por el Cabildo por las Mujeres del Cantón Cuenca y BOLENA, el 10 de diciembre de 2020.

En tanto existe identidad por el fondo con las causas 109-20-IN, 105-20-IN y 0034-19-IN, solicito se incorpore el presente *Amicus Curiae* con copia a las referidas causas.

1. ANTECEDENTES

El artículo 12 en concordancia con el artículo 85 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que “*Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de amicus curiae que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia...*”.

Quienes suscriben el presente *amicus curiae* o amigo del tribunal son docentes e investigadoras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Avellaneda y, además, en el caso de Herrera, integra el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, órgano estatal dedicado a la investigación y desarrollo científico en el que se han planteado diferentes indagaciones tendientes a analizar y profundizar sobre el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo como derecho humano, una de las tantas facetas que involucran los derechos sexuales y no reproductivos.

Como se consignó en el encabezamiento, ambas son docentes e investigadoras en Argentina, país que observa un gran desarrollo y avance en la temática que se analiza en la presente contienda judicial a estudio de la máxima instancia judicial del Ecuador; experiencia jurídica que podría ser de gran relevancia a los fines de conocer los diferentes y sólidos argumentos de tinte constitucional-convencional -además de los psicosociales- por los cuales se debe proceder a decretar la inconstitucionalidad del art. 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal cuyo texto expresa en la normativa dedicado al “*Aborto no punible*” que “*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: (...) 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental*”.

Este debate de tinte constitucional-convencional se ha dado en el derecho argentino a través del resonado fallo FAL (así se lo conoce por las siglas del nombre de la persona involucrada) resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 13/03/2012 (fallo 335:197) en el que se analizó la validez constitucional-convencional del entonces art. 86 del Código Penal argentino que disponía: “*(...) El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: (...) 2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente*”.

Más allá de la diferencia en la sintaxis de las dos normas penales en análisis, lo cierto es que la finalidad es la misma: limitar el caso de aborto no punible en los casos de violación solo si se trata de personas con discapacidad o “mujer idiota o demente” según un léxico perimido en el derecho actual como el que observaba el art. 86 inciso 2 en el año 1921 y que fue reformado en la ley 27.610 de fines del 2020 que introduce en el derecho argentino la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana 14 de gestación y, a la par, mantiene la falta de plazo cuando se trate de dos causales: 1) violación (cualquiera sea la condición de la víctima) y 2) peligro para la vida o la salud de la persona gestante. De manera precisa, el art. 4 de la ley 27.610 dispone que “*Interrupción voluntaria del embarazo. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso*

gestacional. Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones: a) Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida; b) Si estuviere en peligro la vida o la salud de la persona gestante” (conf. decreto 14/2021 que le quitó el término “integral” que recetaba la versión aprobada en el Congreso de la Nación en el inciso b).

En definitiva, como docentes, investigadoras y especialistas en temáticas de familia, infancia, género y bioética de un país en el que hace más de 8 años se ha dado un debate similar y, por lo tanto, esta cuestión ha sido hartamente estudiada, analizada y profundizada desde hace varios años, cuyo punto cúlmine ha sido la sanción de la mencionada ley 27.610 que introduce al derecho argentino la interrupción voluntaria del embarazo dentro de un determinado periodo de tiempo (14 primeras semanas); se presenta este *amicus curiae* a los fines de brindar herramientas jurídicas -tanto de carácter constitucional/convencional- como legal, en atención a la experiencia similar que se ha vivenciado en el derecho argentino.

2. FUNDAMENTACIÓN

2.1. El caso FAL de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

En fecha 13/03/2012, la máxima instancia judicial de la Argentina rechazó el recurso extraordinario planteado por el Asesor General de la Provincia de Chubut en representación de la “persona por nacer” confirmando la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia que había hecho lugar a la interrupción de un embarazo producto de una violación de una adolescente de 15 años, al entenderse que esta situación encuadraba en el supuesto de aborto no punible, contenido en el art. 86 inc. 2° del Código Penal, al interpretar que no se circunscribe el aborto no punible a los casos de violación de mujer “idiota o demente”, es decir, persona con discapacidad, sino que involucra a todos los casos de mujeres víctimas del delito de abuso sexual.

Las principales razones esgrimidas para arribar a tal conclusión que amplia -vía interpretación constitucional- los supuestos de aborto no punible son:

- Que *“la esencia de los agravios traídos a discusión, la cual radica en última instancia en la interpretación de normativa constitucional y convencional y*

visto el carácter federal que reviste el planteo, esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional” (párrafo 7°).

- *Que “la referencia específica al marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo, integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan, en general, políticas públicas promotoras de los derechos humanos. Por ello, en atención tanto al objetivo que anima esta previsión como a los propios términos de su enunciado, de los que surge que la competencia atribuida a este poder en la materia lo fue a los efectos de dictar un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo, resulta claro que, de esta norma, nada se puede derivar para definir, en el sentido que se propugna, la cuestión relativa a los abortos no punibles en general, y al practicado respecto del que es consecuencia de una violación, en particular” (párrafo 9°).*
- *Que “si bien en la Convención Constituyente de 1994, en su última sesión, se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, lo cierto es que en ninguna oportunidad quedó plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto ni limitar el alcance del artículo 86, inciso 2°, del Código Penal al supuesto de la víctima violada idiota o demente (...) Por lo tanto, no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en la mencionada norma al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental” (párrafo 9° in fine).*
- *“Que de las provisiones establecidas en el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato*

por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86 inciso 2º, del Código Penal. Ello por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (ver al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, "Baby Boy", y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos)" (párrafo 10º).

- *Con relación al artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se asevera que "resulta necesario tener en consideración que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación. A su vez, al examinar la situación particular de nuestro país, ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Irlanda, 24/07/2000, A/55/40; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Gambia, 12/08/2004, CCPR/CO/75/GMB; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010, antes citadas). Por lo tanto, resulta claro que, no es posible derivar de este tratado un mandato para interpretar restrictivamente la norma, sino que, inversamente, en atención a lo expuesto, se arriba a la conclusión contraria" (párrafo 12º).*
- *En lo que respecta a la Convención sobre los Derechos del Niño, se afirma que "de los antecedentes que precedieron a la sanción de esta Convención, se observa que, al redactarse su Preámbulo, expresamente se rechazó que éste fijara un alcance determinado de cualquiera de sus disposiciones (ver al respecto, Consejo Económico y Social, Cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño, Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño; E/CN4/1989/48, 2 de marzo de 1989). Asimismo, de la lectura de aquellos antecedentes, se puede concluir que, ante una variedad de alternativas propuestas, se decidió expresamente por la formulación actual del artículo 1º, de la que tampoco se puede derivar*

la tesis que sostiene la parte. Esto queda corroborado por la circunstancia que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados Partes —que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación— deben reformar sus normas legales incorporando tal supuesto y, respecto de nuestro país que sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal (cfr. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Palau. 21/02/2001. CRC/C/15/Add.149; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Chad. 24/08/1999. CRC/C/15/ Add.107; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/34, antes citadas)” (párrafo 13).

- Que “los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional y que en este caso poseen, además, una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma (Constitución Nacional, artículo 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2º y 3º, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24; además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, especialmente artículos 2º, 3º y 5º a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2º; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f y 6.a). En efecto, reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida (Fallos:

332:433 y sus citas). Máxime cuando, en la definición del alcance de la norma, está involucrado el adecuado cumplimiento del deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos en cuanto obliga a brindarle atención médica integral, tanto de emergencia como de forma continuada (ver al respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Fernández Ortega vs. México", sentencia del 30 de agosto de 2010, apartados 124 y 194)" (párrafo 15).

- 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 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" (párrafo 16).
- Que "los principios de estricta legalidad y pro homine obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación. Ello así, por cuanto la decisión relativa al alcance de este precepto se encuentra limitada de antemano por estos principios que obligan, respectivamente, a "priorizar una exégesis [que esté]... en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y... [a] privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal" (Fallos: 331:858, considerando 6° y 329:2265). Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica" (párrafo 17).
- "Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de

quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. Accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama (ver al respecto, Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desarrollada en junio de 1999)” (párrafo 25).

- *Que “el respeto a lo establecido en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional se traduce en que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación. Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal. En efecto, tal como lo ha señalado la Organización Mundial de la Salud, la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana. Estos requisitos, diseñados para identificar casos fabricados, retrasan el cuidado necesario y aumenta la probabilidad de abortos no seguros o, incluso, pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado (ver al respecto, "Aborto sin riesgos. Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud", OMS, 2003)” (párrafo 27).*

- Que “*si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de "casos fabricados", considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, —que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud*” (párrafo 28).
- Que “*en virtud de la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada en el caso, esta Corte no puede dejar de señalar la necesidad de que tanto en el ámbito nacional como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva*” (párrafo 30).

2.2. Análisis del caso FAL como insumo directo para este proceso

De conformidad con los argumentos explicitados en el apartado anterior, la máxima autoridad judicial de la Argentina interpreta en clave constitucional-convencional, que el art. 86 inciso 2 del Código Penal que regula la causal violación involucra a toda mujer, tenga o no una discapacidad porque la violación en sí constituye uno de los hechos de mayor violencia de género que de por sí, merece el reconocimiento del acceso a la interrupción del embarazo al entender que se trata de un delito no punible.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en atención a los derechos humanos en juego, va más allá al aseverar que conforme lo dispuesto en el art. 86 inciso 2do del Código Penal (similar al art. 150 de la legislación penal aquí en debate), no solo se considera no punible al delito de aborto que se realiza bajo esas circunstancias sino que a la luz de una interpretación amplia y sistémica con el ordenamiento jurídico internacional e interamericano -el mismo que cabe para el derecho ecuatoriano- se debe también facilitar el acceso a la interrupción del embarazo. En otras palabras, fácil se puede entender que un derecho que se reconoce, pero al cual no se puede acceder queda en el plano teórico y no práctico o de su efectiva satisfacción que es, en definitiva, lo que se debe lograr. De allí la importancia de llevar adelante una lectura sistémica y compleja de la temática aquí en estudio que enlaza de manera directa la cuestión penal -

delito no punible- con el acceso a la salud en los términos que lo recepta la Organización Mundial de la Salud desde hace tiempo al considerar que “*La salud es un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad*” (Conf. Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, No. 2, p. 100 que entró en vigor el 7 de abril de 1948). En esta línea argumental cabe traer a colación un interesante precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “P. y S. contra Polonia” del 30/10/2012 en el que se expuso de manera clara: “*la Corte reitera que en la valoración del presente caso hay que tener en cuenta que la Convención no pretende garantizar derechos teóricos o ilusorios, sino derechos prácticos y efectivos (ver Airey contra Irlanda, 9 de octubre de 1979, § 24, Serie A núm. 32). La Corte ya ha encontrado en el contexto de casos similares contra Polonia que una vez que el Estado, actuando dentro de sus límites de apreciación, adopta regulaciones estatutarias que permiten el aborto en algunas situaciones, no debe estructurar su marco legal de una manera que limite las posibilidades reales de obtener un aborto. En particular, el Estado tiene la obligación positiva de crear un marco procesal que permita a la mujer embarazada ejercer efectivamente su derecho de acceso al aborto legal (Tysiarc contra Polonia...).* El marco legal ideado para los propósitos de la determinación de las condiciones para el aborto legal debe ser ‘conformado de manera coherente que permita tener en cuenta de manera adecuada los diferentes intereses legítimos involucrados y de acuerdo con las obligaciones derivadas de la Convención’” (párrafo 99) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-114098%22%5D%7D>

Es por ello que la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el citado caso FAL, luego de dejar sentado que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal debe interpretarse con un alcance amplio, es decir, incluyendo a toda mujer o persona gestante víctima de una violación y no sólo a quienes presentan alguna discapacidad, se encarga de exhortar a las autoridades del Estado Nacional y provinciales a “*(...) implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la*

solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida” (Considerando 29).

En suma, la declaración de inconstitucionalidad del art. 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal no sólo busca despenalizar la causal de violación sin más, de conformidad con los estándares convencionales internacionales y regionales que seguidamente señalaremos, sino también legalizar/asegurar el acceso a la interrupción del embarazo a toda víctima de violencia sexual.

2.3. Otros argumentos constitucionales- convencionales más actuales

Desde una mirada más contemporánea sobre una temática que tanto se ha avanzado y que tal sendero culmina en el reconocimiento del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, es decir, por la mera o sola decisión de la persona -dentro o no de un determinado tiempo de gestación- como ha acontecido en la Argentina tras la sanción de la ley 27.610 a fines del 2020, engrosándose el listado de países en el globo que receptan una postura más amplia; es dable destacar que ello ha sido posible en atención al desarrollo y consolidación de la perspectiva desde los derechos humanos que obligó a dejar atrás las discusiones abstractas sobre ponderación del derecho a la vida y a la autonomía. En este sentido, es necesario señalar que hace casi dos décadas que los organismos de DDHH señalan que debe realizarse una ponderación entre la protección de la vida prenatal y los derechos fundamentales de las mujeres, teniendo en cuenta las graves consecuencias que tiene la criminalización del aborto, ya que no impide la interrupción de embarazos, sino que empuja a las mujeres a la clandestinidad, generando alarmantes cifras de mortalidad por causas obstétricas y de hospitalizaciones por complicaciones derivadas de abortos inseguros.

De este modo, si la tensión actual -ya sorteada en el derecho argentino- no reside en contraponer la idea de aborto sí o aborto no, sino en aborto legal o clandestino, con las consecuencias negativas que se derivan de esta última situación; fácil se puede advertir lo perimido y conservador que resulta seguir debatiendo si en los supuestos de violación o abuso sexual debe entenderse que el delito de aborto debería ser considerado no punible si sólo involucra a mujeres con discapacidad o a toda mujer o persona

gestante; término este último más amplio que permite extender y así incorporar a todas las personas que pueden quedar embarazadas de conformidad con el reconocimiento y protección de la identidad de género tal como lo expone -y obliga- la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva nro. 24 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” del 24/11/2017 en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

A la luz de la obligada perspectiva constitucional-convencional, tanto en el sistema internacional como el interamericano de Derechos Humanos se pueden observar una gran cantidad de argumentos que fundamentan la compatibilidad del aborto con los derechos humanos en general y, por lo tanto, con más razón cuando se pretende mantener una legislación abiertamente inconstitucional que excluye a las mujeres -salvo que cuenten con alguna discapacidad- a la interrupción del embarazo producto de la situación más cruel e inhumana como lo es una violación.

A continuación, se destacan algunos avances en el corpus iuris internacional de derechos humanos hábiles para reafirmar la compatibilidad del aborto con dicho plexo normativo y, a la par, destacar que cualquier normativa que impida acceder al aborto en casos de extrema gravedad como lo es una violación es pasible de generar responsabilidad internacional por conculcar, precisamente, varios de los derechos humanos que dicho corpus recepta y protege.

2.3.1. Sistema Universal

2.3.1.a. Comité de DDHH

El Comité de DDHH es el órgano encargado de interpretar y controlar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este organismo desde siempre expresó su preocupación por las leyes restrictivas y la inaccesibilidad de los abortos seguros, como también respecto de la mortalidad materna derivada de los abortos inseguros.

Ya desde fines de la década de 1990 y durante la primera década de este milenio sostuvo consistentemente que la prohibición total del aborto o su permisión solamente en casos de peligro para la vida de la mujer son incompatibles con las obligaciones derivadas del Pacto.

Por ejemplo, en las observaciones finales realizadas por el Comité respecto de Perú en el año 2000, el Comité expresó su preocupación por que el aborto sigue siendo

penalizado, aún en casos de violación y porque es la primera causa de mortalidad materna.¹ En cuanto a Irlanda, sostuvo que resulta preocupante que solamente sea permitido el aborto en casos de peligro para la vida de la mujer y no, por ejemplo, en casos de violación². En cuanto a Gambia, manifestó su preocupación por la prohibición total del aborto, aun en casos de peligro para la vida, la salud o en casos de violación, y sostuvo que esas normas generan la realización de abortos clandestinos y altas cifras de mortalidad materna, por lo que recomendó una legislación que introduzca excepciones a la penalización de la práctica³.

Con respecto a la Argentina y en relación al art. 86 inciso 2 del Código Penal que se asemeja al articulado en tensión en el presente proceso, es dable destacar que el Comité de DDHH emitió observaciones finales en el año 2010 y expresó su preocupación en los siguientes términos: *“El Comité expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo. (Artículos 3 y 6 del Pacto). El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal”* (CCPR/C/ARG/CO/4, 22 de marzo de 2010, párr. 13).

Por otro lado, el Comité de DDHH emitió una Comunicación, declarando la responsabilidad internacional del Estado Argentino por la inaccesibilidad del aborto no punible en el caso “LMR”⁴, ocurrido en el año 2006 en la Provincia de Buenos Aires. Se trataba de una joven de 19 años con discapacidad intelectual y había sido violada. LMR y su madre solicitaron la interrupción del embarazo, con invocación del art. 86 del Código Penal, pero debieron atravesar múltiples barreras burocráticas y judiciales y soportar que su solicitud alcanzara estado público. Luego de un mes y medio de martirio judicial y hostigamiento de sectores que deseaban impedir el aborto, la Corte Suprema provincial ordenó la realización de la práctica, debido a que el caso se ajustaba a las previsiones legales. Para ese entonces, LMR llevaba una gestación de casi 21

¹ Comité de DDHH, Observaciones finales CCPR/CO/70/PER, del 15/11/2000, párr. 20.

² Comité de DDHH, Observaciones finales, A/55/40, Irlanda, párrafo 444, año 2000.

³ Comité de DDHH, Observaciones finales, Gambia CCPR/CO/75/GMB, 12/8/2004, párrafo 17.

⁴ Comité de DDHH, CCPR/C/101/D/1608/2007, Comunicación No 1608/2007, del 28/4/2011.

semanas. No obstante, los médicos del hospital público se negaron a realizar el aborto, debido a que el embarazo se encontraba demasiado avanzado. En consecuencia, recién 27 días después de la orden judicial para que se realice el aborto, LMR interrumpió la gestación de manera clandestina, debido a que el Estado no garantizó la prestación.

Frente a estos hechos el Comité de DDHH condenó a Argentina a reparar adecuadamente a LMR y sostuvo que la inaccesibilidad del aborto constituyó un trato cruel, inhumano y degradante, en los términos del art 7 PIDCP que expresa de manera precisa que *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*; así el *“El Comité considera que la omisión del Estado, al no garantizar a L.M.R. el derecho a la interrupción del embarazo conforme a lo previsto en el artículo 86, inc. 2 del Código Penal cuando la familia lo solicitó, causó a L.M.R. un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto, tanto más grave cuanto que se trataba de una joven con una discapacidad. En este sentido el Comité recuerda su Observación General n° 20 en la que señala que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral”*. Por ello, concluyó que *“El Comité expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo. (Artículos 3 y 6 del Pacto). El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal.”*

Con respecto a Ecuador y en relación con la restricción impuesta por el art. 150 aquí impugnado, el Comité de DDHH, en sus Observaciones Finales sobre el sexto informe periódico del 11 de agosto de 2016, aseveró: *“El Estado parte debe revisar el Código Orgánico Integral Penal a fin de **introducir excepciones adicionales a la interrupción voluntaria del embarazo, incluyendo cuando el embarazo sea consecuencia de un incesto o una violación, aun cuando la mujer no padezca discapacidad mental**, y en caso de discapacidad fatal del feto, y asegurar que las barreras legales no lleven a las mujeres a recurrir a abortos inseguros que puedan poner en peligro su vida y su salud. Asimismo, debe incrementar sus esfuerzos con*

miras a garantizar que las mujeres y las adolescentes puedan acceder a servicios adecuados de salud sexual y reproductiva en todo el país y reforzar los programas de educación y sensibilización sobre la importancia del uso de anticonceptivos y los derechos en materia de salud sexual y reproductiva” (el destacado nos pertenece).⁵

De este relevamiento de estándares establecidos por el Comité de DDHH, cabe concluir que desde hace casi veinte años que el organismo internacional critica las legislaciones restrictivas respecto del aborto. Asimismo, se exige consistentemente que la práctica sea accesible en los casos en que es legal y se pone de manifiesto la relación entre prohibición del aborto y muerte materna. Por ello, destaca la necesidad de modificar las normas y prácticas internas que penalizan el aborto y lo hacen inaccesible en general, más aún, si se trata de mujeres víctimas de abuso sexual. Precisamente, el Comité de DDHH advierte que existen problemas en la legislación, ya que, al prohibirlo, se empuja a las mujeres a la realización de abortos clandestinos e inseguros que afectan sus derechos humanos.

Como cierre de este apartado centrado en el Comité de DDHH cabe traer a colación la Observación General nro. 36 sobre Derecho a la Vida (art. 6, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) del 2019, en el que se afirma: *“Aunque los Estados partes pueden adoptar medidas destinadas a reglamentar la interrupción del embarazo, dichas medidas no deben resultar en la vulneración del derecho a la vida de la mujer embarazada o de sus otros derechos en virtud del Pacto, como la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por lo tanto, todas las restricciones jurídicas que limiten la capacidad de las mujeres para someterse a un aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro sus vidas ni exponerlas a dolores o sufrimientos físicos o psíquicos por cuanto ello supondría una vulneración del artículo 7 del Pacto. Los Estados partes deben facilitar un acceso seguro al aborto para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas, y en las situaciones en que llevar a término el embarazo causaría a la mujer graves dolores o sufrimientos, sobre todo en los casos en que el embarazo es producto de violación o incesto, o el feto presenta una anomalía grave. Los Estados partes no deben regular el embarazo ni el aborto de manera contraria a su deber de velar por que las mujeres no tengan que recurrir a abortos peligrosos. [Por ejemplo, no deben adoptar medidas como penalizar*

⁵ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Ecuador, 11/08/2006, CCPR/C/ECU/CO/6, párrafo 16.

los embarazos de las mujeres solteras, ni aplicar sanciones penales a las mujeres que se someten a un aborto o a los médicos que las asisten para hacerlo, cuando se prevea que la adopción de esas medidas va a suponer un aumento significativo de los abortos peligrosos.] Los Estados partes tampoco deben establecer requisitos excesivamente onerosos o humillantes para las mujeres que deseen someterse a un aborto. La obligación de proteger la vida de las mujeres contra los riesgos para la salud relacionados con los abortos peligrosos exige que los Estados partes garanticen a mujeres y hombres, y en particular a los adolescentes, acceso a información y educación sobre las opciones reproductivas y a toda una serie de métodos anticonceptivos. Los Estados partes también deben velar por que las mujeres embarazadas tengan acceso a servicios de atención de la salud adecuados, tanto prenatales como con posterioridad al aborto” (párrafo 9).

2.3.1.b. Comité de Derechos del Niño

El art. 150 del Código Orgánico Integral Penal excluiría de su texto también a las niñas y adolescentes víctimas de violación, siendo que, si se entiende que el aborto no punible está habilitado sólo si se trata de personas con discapacidad, estarían protegidas por esta norma las niñas y adolescentes que padecen una discapacidad y no el resto de las niñas y adolescentes víctimas de un delito extremo. En otras palabras, si ya de por sí choca con el corpus iuris internacional e interamericano de Derechos Humanos el no poder acceder a la interrupción del embarazo cuando este hecho fue producto de una violación; más aun cuando se trata de niñas y adolescentes a quienes les cabe un plus de protección por su calidad de sujetos en pleno desarrollo y, por ello, un colectivo claramente vulnerable que encierra una mayor atención por parte del Estado como garante último de los derechos humanos de las personas, no solo por ser mujeres sino, además, por ser personas menores de edad.

Por lo tanto, el planteo que encierra el actual art. 150 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador compromete de manera directa los derechos humanos de niñas y adolescentes, es decir, involucra la Convención sobre los Derechos del Niño y la interpretación que lleva adelante su órgano de tratado. En este sentido, cabe recordar que el Comité de Derechos del Niño es el organismo creado para controlar el cumplimiento e interpretar la Convención de los derechos del niño. En este sentido, ya desde 1999 este órgano expresó preocupación respecto de los efectos de las restricciones al aborto. Así, el Comité sostuvo que los estados partes de la CDN

deberían autorizar el aborto en casos de violación. Por ejemplo, respecto de Palau, el Comité sostuvo que: “el aborto es ilegal, salvo por razones médicas, y a ese respecto **expresa su preocupación por el interés superior de las niñas que han sido víctimas de violaciones y/o incestos**” y recomendó que: “**revise su legislación relativa al aborto con miras a salvaguardar el interés superior de las niñas víctimas de violación e incesto**”⁶ (el destacado nos pertenece). Respecto de Chad expresó preocupación debido a “*que la legislación punitiva en lo que respecta al aborto tenga repercusiones sobre las tasas de mortalidad materna en niñas adolescentes. El Comité sugiere que se lleve a cabo un estudio amplio y multidisciplinario para entender el alcance de los problemas de salud de los adolescentes, en particular los efectos perjudiciales de los embarazos precoces y el aborto ilegal. El Comité alienta al Estado Parte a examinar los procedimientos que, de conformidad con la legislación actual, autorizan los abortos por motivos terapéuticos, para evitar los abortos ilegales y para mejorar la protección de la salud mental y física de las niñas*”⁷.

También se ocupó del tema respecto de la Argentina en sus observaciones finales del año 2010, donde afirmó que “58. *El Comité celebra los esfuerzos del Estado parte para reducir la mortalidad infantil, así como la aprobación de un plan integral de acción en materia de salud, que incluye el Plan Nacer y el programa de suministro universal de medicamentos esenciales (Programa Remediar). Si bien celebra el establecimiento de comisiones encargadas de analizar la mortalidad materna e infantil y el reconocimiento por el Estado parte de las esferas que necesitan mejora, en particular la prevención y promoción de la salud durante el embarazo y el parto, el Comité expresa preocupación por la tasa constantemente elevada de mortalidad materna y neonatal, en particular en ciertas provincias. El Comité constata con preocupación las disparidades existentes en la esfera de la malnutrición crónica entre la media nacional (8%) y la media del noroeste argentino (15,5%). El Comité expresa además preocupación por el elevado porcentaje de mortalidad materna, especialmente de adolescentes, causada por un aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación, prevista en el artículo 86 del Código Penal. 59. El Comité recomienda al Estado parte que: [...]*

⁶ Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Palau. 21/02/2001, CRC/C/15/Add.149, párrafos 46 y 47.

⁷ Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Chad, 24/08/1999, CRC/C/15/ Add.107, párrafo 30.

d) Adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas; e) Enmiende el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente y en la nueva en lo que respecta al aborto legal”⁸. De manera más actual, el Comité en las Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe combinado de fecha 01/06/ 2018 (CRC/C/ARG/CO/5-6) expuso: “32. el Comité recomienda que el Estado parte: (b) Asegurar el acceso a servicios de aborto seguro y atención postaborto para niñas y adolescentes, garantizando que sus opiniones siempre se escuchen y se tengan debidamente en cuenta como parte del proceso de toma de decisiones ...”.

Como puede verse, el Comité de los Derechos del Niño manifestó su preocupación por las tasas de mortalidad de niñas y adolescentes vinculadas con el aborto clandestino, exigió al Estado argentino que tome medidas tendientes a asegurar el acceso a la práctica en los casos previstos legalmente y recomendó que, para evitar responsabilidad internacional, dirija sus esfuerzos a reducir la mortalidad obstétrica y a informar a los médicos sobre la necesidad de garantizar el acceso al aborto legal, más aún en los casos en que los embarazos son producto de un delito.

Con relación a Ecuador, cabe destacar que el Comité de los Derechos del Niño, en sus últimas Observaciones Finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del 26 de octubre de 2017, ha recomendado al Estado que *“Vele por que las niñas tengan acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, entre ellos el aborto terapéutico, y estudie la posibilidad de despenalizar el aborto, prestando especial atención a la edad de la niña embarazada y los casos de incesto o violencia sexual”* (el destacado nos pertenece).⁹

Las citas precedentes dan cuenta de que en los casos en que una niña se encuentre embarazada como producto de una violación, o cuando la gestación compromete su salud o pone en peligro su vida, la CDN exige que se atienda al interés

⁸ Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010.

⁹ Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados, Ecuador, 26/10/2017, CRC/C/EQU/CO/5-6.

superior de ella, garantizando el acceso a un aborto legal y en condiciones de salubridad.

En esta lógica, no debe perderse de vista lo expresado en la Observación General nro. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia del 2016 en el que se afirma: *“60. El acceso a los productos básicos, a la información y al asesoramiento sobre la salud y los derechos sexuales y reproductivos no debería verse obstaculizado por, entre otros factores, el requisito de consentimiento o la autorización de terceros. Además, es necesario poner un especial interés en superar las barreras del estigma y el miedo que dificultan el acceso a esos servicios a, por ejemplo, las adolescentes, las niñas con discapacidad y los adolescentes gais, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales. El Comité insta a los Estados a que despenalicen el aborto para que las niñas puedan, en condiciones seguras, abortar y ser atendidas tras hacerlo, así como a que revisen su legislación para asegurar que se atienda el interés superior de las adolescentes embarazadas y se escuche y se respete siempre su opinión en las decisiones relacionadas con el aborto”*. Como bien se puede observar, aquí se refiere a diferentes colectivos, uno es el de los adolescentes y otro el de las niñas -y también adolescentes- con discapacidad, por lo cual, el Comité de los Derechos del Niño admite que el aborto esté al alcance de las personas menores de edad sin discriminación.

Como cierre de este apartado dedicado al órgano de tratado que se ocupa y preocupa por las personas menores de edad, es dable destacar que durante el debate del entonces proyecto de interrupción voluntaria del embarazo acontecido en Argentina durante diciembre del 2020, se llevaron adelante diferentes audiencias informativas tanto en la Cámara de Diputados como de Senadores. En ambas, fue invitado a disertar el presidente del Comité de los Derechos del Niño. Tomándose sus palabras esgrimidas en la Cámara revisora -la Cámara de Senadores- en su exposición de fecha 17/12/2020, allí el Dr. Luis Pedernera puso de resalto: *“Ya que el Comité ha sido aludido en diferentes pasajes durante el tratamiento legislativo, quiero empezar haciendo algunas aclaraciones. Primero, somos el órgano creado por la Convención de los Derechos del Niño. Está integrado por 18 expertos independientes, electos por la Asamblea de Estados parte, a la fecha, 196 Estados; la única excepción es Estados Unidos. Es decir, prácticamente, la Asamblea General de Naciones Unidas nos elige para un mandato de cuatro años. Somos el órgano de control de aplicación del Tratado. Recibimos*

denuncias, realizamos investigaciones por violaciones a los derechos del niño y somos la autoridad competente para interpretar la Convención. En Diputados, alerté del mito que circula en el Estado argentino acerca de la reserva, pero aprovecho para reiterarlo: no hay reserva del Estado argentino al artículo 1° de la Convención de los Derechos del Niño porque, para la Convención, niño es todo ser humano menor de 18 años. La única reserva que hizo el Estado argentino es al artículo 21, sobre adopciones internacionales. Y lo digo porque observo con preocupación cómo algunos actores que han pasado por aquí, al caerse el argumento de la reserva, intentan construir, ahora, un mito con la Declaración. La Declaración, como muy bien se dijo esta mañana en sala, es una Declaración unilateral. No suspende los efectos del Tratado en el Estado: solo vale para ustedes y no tiene ningún efecto para el Comité que integro. Y quiero dejarlo claro. Por eso, ustedes pueden cambiar cuando quieran su legislación. No puede haber declaraciones que vayan contra los principios de la Convención o que no sean objeto del Tratado en la Convención. Pero, si no, me hago esta pregunta: por qué el Estado argentino, en los 30 años que lleva de ratificada la Convención, nunca opuso esta Declaración a nuestros documentos de recomendación y de observaciones, que llevan 10 años de formuladas: 2010 y 2018, reiterada nuevamente. Por lo tanto, si para la Convención “niño” es toda persona menor de 18 años, también es equivocado decir lo que se dijo en sala sobre el interés superior aplicado al embrión”. Tras esta aclaración general, aseveró que “La ley que está en discusión, por lo tanto, está alineada con las recomendaciones que el Comité le formuló en 2018 al Estado argentino, justo unos meses antes de que el Senado, en su anterior composición, hiciera naufragar un proyecto de similares características. Con este proyecto, el Estado argentino estaría dando un paso relevante para garantizar el derecho a la vida, al disfrute de la atención de salud de la mejor calidad, respetando el interés superior de las niñas y las adolescentes, y cumplir con las recomendaciones que le formulamos. La información basada en la evidencia a nivel global derriba los miedos que se han esgrimido en los debates por quienes se oponen a la legalización. Está demostrado que se reducen las muertes de niñas y adolescentes. No se truncan sus proyectos de vida. Se obtiene información de calidad sobre la temática y eso permite tomar buenas decisiones para la política pública. Evita la estigmatización, la criminalización, y las niñas y las adolescentes pueden vivir sus vidas plenamente”. Por lo tanto, la postura sobre el aborto del Comité de los Derechos del Niño es clara, máxime si se trata de

situaciones de embarazos que proceden de una violación, nuevamente, la noción de trato cruel, inhumano y degradante vuelve a colocarse en el centro de la escena.

2.3.1.b. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer

Se trata del organismo a cargo de interpretar y controlar el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). Este Comité tuvo fuertes desarrollos en la interpretación de las distintas cláusulas del tratado. Así, en 1999 emitió su Observación General n° 24 sobre “La Mujer y la Salud” y afirmó que “31. *Los Estados Partes también deberían, en particular: c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos*”. Justamente, con cita de esta Recomendación General N° 24, el Comité de la CEDAW, en sus Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de Ecuador del 11 de marzo de 2015, ha recomendado al Estado que “***despenalice el aborto en casos de violación, incesto y malformaciones graves del feto***”. (el destacado nos pertenece).¹⁰

Más recientemente, en 2017, emitió una opinión más contundente como lo es la Observación General N° 35 sobre violencia de género que actualiza la Observación General nro. 19. Allí sostuvo: “18. *Las Violaciones de los derechos sexuales y reproductivos, de las mujeres, tales como la esterilización forzada, aborto forzado, embarazo forzado, criminalización del aborto, denegación o demora del aborto Seguro y atención médica post-aborto, forzar la continuidad de un embarazo, abuso o maltrato de mujeres y niñas que requieren información, bienes o servicios vinculados a su salud sexual y reproductiva son formas de violencia de género que, dependiendo de las circunstancias pueden constituir tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes*”. Además, destacó que “Los Estados deben: 31. *Derogar las normas jurídicas discriminatorias contra las mujeres, alentando, facilitando, justificando o tolerando cualquier forma de violencia basada en el género, inclusive normas consuetudinarias, religiosas e indígenas. En particular, deben derogar: a) Normas que permitan, toleren*

¹⁰ Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados, Ecuador, 11/03/2015, CEDAW/C/ECU/CO/8-9.

o condonen formas de violencia contra las mujeres, inclusive (...) la legislación que criminaliza el aborto, ser lesbiana, bisexual o transgénero, el ejercicio de la prostitución, el adulterio o cualquier otra norma penal que afecte desproporcionadamente a las mujeres, inclusive la aplicación discriminatoria de la pena de muerte en perjuicio de las mujeres” (el destacado nos pertenece).

Cabe concluir que el Comité CEDAW indica la necesidad de derogar las normas que criminalizan el aborto, ya que estas constituyen obstáculos discriminatorios al acceso a la salud, como también implican una falta de respeto a la autonomía de las mujeres. A ello agrega que la criminalización del aborto es una forma de violencia contra las mujeres, por lo cual la legislación penal en estudio debe, de mínima, ser reinterpretada a los fines que el delito de aborto sea no punible en todos los casos de violación, no importa las características que tenga la víctima. De por sí, la violación constituye uno de los delitos más graves y que afectan la integridad psico-física de una persona, por lo cual, ya por ello mismo, el acceso al aborto está justificado dentro de la lógica de las causales que es la adopta el Código penal ecuatoriano.

2.3.1.d. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Se trata del organismo creado para controlar el cumplimiento e interpretar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este Comité emitió en 2016 la Observación General N° 22, dedicada a interpretar el derecho a la salud contemplado en el art. 12 del PIDESC, en particular sobre los Derechos Sexuales y Reproductivos. En este sentido, fue contundente al manifestar que: *“10. El derecho a la salud sexual y reproductiva (...) es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona; a no ser sometido a tortura ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad. Por ejemplo, la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*. Agregándose que *“la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas*

circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes”; que “La realización de los derechos de la mujer y la igualdad de género, tanto en la legislación como en la práctica, requiere la derogación o la modificación de las leyes, políticas y prácticas discriminatorias en la esfera de la salud sexual y reproductiva [Es necesario que los Estados Parte] liberalicen las leyes restrictivas del aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto, (...) y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva” y 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”. “Los Estados deben reformar las leyes que impidan el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva. Cabe mencionar como ejemplos las leyes por las que se penaliza el aborto”.

De este modo, el Comité DESC introduce la criminalización y las restricciones al aborto como un tema vinculado a los derechos sexuales y reproductivos, que involucran una multiplicidad de derechos humanos fundamentales interdependientes. En este sentido, la OG N° 22 permite ver que el embarazo no deseado es el producto de una larga cadena de injusticias reproductivas vinculadas a deficiencias en la educación sexual y la información y distribución de métodos anticonceptivos, que configuran dificultades estructurales para que las mujeres puedan prevenir embarazos no deseados, de manera que el aborto puede funcionar como una reparación por tales incumplimientos. Principalmente, aquí cabe destacar que se reconoce que la falta de protección hacia las mujeres contra agresiones sexuales también contribuye a la generación de embarazos indeseados, por lo que el aborto debe estar disponible para estas situaciones. Finalmente, se destaca que el embarazo no deseado y la clandestinidad del aborto ponen en peligro la salud, la vida y la autonomía de las mujeres, de manera que la criminalización constituye una violación a los derechos sexuales y reproductivos.

2.3.2. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órganos a cargo de la interpretación y control de cumplimiento de las convenciones de DDHH del sistema interamericano. El precedente más importante en materia de derechos sexuales

y reproductivos y derecho a la vida es el caso “Artavia Murillo v. Costa Rica” resuelto el fondo en fecha 28/11/2021 en el que la Corte IDH afirmó que el art. 4 CADH protege la vida *en general* desde la concepción, puntualizando que “en general” significa que resulta lícito permitir el aborto. Con mayor precisión, se expuso en esta oportunidad que *“es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo”* (párrafo 264). Esta gradualidad e incrementalidad constituyen dos elementos básicos y fundamentales al momento de ponderar los derechos que están en juego para resolver el conflicto interpretativo que se plantea en el presente proceso. ¿Acaso, la balanza no debe inclinarse siempre en favor del acceso al aborto cuando están en juego derechos de tal magnitud ante un hecho gravísimo como lo es la violación de conformidad con al corpus iuris de derechos humanos involucrado? ¿Si el derecho a la vida se protege de manera gradual e incremental, no tendrá siempre mayor peso los derechos de las personas ya nacidas como son las niñas, adolescentes y mujeres -en este caso, víctimas del delito de violación- por ante la persona en formación -embrión, feto o nasciturus, cualquiera sea la denominación que se siga-?

En este sentido, el tribunal recordó las discusiones previas a la redacción del art. 4 CADH, en la que varias comitivas rechazaron una redacción que protegiera al “no nacido” desde la concepción, debido a que un artículo que no previera excepciones habría sido incompatible con sus legislaciones internas. Precisamente, tanto el entonces art. 86 inciso 2do del Código Penal argentino como el art. 150 del Código Orgánico Integral Penal que establece el aborto no es punible ante la violación de una mujer con discapacidad, han gozado de salud constitucional y convencional porque, de lo contrario, una protección absoluta de la vida prenatal hubiera sido contraria a este tipo de normativas que establecen que en ciertos casos el aborto es legal. Por lo tanto, estas normativas siempre entendieron que la protección de la vida es “en general”, es decir, no es absoluta y que permite excepciones. ¿Qué excepciones? El aborto es una figura que viene a ser la excepción a la regla que es lo que suele acontecer en la mayoría de los casos, las personas deciden tener hijos/as y estas decisiones encierran diferentes protecciones desde la concepción.

Por otra parte, en la mencionada sentencia “Artavia Murillo”, la Corte IDH reafirmó lo que hacía décadas había sostenido la CIDH en su informe 23/81 sobre el caso “Baby Boy”, que se refería a una denuncia contra EE. UU., debido a la realización de un aborto

por parte de un médico, con consentimiento de la embarazada, que llevaba una gestación de aproximadamente cinco meses. El médico fue denunciado penalmente y absuelto por la Corte Suprema de Massachussets sobre la base de las decisiones de la Corte Suprema de EE. UU. que afirmaron el derecho de las mujeres a abortar legalmente durante los primeros seis meses de embarazo¹¹. Es ésta la norma que la Comisión IDH y la Corte IDH declararon ajustada a las disposiciones de la Declaración Americana de Derechos Humanos y a la CADH.

Asimismo, en atención a la especial protección que les cabe a las personas menores de edad, cabe traer a colación la Opinión Consultiva nro. 17 de la Corte IDH del 28/08/2002 sobre la “Condición Jurídica del Niño” en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf que de manera general y a modo de columna vertebral expuso: *“Esta Corte ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana⁹⁰. Dicha obligación general impone a los Estados Partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares⁹¹. En este sentido, y para efectos de esta Opinión, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales”* (párrafo 87).

En lo que respecta a la violencia sexual, es dable destacar lo señalado por la Corte IDH en el caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua del 08/03/2018 en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf que involucra el

¹¹ Roe v. Wade y Doe v. Bolton.

abuso sexual perpetrado contra una adolescente por parte de directivos del establecimiento educativo y por lo cual, la víctima se suicidó. Aquí la máxima instancia regional en materia de derechos humanos puso de resalto que “154. *Para casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia. En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña*”, agregándose en el párrafo siguiente que “155. *La Corte considera que, sin perjuicio de los estándares establecidos en casos de violencia y violación sexual contra mujeres adultas, los Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana, medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual. En consecuencia, en el marco del presente caso, y a lo largo de la presente Sentencia, el Tribunal analizará las presuntas violaciones a derechos en perjuicio de una niña, no solo con base en los instrumentos internacionales de violencia contra la mujer, sino que también los examinará ‘a la luz del corpus juris internacional de protección de los niños y las niñas’ (supra párr. 42), el cual debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y en el caso particular, de la obligación estatal reforzada de debida diligencia*”.

Es evidente que la regulación vigente que observa el art. 150 del Código Orgánico Integral Penal, no sólo incumple las obligaciones internacionales asumidas por el Ecuador al ratificar tratados como la Convención Americana de Derechos Humanos al no dar respuesta en la legislación actual a los casos de violación cuando a raíz de este acto se produce un embarazo y la imposibilidad de acceder al aborto si no se trata de una mujer con discapacidad, sino que tal incumplimiento se refuerza o agravada cuando se trata de niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual que no observan ninguna discapacidad. En otras palabras, el incumplimiento es doble y, además, en el caso de las personas menores de edad a quienes les cabe un plus de protección u obligación estatal reforzada de debida diligencia -en palabras de la propia Corte IDH- tal conculcación

estatal por parte de Ecuador por la legislación restrictiva que recepta, se reafirma, agrava y profundiza.

En definitiva, el sistema interamericano de DDHH también coloca en crisis -de manera elocuente- la convencionalidad de la disposición en estudio.

2.4. Último argumento contemporáneo

En esta línea argumental centrada en los razonamientos más actuales hábiles para brindar un marco de interpretación dinámico a la presente contienda, nos parece de interés traer a colación el desarrollo y avance que gira en torno a la noción de “salud mental”, lo cual permite terminar de comprender en toda su dimensión por qué es imperativo que el acceso al aborto lo sea en todos los casos de violación y no sólo en los supuestos de mujeres con discapacidad como surge de letra fría del art. 150 de la legislación ecuatoriana en crisis.

Al respecto, se ha manifestado con acierto que *“Una afectación a la salud mental no debe ser forzada a ser conceptualizada de forma estigmatizante, como locura o demencia. El alcance de lo que ahora se entiende por trastorno mental es mucho más amplio. Un trastorno mental puede caracterizarse como la angustia o los trastornos psicológicos, asociados a la pérdida de la integridad personal y autoestima, causados, por ejemplo, por un embarazo producto de una violación, por una relación incestuosa abusiva o, tal como lo ha reconocido el Comité de derechos humanos, por el diagnóstico de discapacidad fetal severa como anencefalia”* (Cook, Rebeca J, Ortega-Ortiz, Adriana, Sarah, Romans y Ross, Lori E., “Consideraciones éticas y legales en salud reproductiva: La salud mental de la mujer como indicación para el aborto legal” en Bergallo, Paola (compiladora), *Aborto y justicia reproductiva*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, ps. 353 y 354).

De este modo, referirse a la “salud mental” en términos más amplios, obliga a salirse de la noción de “mujer con discapacidad” y profundizar sobre las consecuencias gravísimas en clave de derechos humanos que acarrea el impedir el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación lo cual, claramente, afecta de manera directa y elocuente la salud mental de la víctima de este delito que encierra un trato cruel, inhumano y degradante.

3. CONCLUSIONES

Con los elementos antes referidos, consideramos necesario que se declare la inconstitucionalidad de la frase “*en mujeres que padecen discapacidad mental*” contemplada en el artículo 150 numeral 2 del Código Integral Penal.

4. NOTIFICACIONES.

Las notificaciones que nos correspondan las recibiremos al correo electrónico marisaherrera12@gmail.com y delatorre.natalia@gmail.com

Firmamos por nuestros propios derechos.

Marisa Herrera, documento nacional de identidad argentino 23.327.828

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Marisa Herrera', written in a cursive style.

Natalia de la Torre, documento nacional de identidad argentino 25.640.786

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Natalia de la Torre', written in a stylized, blocky cursive style.