

JUEZAS Y JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Eugenia Patricia Novoa Zubiria, con cédula de ciudadanía número 1713389342, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil soltera, de profesión abogada, ocupación docente de derecho penal, domiciliada en la ciudad de Quito, en base al artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, y en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) que permite cualquier persona presentar criterios para mejor resolver las causas.

El presente AMICUS CURIAE lo presentó dentro de la **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD No. 105-20-IN sobre la inconstitucionalidad de la penalización del aborto por violación; con copia a los procesos 109-20-IN, 115-20-IN, 23-21-IN, 25-21-IN y 0034-19-IN**, que también versan sobre la inconstitucionalidad de la penalización del aborto.

El objetivo del presente AMICUS CURIAE es aportar información en relación a la penalización del aborto como uso abusivo del Derecho Penal, la cual debe ser considerada a la hora de resolver en torno a la despenalización del aborto en casos de violación.

I. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Desde el año 2008, el sistema jurídico ecuatoriano se construye con base a un tronco de preceptos garantistas que deben ramificarse en toda la normativa nacional, lo que incluye a su *ius puniendi*. El Ecuador, como Estado de derechos y justicia, se legitima en pilares que generan obligaciones y potestades vinculadas a garantizar de forma positiva y/o negativa los derechos y vida digna de sus habitantes. Por ser el aborto un conflicto social que precisa atención estatal positiva, debido las palpables problemáticas que lo rodean; con base en principio de mínima intervención del derecho penal, el presente AMICUS busca resolver el dilema jurídico respecto a si ¿es un abuso del derecho penal la tipificación del aborto como un delito, considerando su naturaleza de ultimo ratio en el sistema garantista ecuatoriano? Para dar respuesta a esta problemática se discutirá inicialmente el garantismo en el sistema jurídico ecuatoriano, continuando con un análisis del derecho penal mínimo. Se concluirá presentando

al aborto como conflicto social y las alternativas al *ius puniendi*, que legitiman y emanan de nuestro modelo estatal.

A. GARANTISMO EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO

La aprobación de la norma constitucional del año 2008 en el Ecuador, implica en sí misma una nueva forma de concebir el Derecho y la justicia. El garantismo, reflejado en la construcción de la constitución del 2008 constituye un nuevo modelo de Estado. Con el amplio desarrollo de garantías para el efectivo goce de derechos, las instituciones y legitimación de poderes estatales se inspiran en una sistemática basada en principios de libertad, justicia, igualdad que prioriza las necesidades de los seres humanos en su entorno y biósfera, buscando así posibilitar el tan anhelado “sumak kawsay”¹. A continuación, se realizará un recuento de cómo la conceptualización garantista, manifestada en nuestra carta magna, plantea cambios estructurales para legitimar el sistema jurídico ecuatoriano.

Como explica Ávila, acogiendo a la idea garantista de Luigi Ferrajoli, con la Constitución del 2008 se implementa en el Ecuador una concepción integral de las garantías no restringida a lo judicial. Estas garantías se clasifican en dos grupos: la primera, en función de los poderes del Estado; y, la segunda, en relación a los derechos y al rol de la justicia constitucional. Nos interesa hacer referencia para el caso particular a las garantías que existen en función de los poderes del Estado, las que se dividen en tres: normativas, políticas públicas y jurisdiccionales. Ávila sintetiza el criterio de Ferrajoli expresando que no existe poder del Estado que no sea garante de los derechos constitucionales.²

Remontándonos a las bases de garantismo, el mismo implica un modelo normativo, una teoría y crítica de derecho; y, una filosofía del derecho.³ Estas tres acepciones encuentran su fundamento en el principal presupuesto metodológico de la teoría de legitimación interna y externa del derecho, en la que la separación entre derecho y moral y, más en general, entre ser y deber ser es elemental⁴. Esta acepción tiene sus bases en estudios rigurosos de la Ley de Hume, que plantea la necesidad de corroborar o justificar al derecho mediante argumentos

¹ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Preámbulo

² Ávila R., Grijalva A. y Martínez D. *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008

³ Ferrajoli Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid, Trotta, 2001), 851-854.

⁴ Ibid.

normativos basados en hechos fácticos de lo que sucede, caso contrario se caería en la común falacia de justificar doctrinas normativas únicamente mediante su conformidad o disconformidad respecto a valores⁵.

Así podemos vislumbrar que en la construcción de modelos estatales garantistas las normas se legitiman como ramificaciones de un mismo tronco constitucional. Todos los derechos contenidos en la Constitución de la República del Ecuador deben ser garantizados integralmente, desde la construcción de leyes y normativas que derivan y sean concordante con mandato constitucional⁶. El estado entonces se legitima al garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales en distintos niveles, fomentando su cumplimiento (garantías positivas), previniendo y sancionando su incumplimiento (garantías negativas)⁷. Es así que, se debe acudir a la función judicial únicamente cuando no existen otros mecanismos estatales para prevenir y solucionar los conflictos que pueden presentarse por la falta de garantías en estos derechos. Lo mencionado posteriormente será extrapolado a la teoría garantista del derecho penal.

De la mano a lo mencionado, esta Corte se ha pronunciado respecto su rol frente a conflictos entre la Constitución y la normativa ecuatoriana. En su sentencia se especifica como competencia de la Corte “...dilucidar frente al conflicto normativo que se presente entre la legislación y la norma Constitucional, debiendo, en caso de encontrar contradicciones con la norma suprema, expulsarla del ordenamiento jurídico ...” continúa la Corte analizando que tal medida da cumplimiento al principio doctrinario *indubio pro legislator* y a los principios del artículo 76 numerales 2, 3, 4 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.⁸ Es entonces claro el deber de la Corte de alinear la normativa ecuatoriana al mandato constitucional.

En las anteriores líneas se ha conceptualizado el garantismo a nivel constitucional, para comprender su relevancia en el sistema de derechos y justicia ecuatoriano. Con la evolución del Estado y los derechos en un entorno garantista, la rama penal también ha sido materia de análisis, puesto que su legitimidad pende de la concordancia de su normativa con nuestro mandato constitucional. En tal sentido, el garantismo penal plantea la inminente necesidad de

⁵ Ibid., pp. 323-325

⁶ Ferrajoli Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*, (Madrid, Trotta, 2006), 68-69

⁷ Ibid., pp. 113-115

⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.o: 0001-11-SIN-CC”, en caso n.o: 0074-09-IN, 14 abril 2011.

minimizar la violencia en la sociedad en miras al cumplimiento de la Constitución. La ley penal entonces, citando a Ávila "...debe guardar conformidad con el contenido de los derechos, desarrollarlos o regularlos, pero en ningún caso disminuirlos, restringirlos o eliminarlos"⁹. Tal conceptualización que va de la mano con el principio de *ultimo ratio* reconocido por la doctrina penalista, mismo que será analizado en detalle en los siguientes apartados.

B. MÍNIMA INTERVENCIÓN O "ULTIMA RATIO" DEL DERECHO PENAL

El garantismo aplicado al derecho penal implica la minimización, tanto de la calidad como de la cantidad, de violencia legitimadora del ejercicio del poder estatal. En el sistema jurídico ecuatoriano, tanto desde su concepción garantista como desde su categorización de Estado de derechos y justicia¹⁰, se debe acudir al derecho penal únicamente en aquellos casos en los que no existen otros medios para solución de problemas sociales, este principio se lo conoce como de mínima intervención o de ultima ratio, y se integra en nuestra carta magna en su artículo 195 y en el artículo 3 de nuestro Código Integral Penal. Con el fin de brindar respuesta al cuestionamiento jurídico planteado en el presente AMICUS CURIAE, a continuación, se hace mención a las dimensiones dogmáticas garantistas inmersas en la caracterización del derecho penal mínimo o de *ultima ratio* en la legislación ecuatoriana.

Para el garantismo, el fin primario que legitima al Derecho penal en una sociedad es su eficacia instrumental para prevenir y reducir la violencia. Este se construye dentro de un sistema garantista en dos momentos: (1) la tipificación de delitos por parte del legislador, y (2) el reproche punitivo frente al cometimiento de delitos. Primordialmente al ser "un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a estos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones"¹¹ el derecho penal pasa a un plano secundario en la construcción del poder estatal. Si bien, como medio de control social formalizado, inhibe la comisión de delitos, así como también limita, dada la respuesta que procede del Estado, la reacción informal que puede provenir de las propias víctimas frente a los autores de delitos¹².

⁹ Ávila Ramiro, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos*

Una mirada desde el garantismo penal, (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 205.

¹⁰ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 1

¹¹ Ferrajoli Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (Madrid, Trotta, 2001), 851-852.

¹² Muñoz Conde, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1989), 113 y ss

El sistema garantista motiva visiones doctrinarias respecto al derecho penal, que incluso plantean su abolicionismo¹³. El ejercicio del *ius puniendo* debe priorizar los derechos humanos y constitucionales de las personas, basándose en el mandato legal positivo y en la separación del derecho y la moral, idea que se remonta al movimiento ilustrado¹⁴. Por tanto, las bases de sistemas monárquicos inquisitivos legitimados en la voluntad del rey y su moral pierden sentido en el garantismo penal, pues el poder estatal ya no se legitima en el suplicio¹⁵. La misión fundamental del Derecho penal es la protección de aquellos bienes jurídicos que son valorados como esenciales, pues permiten mantener la paz social¹⁶.

A su vez, el poder punitivo o de castigar de los Estados no puede ser infinito y necesita ser limitado. Derecho Penal debe ser de *ultima ratio*, entendido esto como que esta rama del derecho debe ser el último instrumento al que la sociedad recurra para proteger determinados bienes jurídicos, siempre que no exista otras formas de control menos lesivas. Santiago Mir Puig, señala que el derecho penal debe ser de ultima ratio, tomando en cuenta la naturaleza fragmentaria y el carácter subsidiario del mismo, y que por lo tanto no se debe sancionar todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino solo las que se consideran más peligroso para ellos¹⁷. En otras palabras, lo que se busca no radica en disminuir las garantías político-criminales dentro de lo sistemas jurídicos, sino el excluir las conductas que no impliquen ser lo suficientemente lesivas para ser reguladas por el ámbito del Derecho Penal¹⁸.

Dentro de la política criminal en el funcionalismo, la conceptualización del derecho penal mínimo es elemental. Para Roxin la orientación político-criminal se ha asociado al consecuencialismo, identificándose con una orientación del sistema del Derecho penal a las consecuencias empíricas de su aplicación, es decir, la construcción del delito debe orientarse a

¹³ Larrauri Elena, “Criminología crítica: abolicionismo y garantismo”, Talca, *Ius et Praxis*, vol. 4, núm. 2 (1998): 28-29

¹⁴ En este sentido, el garantismo, como plantea Ferrajoli, tiene sus bases en la ilustración y la contextualización de soberanía y legitimidad del Estado desde una nueva estructura del poder. Los pensadores que dan base al garantismo son Hobbes, Bentham, Beccaria, Voltaire, Rousseau o Montesquieu. Me atrevo a aproximar que la visión del derecho penal garantista que plantea Ferrajoli se inspira ampliamente en dar respuesta metodológica a las críticas estructurales de Foucault e incluso de Nizsche.

¹⁵ Foucault, Michel, *Surveiller et punir*, (Paris, Gallimard, 1975)

¹⁶ Mir Cerezo, José. *Curso de Derecho penal español*, (Madrid: Tecnos, 1996), 13.

¹⁷ Mir Puig, S, *Política criminal y reforma penal* (Buenos Aires, Editorial Euro Editores. 2002)

¹⁸ Rodríguez Meza, M. J., “Las Razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2017): <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>

los fines (sociales) de la pena (de prevención general de prevención especial)¹⁹. En un sistema garantista como el ecuatoriano, tales fines emanan del mandato constitucional.

En este mismo orden, el principio de mínima intervención o *ultima ratio* responde a necesidades utilitaristas del Estado²⁰. Estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social²¹, buscando minimizar delitos y castigos arbitrarios²². En términos de Ferrajoli, conceptualizar la mínima intervención penal es parte de un sistema garantista de derechos a nivel general, y a nivel específico, como parte del garantismo penal. La *ultima ratio* plantea entonces que únicamente se debe acudir al derecho penal cuando este resulte imprescindible para cumplir los fines de utilidad social²³.

Acorde a lo expuesto, el Derecho Penal entra a regular estrictamente los conflictos y los actos que son demasiado peligrosos y que no pueden abordarse desde otras ramas jurídicas. Acorde a lo mencionado, es preciso eliminar el tipo penal del aborto de nuestra legislación, puesto que su caracterización responde a necesidades sociales que pueden ser reguladas mediante garantías positivas por parte del Estado, conforme se detalla en el siguiente apartado.

B. EL ABORTO COMO CONFLICTO SOCIAL

Como se ha venido discutiendo a lo largo del Amicus, el Estado ecuatoriano, por ser garante de derechos, tiene un rol activo en dar respuesta a las problemáticas de su sociedad. Es preciso comprender que tales respuestas deben ser abordadas acorde a las necesidades comprobables de las y los ciudadanos, entendiendo que la construcción estatal debe acudir a la criminalización y castigo de actos mediante el sistema punitivo, únicamente en casos excepcionales. Es preciso entonces entender al aborto como conflicto social, para lograr vislumbrar si su tipificación como delito en la norma ecuatoriana constituye una contravención a su mandato constitucional.

¹⁹ Roxin, Claus, *la evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 200)

²⁰ Miguel José. *Fundamentos de Derecho penal* (Granada: Universidad de Granada, 1991), 164 y ss

²¹ García Pablos, *Sobre el principio de intervención*, (Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, 1996), 250.

²² Lopez, Daniela y Lara Micol Urbaitel, “Una defensa del derecho al aborto desde el derecho penal mínimo”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (2015): 2 (14): 265-274

²³ Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, (Barcelona: Bosch, 1992), 246.

Previo al análisis jurídico la legitimidad del aborto dentro de la política criminal garantista ecuatoriana, es necesario entender ciertos antecedentes históricos detrás de este fenómeno social. En principio el aborto, en las sociedades antiguas era aceptado como control demográfico, es decir, se lo permitía cuando el número de nacimientos superaba el tope de la población.²⁴ Incluso en Roma era permitido no solo el aborto sino hasta el infanticidio con el objetivo de crear generaciones fuertes que estuviesen en capacidad de servir efectivamente al Imperio. Asu vez, el cristianismo se instaló con una apreciación rigurosa sobre el aborto, por lo que doscientos años después de Cristo, se promulgaron medidas rigurosas contra la mujer sujeta a esta acción, incluyendo la pena de muerte, castigos corporales y el exilio.²⁵ Este criterio se basaba en que la mujer no tenía derecho a arrebatarse al marido su descendencia, la esperanza de la posteridad.

A pesar de que algo se avanza para atenuar la pena por aborto, en 1588 el Papa *Sixto V* proclama en una de sus decisiones (*Bula Effraenautum*), que todos los abortos son crímenes que se castigarían con la excomunión. Esta *Bula* no tuvo mucha repercusión, pero en Francia se endureció de nuevo el régimen en relación con esta práctica, y *Enrique II* promulgó una ordenanza donde revivía la pena capital para la mujer que abortara voluntariamente.²⁶

En general, la iglesia mantiene el criterio de que el aborto debe ser considerado un delito desde la perspectiva de equiparar la expectativa de vida del *nasciturus* como derecho separado de los derechos de la madre. Razón por la que, en varias legislaciones, sobre todo de países donde la iglesia jugaba un importante papel a nivel estatal, se recogió concepto de equiparar el aborto a un delito²⁷. Sin embargo, esta equiparación moral no resulta ser la única razón para que el aborto sea considerado como delito.

Al analizar al aborto desde la función que cumplió dentro del circuito de producción y reproducción económicas encontramos más perspectivas para comprender las motivaciones del legislador al categorizar al aborto como delito. Desde una perspectiva socio-económica, se

²⁴ Cuello Calón, E., “Tres temas penales: El aborto criminal; el problema penal de la eutanasia; el aspecto penal de la fecundación artificial”, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch, Barcelona (1955): 9.

²⁵ Aguirre Zozoya F. “Epidemiología del aborto”, *Ginecol Obstet Mex* (1976): 22 (134):1675-90.

²⁶ Masters Wh, Johnson Ve, Kolodny Rc., *La sexualidad humana. La Habana*, (Editorial Científico-Técnica, 1987), 681-5.

²⁷ Vásconez, Belén. (2017) “La situación jurídica del nasciturus, y su tutela efectiva en los sistemas internacionales de derechos humanos” Ambato: Pontificia Universidad Católica del Ecuador sede Ambato.

puede observar como el desarrollo del sistema depende de la producción y la reproducción de la fuerza de trabajo. Es decir, cuando las familias necesitaban mano de obra – gratuita – el aborto era una práctica que podía terminar desequilibrando los intereses del sistema.²⁸ En contrapartida, cuando los crecimientos demográficos de ciertos países fueron aumentando, por lo tanto, atentando con el desarrollo de los Estados, hubo ciertas naciones que flexibilizaron las leyes contra aborto, es decir “la legalización e ilegalización del aborto no responde a una cuestión ética ni se guía por preceptos religiosos, aún en latitudes tradicionalmente cristianas como las Latinoamericanas.”²⁹ También desde una perspectiva moral o económica, se puede evidenciar que el aborto es un conflicto social, ya que contrapone posiciones, valores y objetivos entre sus partícipes y la comunidad, siendo imposible que sea percibido por las personas de la misma manera en un mismo momento y lugar.³⁰

Haciendo alusión al icónico Caso Roe vs. Wade del año 1973, la Corte Suprema reflexiona respecto a las problemáticas sociales que motivan tipificar al aborto como delito. La corte hace alusión como primera problemática a la prevención de prácticas sexuales ilícitas, cuestión moral ligada a la época victoriana que no encontraba base argumentativa en la actual sociedad. Como segunda problemática se discute el aborto como un procedimiento médico, el que hasta 1940 (con la llegada de los antibióticos) era altamente riesgoso para la vida de la mujer, tal fundamentación pierde validez con los avances de la ciencia médica, pues el aborto ya no es un procedimiento médico de alto riesgo. Finalmente, se discute la tercera motivación que es la vida del no nacido, misma que al ser ponderada fácticamente con la vida digna de la madre, no alcanza el nivel de escrutinio necesario para considerar constitucional a la criminalización del aborto.³¹ Por lo mencionado, la Corte norteamericana concluye que no existen argumentos lo suficientemente fuertes para legitimar leyes que criminalizan el aborto, y por tanto se las declara inconstitucionales en toda la Federación de sus Estados.

También a partir de Roe v. Wade se ha discutido mucho respecto a la capacidad de elección reproductiva a una mujer en razón de su derecho de privacidad. Al Estado violentar las decisiones privadas reproductivas de la mujer, genera un “daño específico y directo

²⁸ Luparello, Velia. “Aborto y capitalismo: Un análisis de las políticas de control poblacional y desarrollo” Revista Diálogos; 2017. P. 103 – 120.

²⁹ Idem. Pág. 101.

³⁰ Isabel, Gonzalez, María Fuentealba y Juan Llancas. “El aborto y la Justicia Restaurativa” Revista Polis, 2016.

³¹ Estados Unidos Corte Suprema, “Sentencia n.o: 70-18.”, en caso Roe v. Wade, 22 enero 1973.

médicamente diagnosticable incluso en el embarazo temprano”³² Es decir, las maternidades obligadas pueden forzar a las mujeres a una vida y futuro angustiosos, con daños psicológicos, salud física y mental gravada e incluso angustia para no solo durante la gestación y partos, sino también durante toda la crianza infantil³³. Lo que también se puede ligar a problemáticas de educación e información al momento de tomar decisiones individuales.

Se ha abordado los conflictos ligados al aborto desde paradigmas menos retributivos, sosteniendo que es casi un equívoco lingüístico el que lleva a que se hable de “el” delito, cuando es de toda evidencia que éste no existe. Ónticamente sólo existen conflictos arbitrariamente seleccionados, conjunto muy heterogéneo de hipótesis conflictivas basadas en conceptualizaciones morales que, por herencia religiosa nuestro Código Penal llama “delitos”.³⁴ Este tipo de delitos legitimados en valores no demostrables fácticamente, carecen de validez en sistemas garantistas, como se explicó en el primer apartado de este Amicus.

Teniendo en cuenta que en la actualidad existen cifras sobre 46 millones de abortos a nivel mundial, de los que 16 millones se practican de manera ilegal. Siendo América Latina el lugar donde se practican 3.700.000 abortos inseguros al año, en que mueren 68.000, con riesgo del 13% de mujeres³⁵. En lo que al Ecuador respecta, existe el Plan Nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva 2017 - 2021 en el que no se señalan políticas públicas claras sobre la educación sexual a edades tempranas o en escuelas y colegios. Al respecto, únicamente se hace mención a la posibilidad de acceso a métodos anticonceptivos gratuitos, y el reglamento que regula el mismo. Según datos de la ENSANUT del año 2012, se establece que el 79.5% de mujeres entre 12 y 14 años tienen conocimiento sobre los métodos anticonceptivos, cifra que aumenta a 98% en mujeres entre 15 y 49, pero no se aproximan cifras de cuantas mujeres tienen efectivo acceso a estos métodos de anticoncepción. No existen datos actuales y tampoco cifras sobre el conocimiento de métodos anticonceptivos en varones de ninguna edad³⁶. Si bien este plan es en el que debería enmarcarse la responsabilidad estatal que priorice políticas públicas relativas al conocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, poco se menciona al

³² Idem

³³ Idem,

³⁴ Zaffaroni, R., *En busca de las penas perdidas*, (Buenos Aires, Editorial Ediar S.A., 1998), 36.

³⁵ http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_programs/es_prog_rr_col_factsheets_cifras.pdf (última visita el 05 de abril de 2021)

³⁶ Ministerio de Salud Pública (2019) Plan Nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva. Quito: MSP., p. 20.

respecto. En relación al aborto únicamente se menciona que está considerado como delito en nuestra legislación, pero no existe real información respecto a sus riesgos.

En aquellos países que no contemplan al aborto como un delito en sus sistemas penales no es coincidencia que sus niveles de mortalidad materna hayan disminuido. Los Estados que despenalizan el aborto implementan a la par políticas públicas de educación sexual integral y garantías de salud pública³⁷. Un ejemplo de esto es el caso de Uruguay, segundo país con menor mortalidad materna de América, después de Canadá, que la cantidad de embarazos no planeados disminuyó en un 8% sobre todo en mujeres entre 20 y 34 años³⁸. Todo lo mencionado evidencia que las problemáticas en relación con el aborto tienen diversas soluciones a ser abordadas desde las políticas públicas. Tipificar al aborto como delito no constituye una solución estatal a las problemáticas sociales a su alrededor, por el contrario, se aumenta y fomentan los conflictos sociales. El hecho de que no exista una política criminal que exija procesos investigativos fiscales rigurosos para acusar por la modalidad delictiva de aborto, incide también la privación de libertad de mujeres desconocedoras del tema y de bajos recursos.

En Ecuador el Código Orgánico Integral Penal criminaliza al aborto consentido en su artículo 149, siendo esta la respuesta del Estado a los palpables conflictos sociales que se han venido mencionando. La criminalización del aborto consentido no solo atenta a potestades declaradas en la constitución, como la libertad reproductiva, conforme reza el artículo 66 en sus numerales 9 y 10

“Se reconoce y garantizará a las personas:

... 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

... 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.”³⁹

Se justifica entonces que el aborto, por su naturaleza y efectos, es un conflicto social preciso de ser atendido por el Estado. Son necesarias garantías positivas por parte del Estado, que

³⁷ Se garantiza la salud sexual de forma holística con canastas básicas de anticonceptivos, planes educación sexual e incluso acceso a exámenes gratuitos, etc.

³⁸ Información obtenida del sitio web: <https://www.elespectador.com/noticias/salud/las-lecciones-de-uruguay-tras-cinco-anos-de-aborto-legal/>

³⁹ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 66

permitan a su sociedad vivir en armonía. Sin embargo, el aborto no presenta problemática de interés social inminente que deba ser abordada desde el Derecho Penal. Las problemáticas sociales que rodean al aborto, y el aborto como conflicto social, se pueden resolver desde un sistema de educación en sexual, efectivo acceso a anticonceptivos y a garantías de salud pública. Nuestro Estado no debe punir a quien aborta mediante procesos investigativos fiscales cuestionables, lo que se precisa es crear conciencia y conocimiento social, que efectivamente prevenga abortos, en lugar de encarcelar a quienes se ven obligadas a practicarlos en clandestinidad⁴⁰.

La tipificación del aborto en el sistema penal ecuatoriano responde entonces a una adecuación moral importada de un sistema inquisitivo, contrario al garantismo. Recordemos en que el siglo XIX era penada la homosexualidad⁴¹, lo que resulta inconcebible en nuestra actual sociedad. La legitimación de un tipo penal como el aborto en un sistema garantista como el ecuatoriano, frente al actual contexto social globalizado, resulta tan absurdo y carente de motivación, como el intentar mantener un tipo penal por la homosexualidad. Nuestro aparato de justicia penal debe enfocar sus esfuerzos en investigar, procesar y juzgar a verdaderos delitos naturales de la nueva sociedad, sin desperdiciar sus recursos en modalidades delictivas que contradicen nuestra legislación y las necesidades palpables de los y las habitantes de este país. El aborto como tipo penal es entonces inconstitucional, frente a la construcción e derechos y justicia ecuatoriana, y debe ser declarado como tal.

I. CONCLUSIÓN

Recordando lo mencionado en los apartados anteriores del presente *amicus curiae* y, tomando en cuenta que el aborto, en su naturaleza misma, y por las reflexiones sociales e históricas que a su alrededor, no es un delito, es un conflicto social latente en nuestra sociedad. Al ser un conflicto social, el Estado, cumpliendo con sus deberes primordiales enumerados en el artículo 3 de su Carta Magna, debe abordar las problemáticas que rodean al aborto desde programas y políticas públicas. Es inconstitucional abordar al aborto como tipo penalizado por el Código

⁴⁰ Lopez, Daniela y Lara Micol Urbaitel, “Una defensa del derecho al aborto desde el derecho penal mínimo”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (2015): 2 (14): 265-274

⁴¹ Hasta 1997 el Art. 516 inciso primero del Código Penal del Ecuador tipificaba como delito la homosexualidad en los siguientes términos: “En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años.”

Integral Penal, puesto que esta rama del derecho no legitima delitos basados en justificaciones morales, sino en hechos comprobables. Los datos y realidad social no logran comprobar fácticamente que el aborto precisa penalizado para garantizar el bienestar de los ecuatorianos, pero si se evidencia que es emergente la acción garantista positiva del Estado. Entendiendo que en Ecuador el art. 195 de la Constitución enfatiza el principio de mínima intervención penal señalando lo siguiente:

*“La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y **mínima intervención penal**, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal”* (Las negrillas nos pertenecen)

Y que en concordancia el Código Integral Penal amplía el significado de tal principio en su artículo 3

*“Principio de mínima intervención. - La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea **estrictamente necesaria para la protección de las personas**. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.”* (Las negrillas nos pertenecen)

Con los análisis previos mencionados, de la mano con la normativa vigente que recoge a la mínima intervención penal, podemos aseverar que el Derecho Penal no es el mecanismo adecuado para regular el aborto. Se ha demostrado la que existen otras vías jurídicas para encargarse de la regulación de este conflicto social. La solución a la tasa de mortalidad por abortos y la cantidad de abortos clandestinos que se realizan diariamente, precisa de la implementación de políticas públicas dirigidas a disminuir las brechas de acceso a métodos anticonceptivos, a una educación sexual adecuada sin tabúes morales de por medio, entre otras medidas que urgen ser abordadas y ejecutadas en la planificación nacional para el desarrollo.

Con lo manifestado, observando la teoría del garantismo constitucional que motiva nuestro sistema estatal, entendiendo la dimensión del *ius puniendi* en un sistema garantista de control mínimo, es preciso declarar la inconstitucionalidad del aborto como delito tipificado en el artículo 149 del Código Integral Penal, pues este contraviene el mandato constitucional. Las

problemáticas que presenta el aborto como conflicto social pueden y deben ser reguladas por otras alternativas jurídicas que nos brinda nuestra construcción constitucional.

II. SOLICITUD

Conforme a lo determinado en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional solicitamos los siguiente:

1. Se acoja el razonamiento técnico - jurídico presentado a través del presente AMICUS CURIAE, y por tanto se acepte la acción de inconstitucionalidad en referencia.
2. Se convoque a la titular del presente AMICUS CURIAE a la audiencia pública de la ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD para poder exponer de forma oral los criterios desarrollados en el presente documento en calidad de AMICUS CURIAE.

III. NOTIFICACIONES

Notificaciones que nos correspondan las recibiremos en el correo electrónico que señalamos a continuación: epnova91@gmail.com y digitalbasis@outlook.com

Atentamente,

Eugenia Novoa Z.

Mat. 17-2015-1615