

SEÑORES MIEMBROS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Dra. Carmen Zambrano Semblantes, ecuatoriana, mayor de edad, abogada en libre ejercicio, dentro del caso signado con el Nro. 105-20-IN, relativo a la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en caso de violación, comparezco amparada en el Art. 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con el siguiente escrito de AMICUS CURIAE.

Solicito que también se incluya una copia del mismo a las demandas número 115-20-IN, 109-20-IN, 23-21-IN, 25-21-IN, y 34-19-IN.

Cumplimiento de los Arts. 2, 4.1; 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

1. El derecho penal protege bienes jurídicos previamente reconocidos como tales en la legislación, siendo el punto de partida la Constitución, en la cual se recogen diferentes derechos, tanto individuales como supra individuales, que garantizan la libertad y desarrollo de la persona y de la sociedad, y en última instancia, reconocen la dignidad humana como eje transversal del ordenamiento jurídico.
2. La prohibición del aborto proviene del derecho a la inviolabilidad de la vida, contemplado en el Art. 66.1 de la Constitución, así como su protección desde la concepción, conforme el Art. 45 primer inciso ibidem. El alcance tanto del derecho a la vida como de la garantía de protección deben ser entendidos y aplicados en relación con la protección del nasciturus dentro del sistema interamericano de derechos humanos, mismo que es de inmediato cumplimiento y aplicación por parte de los jueces, según el Art. 426 de la Carta Magna.
3. Siendo así, lo primero que hay que preguntarse es cuál es el alcance de la garantía del derecho a la vida y si esta cubre a la vida en formación. Para contestar esta pregunta necesariamente debemos remitirnos al derecho internacional de los derechos humanos y a la doctrina e interpretación auténtica emanada de los órganos creados para supervigilar el cumplimiento de los tratados de la materia, dentro de sus respectivas atribuciones.
4. De conformidad con el Art. 62.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos [en adelante "CADH"], la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en adelante "CorteIDH"] tiene competencia para la interpretación y aplicación del tratado, sea mediante opiniones consultivas, sea a través de la jurisprudencia. En el Caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica del año 2012, la CorteIDH precisamente interpretó el alcance y aplicación del Art. 4.1 de la CADH que dice:

"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Para el análisis respectivo, la CortelDH tomó en consideración tanto la propia CADH, como otros tratados de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, [en adelante "PIDCP"] la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [en adelante "CEDAW"], la Convención sobre Derechos del Niño, entre otros. Así mismo, analizó las convenciones y sentencias de tribunales de derechos humanos regionales como el Europeo y el Africano.

5. Con estos antecedentes, la CortelDH determinó que la vida es prerequisite para poder gozar del resto de derechos humanos (Artavia §172), y pasó a definir algunos términos:
 - a) La concepción es un evento de la mujer –no del embrión- (Artavia §181), que afecta su cuerpo de manera hormonal al momento de establecerse en el útero. Si no existe posibilidad de implante del embrión, tampoco hay posibilidad de supervivencia del mismo (Artavia §187). De esta manera, la protección del derecho a la vida en los términos de la CADH, solo surge a partir de la implantación del embrión en el útero materno (Artavia §189)
 - b) (Artavia §174) La palabra persona, para efectos de la CADH, es todo ser humano (Artavia §219). Sin embargo, del texto de la misma CADH no se puede concluir que un embrión sea el titular de todos los derechos consagrados en ella. La única manera de que un embrión sea amparado es a través de la protección a la madre, por lo que la persona que tiene derecho a que se respete su vida, en los términos del artículo 4.1 de la CADH, es la mujer embarazada. De esta manera, (Artavia §223) la CortelDH concluye que no se puede otorgar el estatus de persona al embrión o feto, términos que son utilizados indistintamente en la sentencia. Para ratificar esta conclusión, la CortelDH alega que, según los trabajos preparatorios, ni el PIDCP, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos pretendieron incluir al nonato bajo la definición de persona, así como tampoco pretendieron darle el mismo nivel de protección que a los individuos nacidos (Artavia §225). Igualmente, en los trabajos preparatorios de la Convención sobre Derechos del Niño, no se infiere la voluntad de proteger al nasciturus, a quien no se incluyó expresamente en la definición de "niño" en los términos del artículo 1 y 6.1 del tratado. (Artavia §229 a 232). En el sistema europeo, por su parte, resumiendo como se ha resumido en el caso de Vo vs. Francia, citado entre otros por la CIDH, la jurisprudencia europea ha establecido que el no nato no es considerado persona directamente protegida por el artículo 2 de la Convención Europea, y en el caso de que tuviese el derecho a la vida, este estaría sometido al derecho e intereses de la madre (Artavia §80).

Finalmente, la CortelDH se hace eco del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, cuyo mandato es examinar la aplicación de la CEDAW, el que ha sido enfático al señalar que el derecho de igualdad y no discriminación exige que se privilegien los derechos de la mujer embarazada sobre la protección de la vida en formación (Artavia §227)

c) (Artavia §188) En cuanto a la frase “en general”, la CorteIDH ha indicado que permite entender que el derecho a la vida no es absoluto, sino que pueden haber excepciones y limitaciones, cuando otros derechos están en juego (Artavia §258). La CorteIDH es de la opinión de que una protección absoluta del derecho a la vida no es viable ni aún siquiera bajo el principio de interpretación pro homine, si con ello se suspende o limita de manera desproporcionada otros derechos establecidos en la CADH, y así también se ha consagrado en la jurisprudencia comparada (Artavia §264). Los derechos que eventualmente estarían en colisión, además de la eventual vida de la madre en los casos más graves, son:

- (Artavia §147) El derecho a la vida privada, que, según la CorteIDH está íntimamente relacionado con el derecho a la integridad tanto física como psicológica, derivando en el derecho a la salud. De esta manera, interferir en la vida y decisiones reproductivas de una persona conlleva un atentado al derecho a la libertad, a la autonomía personal, y la integridad física y psicológica.
- (Artavia §148) El derecho a la salud, que no implica simplemente la ausencia de enfermedad, sino un estado de bienestar físico, mental y social. Según la observación general número 14-2000 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales,

“... la salud genésica significa que “la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de salud””

6. Por su parte, el Comité contra la Tortura, en mayo del 2006 (CAT/C/PER/CO/4, §23) en relación con las recomendaciones al Perú, observó que la restricción legal al acceso de abortos voluntarios, incluso en casos de violación, ha conllevado muertes innecesarias y perjuicios a la salud física y mental de las mujeres, actos que los ha tipificado como crueles e inhumanos.

7. Esta misma observación se ha mantenido en el informe del relator especial contra la tortura de 5 de enero de 2016 (A/HRC/31/57 §43):

“La existencia de leyes muy restrictivas, que prohíben los abortos incluso en casos de incesto, violación, deficiencia fetal o cuando está en riesgo la vida o la salud de la madre, vulneran el derecho de las mujeres a no ser sometidas a tortura o malos tratos”

Por ello, la recomendación del relator ha sido el despenalizar el aborto al menos en los casos citados.

Resumiendo, entonces, tenemos:

- a) Según la CorteIDH, están fuera de la protección del Art. 4.1 CADH los embriones no implantados en útero;
 - b) La mujer embarazada es la titular del derecho a la vida según los términos de la CADH. El nasciturus no es persona en el sentido jurídico de la palabra, por lo que no tiene el mismo nivel de amparo que el ser humano nacido. Su protección surge de su pertenencia a la raza humana y se da a través de la protección a la madre, cuyos derechos se privilegian sobre la vida en formación (Artavia §227)
 - c) El derecho a la vida no es absoluto, y no puede interferir de manera desproporcionada con otros derechos tales como integridad física y psicológica, vida privada, salud y libertad reproductiva, debiendo hacerse una ponderación de los derechos en conflicto, pues tampoco es justificable de manera absoluta el aborto (Artavia §80)
 - d) Según el Comité contra la Tortura, la prohibición de tortura es absoluta, y cae en esta situación la criminalización del aborto voluntario, al menos en caso de violación, incesto, inviabilidad fetal, o riesgo en la vida y salud de la madre, entendiéndose la salud como física y mental. La abstención del Estado a tomar medidas que impidan estos tratos le responsabiliza internacionalmente, así como a sus funcionarios de manera personal, tanto civil como penalmente (Observación General 2, §18)
8. En el 2019, y haciéndose eco de las decisiones de años anteriores de los distintos órganos de derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU emitió la Observación ICCPR 36-2019 (§8), interpretando el Art. 6 del PIDCP, respecto al derecho a la vida y la interrupción voluntaria del embarazo, indicando que las medidas que los Estados tomen para impedir abortos voluntarios no pueden poner en peligro la vida de la embarazada, ni causarle sufrimiento físico o mental, ni pueden ser discriminatorias o atentatorias contra el derecho a la vida privada. Ha hecho hincapié al señalar que es obligación del Estado proporcionar un aborto seguro, el momento que la vida o salud física o mental de la embarazada se encuentre en riesgo y ha recomendado la despenalización del aborto por violación, incesto e inviabilidad fetal como mínimo. Igualmente ha sido enfático al señalar que si el criminalizar el aborto lleva a las mujeres a buscar servicios médicos clandestinos y riesgosos, debe ser despenalizado.
9. Por su parte, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos ha citado en reiteradas ocasiones que la decisión de continuar o terminar un embarazo pertenece a la esfera privada de la madre, al amparo del derecho a la vida privada, contemplado en el Art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, donde los casos fueron resueltos mediante la ponderación de los bienes en conflicto (R.R. v Polonia §181). Actualmente, siguiendo la doctrina del margen de apreciación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "TEDH") ha resaltado la posición mayoritaria de los Estados parte de la Unión Europea respecto a la mayor permisividad del aborto, en caso de conflicto entre los derechos de la madre y del feto (R.R. v. Polonia §186). Una

prohibición en materia de aborto, cuando este busca la salud o el bienestar de madre, cae en la esfera del derecho a la vida privada, y así lo declaró en el caso P.S. v. Polonia, en razón de que los funcionarios estatales malinformaron y entorpecieron la decisión de abortar de la menor violada, por una parte, y por otra, coaccionaron a la víctima para evitar el aborto. (§96)

10. Con todos estos pronunciamientos de diferentes organismos de Derechos Humanos, y establecido el alcance del derecho a la vida, la ponderación de derechos, la prohibición absoluta de tortura y la protección real que tiene el nasciturus en el derecho internacional de los derechos humanos, se puede llegar a concluir que la criminalización del aborto en caso de violación, incesto y malformación fetal deviene en inconstitucional, además de contravenir los principios de fragmentariedad y ultima ratio del Derecho penal, estando el estado ecuatoriano -a través de sus funcionarios y operadores de justicia- en la obligación de adoptar medidas de derecho interno a fin de evitar el menoscabo de los derechos de las víctimas de delitos sexuales, ordenando, como se ha solicitado en la demanda, declarar la inconstitucionalidad de la penalización del aborto por violación.

Cumplimiento de los Arts. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Arts. 3 y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

11. De conformidad con el Art. 2.2 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones,

“...se entiende por "intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones" toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General 21 (§2), interpretativa del Art. 18 PIDCP, establece el alcance de protección a las creencias teístas, no teístas y ateístas, sin circunscribirse solo a las religiones tradicionales, sino a toda clase de creencia o práctica.

12. En nuestro país conviven diferentes religiones, siendo las más visibles la cristiana católica, la musulmana y la judía.
13. En el judaísmo, el feto es protegido como una vida en formación, que debe ser amparada, pero su status es de persona a futuro y no como ser humano vivo. Si bien la protección al feto es la regla, la posibilidad del aborto no está desechada. No existe un criterio unánime al respecto, dándose posiciones que van de lo más rígido a lo más flexible. En todo caso, siguiendo la corriente ortodoxa, mientras más temprana sea la etapa de gestación, más flexible es el aborto, especialmente dentro de los primeros 40 días de gestación donde el embrión es considerado líquido ((Talmud Babilonio Tratado de *Ievamot* 69(B)). Luego de estos 40 días, el embrión es considerado como un órgano de la madre. En tanto en cuanto en el judaísmo está prohibida la

amputación de un miembro sin justa causa, igualmente, el aborto estará supeditado a casos de salud y gran necesidad (*Tzitz Eliezer* 9:51 pörtico 3, *Amud Haiemini* 32).

14. A partir del cuadragésimo primer día, por cuanto que los órganos del futuro bebé comenzaron a conformarse, los juristas más estrictos entienden que está prohibido abortar de no mediar el temor de que el embarazo pueda poner en peligro la vida de la madre. Entre los juristas estrictos hay quienes entienden que en razón de que hasta concluido el tercer mes no se percibe que la mujer esté embarazada, en caso de gran necesidad se permitirá, no obstante, abortar. La palabra salud comprende no solo la física sino también la mental. Finalmente, si el embarazo implica riesgo para la vida de la gestante, existe unanimidad en la práctica del aborto, incluso a puertas del parto, iniciadas las contracciones, donde la vida de la madre tiene preferencia. Sin embargo, si el feto saca la cabeza o la mayor parte del cuerpo, ya se le considera persona y no puede ser sacrificado, ya que no se puede matar a uno para salvar a otro. (*Mishná Ohalot* 7:6).
15. La decisión del aborto, en cualquier caso, desde la perspectiva religiosa, la toma la madre junto con su rabino, debidamente aconsejados por médicos expertos en la materia.¹
16. En el islam, por su parte, se mira al feto en dos momentos: antes de los 120 días, cuando el alma todavía no baja al cuerpo, y luego de 120 días, cuando ya se ha insuflado el alma en el feto. En este último período, no es permitido el aborto, salvo para salvar la vida materna², misma que también tiene prioridad sobre la del feto.³
17. Sin embargo, en casos de violación, diferentes autoridades de diversos países islámicos se han pronunciado favorables al aborto como el caso del Consejo Islámico Supremo de Argelia en 1998 frente a las agresiones sexuales producto de la guerra civil; la Asociación Médica Islámica de Sudáfrica, o el Gran Mufti de Egipto en 1996 quien equiparó la violación a un homicidio psicológico de la madre y por ende, estipuló que el aborto sería lícito.⁴
18. Dentro del cristianismo, el aborto se encuentra totalmente proscrito. Para el caso de la Iglesia Católica, el can. 1398 del Código de Derecho Canónico, lo sanciona con pena latae sententiae, conllevando, en consecuencia, que el sujeto activo no se pueda beneficiar de ninguna de las eximentes del can. 1323, así como tampoco de las atenuantes del can. 1324. Son considerados sujetos activos del ilícito, tanto la gestante como quien practique el aborto de manera directa y con intención de cometerlo. No son sujetos de pena alguna quienes cometan un aborto preterintencional, por omisión de debida diligencia o de manera indirecta. Así, la

¹ Shem Tov, Eliezer, "El aborto", [citado el 8 de abril de 2021], Chabad-Luvabitch Media Center, disponible en https://es.chabad.org/library/article_cdo/aid/2095228/jewish/El-Aborto.htm

² Rabello, Alfredo M., Milani, Daniela, and Atighetchi, Dariusch. *Intorno alla vita che nasce: Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto. Prefazione di Silvio Ferrari. Introduzione di Andrea Zanotti*. Turin: G. Giappichelli Editore, 2013. Accessed April 8, 2021. ProQuest Ebook Central, 121-122

³Rabello, Alfredo M. et al. *Intorno alla vita che nasce*, 125

⁴ Rabello, Alfredo M. et al. *Intorno alla vita che nasce*, 229-230

protección del nasciturus, frente a ataques dolosos es básicamente absoluta por parte del Magisterio Eclesial.

19. La criminalización del aborto por violación por parte del Estado Ecuatoriano, estaría influido por la doctrina cristiana, en perjuicio de las otras dos religiones que se practican en el territorio nacional. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe país, respecto a Cuba, capítulo 7, parágrafo 6, de 1983, claramente ha indicado que si un Estado "...asume como propias determinadas creencias, ello no debe implicar la discriminación indirecta respecto de quienes no profesan esas creencias".
20. Igualmente, la misma Comisión, en el caso La última tentación de Cristo, parágrafo 74 literal c) ha sido enfática al señalar que el estado no debe interferir en la "...adopción, mantenimiento o cambio de convicciones personales religiosas o de otro carácter. No puede usar su poder para proteger la conciencia de ciertos ciudadanos."
21. De esta manera, no cabe jurídicamente hablando, que se impongan las creencias teológicas cristianas a personas de distinta fe, o sin religión alguna, impidiéndoles actuar conforme los dictados de sus respectivas religiones y conciencias, bajo pena de prisión, obligándolos, además, a llevar una carga que, en un estado respetuoso de los derechos humanos y las libertades individuales, no cabría bajo ningún punto de vista.
22. La Observación General 21 anteriormente citada, indica también que cuando se reconoce el derecho a la objeción de conciencia en la legislación interna, no puede haber diferenciaciones entre los distintos objetores, sobre base de sus creencias individuales (§11). El Art. 66.12 de la Constitución, reconoce la objeción de conciencia como derecho. En general, con la criminalización del aborto por violación, la posición del personal sanitario contrario al aborto se ve protegida por este derecho, mas no la posición de quien, en conciencia, considere lícita la práctica de un aborto para evitar sufrimientos heroicos a la gestante violada, quien sería doblemente victimizada, la primera vez, por el ilícito, y la segunda, por la obligación de llevar a término un embarazo traumático. En este punto, cabe llamar a colación la postura adoptada por Monseñor Fisichella, Presidente de la Academia Pontificia para la Vida en el año 2009, quien criticó al Arzobispo de Recife por proclamar la sentencia de excomunión hacia una niña de 9 años de edad, violada por su padrastro, así como hacia la madre de la menor y hacia los médicos que llevaron a cabo el aborto:

"Consideramos que no había necesidad de tanta urgencia y publicidad en declarar un hecho que se actúa de manera automática. Lo que más se necesita en este momento es la señal de cercanía con quien sufre, un acto de misericordia que, aun manteniendo firme el principio, es capaz de mirar más allá de la esfera jurídica para alcanzar lo que el mismo derecho prevé como objetivo de su existencia: el bien y la salvación de los que creen en el amor del Padre"

"Antes de pensar en una excomunión era necesario y urgente salvaguardar su vida inocente y volver a llevarla a un nivel de humanidad del que nosotros, hombres de Iglesia, deberíamos ser expertos anunciadores y maestros"

"Carmen, estamos de tu lado, son otros los que merecen nuestra excomunión y nuestro perdón".⁵

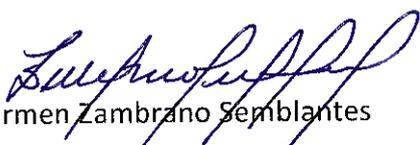
23. Si bien la Congregación para la Doctrina de la Fe llamó la atención a Monseñor Fisichella al considerar que ponía en entredicho la doctrina católica, cabe resaltar las diferentes opiniones y posiciones al interior del régimen eclesial. Si éstas pueden ser discutidas, modificadas o actualizadas (salvo aquellas pocas en que el Pontífice habla ex cathedra), con mayor razón la legislación de un Estado cuya Constitución reconoce como principio la laicidad (Art. 1), y que además está llamado a cumplir con sus obligaciones internacionales adquiridas por la suscripción de la CADH, PIDCP y CEDAW. Como bien lo ha determinado la Observación General 28 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, "... Los Estados Partes deben cerciorarse de que no se utilicen las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración del derechos de la mujer a la igualdad ante la ley, y al disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos previstos en el Pacto" (§5).

PETICION

Por lo expuesto, señores vocales de la Corte Constitucional, solicito se acepte la demanda de inconstitucionalidad de la penalización del aborto por violación número 105-20-IN.

NOTIFICACION

Las notificaciones en la siguiente causa las recibiré al correo uriel4358@hotmail.com



Dra. Carmen Zambrano Semblantes

Matrícula 17-1995-51 Foro de Abogados

⁵ Piqué, Elizabeth, "*Dura crítica del Vaticano a una excomunión*", Diario La Nación, 16 de marzo de 2009. [citado el 8 de abril de 2021], disponible en <https://www.lanacion.com.ar/cultura/dura-critica-del-vaticano-a-una-excomunion-nid1108941/>