

## SEÑORES JUECES Y SEÑORAS JUEZAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL (JUEZ PONENTE AGUSTÍN GRIJALVA JIMÉNEZ).-

**LUIS XAVIER BURBANO ESPINOZA**, ecuatoriano, mayor de edad, de profesión abogado, domiciliado en la ciudad de Guayaquil, por mis propios derechos, como abogado en libre ejercicio de la profesión, dentro de la acción pública de inconstitucionalidad planteada por el Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer CEPAM – Guayaquil en contra de la Asamblea Nacional del Ecuador, expediente **No. 25-21-IN**, ante ustedes con respeto, comparezco y presento el siguiente memorial de AMICUS CURIAE:

### 1.

#### INTERÉS Y FINALIDAD DEL AMICUS CURIAE

El *amicus curiae* supone el ejercicio de un mecanismo de participación ciudadana, que enriquece cualitativamente el debate y posibilita ampliar la argumentación de una posición jurídica. Es un aporte en aras de proporcionar nuevos elementos de análisis o enfoques idóneos para contribuir a la calidad de las decisiones judiciales y fundarlas en argumentos públicamente razonados, todo lo cual redundará en un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial<sup>1</sup>. Esto tiene que ver con la *democratización del acceso a la justicia*<sup>2</sup>, y en ese sentido, el *amicus curiae* se muestra como un mecanismo que permite no sólo la ampliación de participantes en el debate, sino también la mayor legitimidad funcional de la facultad jurisdiccional de los jueces. Consecuentemente, mientras en mayor grado se aprecie la participación de ideas en la controversia sometida a la decisión racional de los jueces, mayor será la legitimidad del fallo (o incluso del precedente) que se emane, alcanzándose así con más suficiencia el fundamento democrático del Poder Judicial.

Con esta idea de democratización lo que se quiere significar es que la labor judicial se muestra como beneficiaria de una legitimación adicional, cuando permite que el radio del proceso se extienda hacia otros sectores interesados y comprometidos de la comunidad. Y es que, como afirma el profesor argentino Víctor Trionfetti, la producción de legitimidad de las decisiones judiciales estará en mejores condiciones si se quiebra “*la circularidad de los sentidos y la tácita complicidad existente entre los supuestos discursos autorizados que impiden o censuran la instalación de discusiones desde otras perspectivas o experiencias*”<sup>3</sup>.

En este contexto, la institucionalización del *amicus curiae* como forma de extensión democrática del debate judicial sobre temas comunitariamente sensibles, permite un escenario discursivo donde los argumentos pueden ser sopesados; pues en tanto constituye un accionar

---

<sup>1</sup> ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, “*Perspectivas y posibilidades del amicus curiae en el derecho argentino*”. Cita de BAZÁN, Víctor en “*El amicus curiae en clave de derecho comparado...*” cit., pág. 53.

<sup>2</sup> THURY CORNEJO, Valentín, “*Juez y división de poderes, hoy*”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002, pp. 256 y 257.

<sup>3</sup> Vid. “*El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del amicus curiae*”, artículo publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional del Diario “La Ley” del 19.09.2003, pág. 7.

supraindividual, tiene la potencialidad de originar un debate amplio, público, transparente y de calidad argumentativa en orden a acercar las decisiones de los jueces a los estándares racionales deseados.

En el caso que nos ocupa, restringir el acceso al aborto a las mujeres y niñas víctimas de violación sexual (bajo la condición prevista en el numeral 2 del artículo 150 del COIP que dice “... *en una mujer que padezca de discapacidad mental*”) afecta a todas las personas del Ecuador, tanto a aquellas que consideran al aborto como un crimen, como a quienes no compartimos esa idea. En cambio, la despenalización del aborto por violación no obliga a realizarlo a quienes están en su contra, sino que permite una alternativa a todas las mujeres que consideran que la continuación del embarazo, en ese contexto, resultaría en un mal mayor que el aborto.

Esta comparecencia tiene como finalidad, pues, coadyuvar a la posición jurídica del Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer CEPAM – Guayaquil, dentro de la acción pública de inconstitucionalidad **signada como No. 25-21-IN**, para que se declare la inconstitucionalidad del numeral 2 del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), en la parte que dice: “... *en una mujer que padezca de discapacidad mental*.”

En ese sentido, este memorial pretende, constituirse en una herramienta para la resolución de las cuestiones controversiales de este proceso, en las que sin duda existe una fuerte proyección o trascendencia colectiva que definitivamente excede el mero interés de las partes<sup>4</sup>, teniendo en cuenta que los *amicus curiae* constituyen el instrumento por el cual los *otros interesados* (esto es, aquellos que no son parte o no firman los escritos principales) acceden a la justicia para hacer oír su voz y sus argumentos<sup>5</sup>. Es procedente que en la tramitación de la presente acción pública de inconstitucionalidad, se admita al expediente un escrito de *amicus curiae* de quien (como es mi caso) tiene interés en la causa, según lo autoriza el Art. 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)

## 2.

### **DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS Y LA CORRESPONDIENTE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ACERCA DEL DERECHO PENAL MÍNIMO.**

Una variedad de disposiciones constitucionales infringidas y la correspondiente argumentación jurídica, relacionadas con la restricción del acceso al aborto a las mujeres y niñas víctimas de violación sexual (bajo la condición prevista en el numeral 2 del artículo 150 del COIP que dice

---

<sup>4</sup> BAZÁN, Víctor, “*El amicus curiae en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino*” en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional N°. 12 – 2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2005, p. 38 y ss.

<sup>5</sup> BÖHMER, Martín, citado por BAZÁN, Víctor, en “*El amicus curiae y la utilidad de su intervención procesal: una visión de derecho comparado con particular énfasis en el derecho argentino*” artículo publicado en la Revista *Estudios Constitucionales* No. 1, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Santiago de Chile, 2003, p. 683.

“... en una mujer que padezca de discapacidad mental”), constan esgrimidas en la demanda de inconstitucionalidad planteada por el Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer CEPAM – Guayaquil. Estas vulneraciones están sustentadas también por la etnóloga Marta Lamas (Investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios de Género de la UNAM) quien sostiene, en resumen, que restringir el acceso al aborto a las mujeres y niñas víctimas de violación sexual, atenta contra los siguientes derechos de la mujer<sup>6</sup>:

- a) A decidir sobre su propio cuerpo, es decir, violenta su derecho a la autonomía.
- b) A decidir y realizar su propio plan de vida, es decir, violenta su derecho a la libertad.
- c) Al cuidado y preservación de su salud e integridad física y mental, pues los abortos clandestinos y en condiciones insalubres generan graves daños a la salud, lo que violenta su derecho a la dignidad.
- d) A la equidad de oportunidades, ya que la mayoría de las mujeres no pueden pagar los abortos ilegales caros y bien practicados, por lo que es un factor de discriminación y violenta su derecho a la igualdad.

Por nuestra parte, para coadyuvar con la posición jurídica del Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer CEPAM – Guayaquil, mediante el presente *amicus curiae* intentamos enriquecer cualitativamente el debate y ampliar la argumentación, proporcionando nuevos elementos de análisis o enfoques relacionados, específicamente, con el **postulado del derecho penal mínimo o mínima intervención penal**, establecido en el primer inciso del Art. 195 de la Constitución ecuatoriana, que sienta como principios rectores de las actuaciones de los fiscales a la oportunidad y **a la mínima intervención penal**:

Art. 195 (Constitución de la República).- 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.

(negritas son mías)

Luigi Ferrajoli (citado por López y Micol<sup>7</sup>) define que el programa del derecho penal mínimo o mínima intervención penal es el que mejor puede llevar a la práctica los objetivos de un modelo de sistema penal garantista<sup>8</sup>. Este sistema es aquel que se estructura sobre la base del reconocimiento de que la única manera posible de aplicar una pena es por medio de un juicio o sentencia que determine la existencia cierta e indubitada de un crimen. Por esta razón se establecen una serie de garantías, tanto de carácter procesal como de carácter sustancial, acerca de cómo se determinará la existencia de ese crimen y cómo se procede al dictado de dicha sentencia, prescriptivamente determinadas por una sucesión lógica de axiomas (tales como

---

<sup>6</sup> Lamas Marta., “La interrupción legal del embarazo, El caso de la ciudad de México”. Fondo de Cultura Económica 2017, México, pp. 47-48.

<sup>7</sup> López. D. y Micol L., “Una defensa del derecho al aborto desde el derecho penal mínimo” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* N°. 2 – 2015, Palermo, pp. 265-274.

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi, “Garantías y Derecho penal”, en: Acosta Sotomayor, Juan Oberto (coord.), *Garantismo y Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 4.

 Km. 1,5 vía a Samborondón, Edificio Los Arcos Plaza 2A, oficina 505. Samborondón - Ecuador.

*nulla poena sine crimine* y *nulla culpa sine iudicio*) y una consecuente serie de teoremas derivados de ellos<sup>9</sup>.

Asimismo, Ferrajoli explica que el fundamento material de la aplicación de una pena a la luz de esta teoría es el juicio respetuoso de todas las garantías consagradas al imputado, de manera que las penas se reducen al mínimo tolerable por la sociedad, inscribiéndose en teorías utilitaristas de la misma y no retribucionistas<sup>10</sup>.

Esto quiere decir que el postulado del derecho penal mínimo propende a la mínima intervención del aparato represivo del estado en el conflicto social, teniendo como principio fundante su carácter de *ultima ratio*, siendo una instancia excepcional, sólo cuando no hubiera ninguna alternativa mejor<sup>11</sup>. Este postulado reconoce como objetivo además de minimizar los delitos también los castigos arbitrarios<sup>12</sup>.

Coincide con aquello la doctora María Paulina Araujo (profesora de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador), quien sostiene que el derecho penal mínimo radica en el contenido y aplicación del principio de subsidiaridad penal o subsidiaridad sancionatoria, a través del cual se aplica la lógica jurídica de la necesidad, que establece que la pena será subsidiaria, por tanto, solo podrá aplicarse en los casos en los que la alternativa menos grave no baste, debiendo el legislador claramente establecer la debida proporcionalidad entra las infracciones y las sanciones. En consecuencia, el Derecho Penal debe ser la *ultima ratio*, por tanto, el último recurso a utilizar a falta de otros medios de control social menos lesivos y represivos<sup>13</sup>.

Alessandro Baratta (citado por López y Micol<sup>14</sup>) en 1987 desarrolló una serie de principios de derecho penal mínimo desde la perspectiva de entender a los derechos humanos en una doble función en relación al derecho penal. Por un lado, es un límite positivo describiendo el objeto del delito, el bien jurídico lesionado, desde los derechos fundamentales únicamente. Por otro lado, sabiendo que el derecho penal es una respuesta que constituye en los hechos una “limitación de los derechos y represión de las necesidades fundamentales”<sup>15</sup>

Baratta entiende también que el sistema penal en lugar de resultar componedor del conflicto social, en la realidad produce más problemas de los que intenta solucionar<sup>16</sup>, concluyendo que la necesidad de limitar la aplicación de violencia legítima por parte del Estado deviene en la afirmación más cabal a los derechos humanos fundamentales, constituyéndose como límite negativo de la intervención<sup>17</sup>.

---

<sup>9</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2009, cap. II.

<sup>10</sup> Ferrajoli, supra nota 6.

<sup>11</sup> Baratta, Alessandro “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en: *Doctrina penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1987.

<sup>12</sup> Ferrajoli, supra nota 6

<sup>13</sup> Araujo, María “Consultor Penal – COIP”, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019, p. 546.

<sup>14</sup> López. D. y Micol L, supra nota 7

<sup>15</sup> Baratta, supra nota 10, p. 624.

<sup>16</sup> *Ibid*, p. 625.

<sup>17</sup> *Ibid*, p. 626.

Es así que describe veintitrés principios de derecho penal mínimo, clasificándolos en dos grandes categorías distinguiendo principios intrasistémicos y extrasistémicos. No corresponde a este memorial de *amicus curiae* la descripción detallada de todos ellos, pero consideramos necesario referirnos a algunos que contribuyen al punto que queremos realzar aquí.

El principio de idoneidad, que se presenta como un límite funcional intrasistémico, insta a analizar si el método del derecho penal es el más adecuado para solucionar un conflicto social determinado<sup>18</sup>. **Creemos que en el caso del aborto por violación sexual, la criminalización de la práctica no guarda el respeto de la idoneidad necesaria entre la protección del bien jurídico y el resultado social esperado de dicha prohibición.**

Esto también es abordado por Ferrajoli, cuando entiende que es necesario que, separando debidamente moral de derecho, los motivos que llevan a la violación de la norma penal no sean tan fuertes que inhabiliten la efectividad de la prohibición. Cita, como ejemplo, la baja en la cantidad de abortos que se registró en Italia cuando el problema dejó de ser abordado penalmente y se recurrió a otras técnicas de regulación social<sup>19</sup>.

Lo anterior nos lleva directamente a pensar aquellos principios extrasistémicos que contribuyen a sostener la necesidad de la descriminalización del aborto por violación sexual. Baratta explica que un principio extrasistémico de descriminalización está dado por el criterio de la intervención útil, donde el Estado tiene que brindar espacio a la libertad personal en la diversidad de los casos existentes tendiendo a disminuir su intervención en la forma que los individuos deciden realizar su propio plan de vida<sup>20</sup>.

Como principios extrasistémicos también entiende Baratta que debe realizarse una construcción sociológica y política distinta del conflicto social, tendiendo a retirar de la esfera de la criminalidad a los asuntos inherentes a la salud e integridad física y mental de la sociedad. Queremos destacar entre dichos principios aquel que se ha dado en llamar “principio general de prevención” mediante el cual no se enfoca el conflicto social desde la óptica represiva sino desde una óptica preventiva<sup>21</sup>. Distinguimos una aplicación de este principio en la elaboración de una clásica consigna feminista: “educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, **aborto legal para no morir**”<sup>22</sup>.

Aunque el postulado constitucional de mínima intervención penal en el Ecuador, ha sido dirigido única y exclusivamente para el ejercicio y atribuciones de los fiscales, es necesario que los señores jueces y las señoras juezas de la Corte Constitucional, lo apliquen también al momento de realizar el juicio de valor en relación a las necesidades sociales y las conductas ilícitas que dan origen a las leyes penales que contienen la descripción de los elementos objetivo y subjetivos de las acciones u omisiones consideradas como antijurídicas, y su correlativa pena u sanción<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> *Ibíd*, p. 632.

<sup>19</sup> Ferrajoli, *supra* nota 8, p.473

<sup>20</sup> Baratta, *supra* nota 10

<sup>21</sup> *Ibíd*, p. 646.

<sup>22</sup> López. D. y Micol L, *supra* nota 7

<sup>23</sup> Araujo, *supra* nota 12, p. 547

 Km. 1,5 vía a Samborondón, Edificio Los Arcos Plaza 2A, oficina 505. Samborondón - Ecuador.

Es por eso que, creemos necesario realizar (en la tónica que venimos enmarcando en el presente *amicus*) este enfoque del problema:

**Prohibir el acceso al aborto a las mujeres y niñas víctimas de violación sexual (bajo la condición prevista en el numeral 2 del artículo 150 del COIP que dice “... en una mujer que padezca de discapacidad mental”), vulnera el postulado establecido en el primer inciso del Art. 195 de la Constitución ecuatoriana que sienta, como uno de los principios rectores de las actuaciones de los fiscales, la mínima intervención penal. Esto, en la medida de que no existen razones para pensar que la criminalización de la práctica guarda el respeto de la idoneidad necesaria entre la protección del bien jurídico y el resultado social esperado de dicha prohibición.**

### 3. SOLICITUD DE AUDIENCIA PÚBLICA.-

Conforme lo autoriza el Art. 14 de la LOGJCC, solicito muy respetuosamente se me permita intervenir en Audiencia Pública y ser escuchado como *Amicus Curiae*, para ampliar esta exposición.

### 4. NOTIFICACIONES.-

Para las notificaciones que me correspondan, señalo las siguientes direcciones de correos electrónicos:

**[xburbano@beabogados.com.ec](mailto:xburbano@beabogados.com.ec)**

**[info@beabogados.com.ec](mailto:info@beabogados.com.ec)**

Sírvase proveer.

**Xavier Burbano Espinoza**  
**Abogado, registro profesional No. 12.685 C.A.G.**