

Quito, enero 27, 2025

**Honorables Jueces Constitucionales
Corte Constitucional de Ecuador**

**Asunto: Escrito de Amicus Curiae dentro de la acción
pública de inconstitucionalidad Nro. 22-24/IN**

Los abajo firmantes, del Centro para la Salud y los Derechos Humanos del Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown¹ (O'Neill Institute for National and Global Health Law; en adelante, "Instituto O'Neill"), nos dirigimos a ustedes con el propósito de **intervenir en el proceso 22-24/IN**, con base en lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El Instituto O'Neill se estableció en 2007 con el objetivo de responder a la necesidad de soluciones innovadoras a los problemas de salud más críticos en nuestras comunidades globales, nacionales y locales. Ubicado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown en Washington D.C., el Instituto O'Neill busca contribuir a un entendimiento profundo de las múltiples maneras en las que el derecho, incluyendo los derechos humanos, puede ser utilizado para mejorar la salud.

Adicionalmente, el Centro para la Salud y los Derechos Humanos trabaja para mejorar la salud a través de investigaciones académicas que se centran en el nexo entre la salud y los marcos jurídicos nacionales e internacionales de derechos humanos. Nuestro equipo colabora estrechamente con socios locales para desarrollar capacidades, brindar asistencia técnica y emprender litigios estratégicos, especialmente en América Latina. Lo anterior nos ha llevado a colaborar con las máximas instancias judiciales de los países del continente americano, incluyendo a través de la preparación de insumos técnico-jurídicos sobre diversos temas relacionados con el derecho a la salud.

Esta intervención² busca aportar elementos para el análisis de constitucionalidad y apoyar las pretensiones de la acción de inconstitucionalidad presentada dentro de esta causa en contra del artículo 149 del Código Orgánico Integral Penal. Para esto, seguiremos la siguiente estructura: **1) Analizamos cómo el uso del derecho penal para abordar las interrupciones voluntarias del embarazo es problemático**

¹ Anteriormente Iniciativa Salud y Derechos Humanos (HHRI).

² Algunos de los argumentos desarrollados en esta intervención han sido también expuestos en el artículo "Un diálogo necesario entre el derecho y la salud pública: El caso de la despenalización del aborto" cuyas autoras Silvia Serrano Guzmán, Analia Banfi y Natasha Lauletta enviaron para estudio en el 2014 y el cual fue aceptado en el 2025 en la revista *Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito* de Brasil.

a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y genera graves implicaciones para los derechos de las mujeres; **2)** Proponemos la pertinencia de realizar un juicio de proporcionalidad para abordar la penalización del aborto a la luz del DIDH y el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la libertad, a la autonomía, a la dignidad y a la igualdad y no discriminación, con especial énfasis en el uso de la evidencia de salud pública para informar dicho análisis; y **3)** Exploramos ejemplos del derecho comparado en los que Altas Cortes de la región han determinado la inconstitucionalidad de normas penales que permiten el aborto sólo en el contexto de casos extremos y lo han despenalizado más ampliamente.

1. LA CRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	4
2. LA PERTINENCIA DE REALIZAR UN JUICIO DE PROPORCIONALIDAD PARA ABORDAR LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO Y LA NECESIDAD DE CONSIDERAR EVIDENCIA DE SALUD PÚBLICA EN DICHO ANÁLISIS.....	8
2.1. LA LEGITIMIDAD DE LA FINALIDAD DE PROTEGER LA VIDA EN GESTACIÓN	8
2.2. LA RELACIÓN DE IDONEIDAD ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN Y EL USO DEL DERECHO PENAL.....	9
2.3. LA RELACIÓN DE NECESIDAD ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN Y EL USO DEL DERECHO PENAL.....	11
2.4. ELEMENTOS PARA EL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.....	15
2.4.1 Los derechos afectados intensamente por la criminalización del aborto	15
A. Derecho a la vida.....	16
B. Derechos a la integridad personal y a la salud.....	19
C. Derecho a la igualdad y no discriminación.....	26
D. Derechos a la vida privada, libertad y autonomía	27
E. Conclusión sobre los derechos afectados por la criminalización del aborto y la intensidad de su afectación.....	28
2.4.2. El nulo logro de la protección de la vida en gestación en la protección de la vida desde la concepción y su desproporción en relación con la afectación intensa a los derechos humanos.....	28
3. ANÁLISIS DEL USO DEL DERECHO PENAL EN EL DERECHO COMPARADO....	28
3.1. SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO DE SEPTIEMBRE DE 2021.....	29
3.2. LA SENTENCIA C-055 DE 2022 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA	34
4. PETICIÓN.....	41

1. La criminalización del aborto en el derecho internacional de los derechos humanos

Para efectos de analizar las pretensiones de la demanda en estudio, es pertinente que esta Corte Constitucional tenga en cuenta los desarrollos del DIDH en materia de aborto, los cuales se basan en los tratados internacionales de los que Ecuador es parte³.

En el derecho internacional, diversos mecanismos de protección han evaluado la criminalización del aborto y las leyes restrictivas al respecto a la luz de los principales tratados internacionales de derechos humanos. A partir de este análisis, se puede concluir que como parte de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, diferentes sistemas han exhortado a los Estados a modificar las leyes y políticas que de alguna manera criminalicen o castiguen el aborto y garantizar el acceso a este servicio.

Aunque en materia de casos individuales los órganos de tratados respectivos se han enfocado en supuestos específicos o en el caso de embarazo en niñas, se evidencia una tendencia creciente en el DIDH a impulsar un modelo de despenalización más amplia del aborto que garantice su prestación sin barreras, considerando su impacto negativo en los derechos de las mujeres.

Estos desarrollos son importantes para la decisión que está llamada a tomar esta Corte Constitucional por dos razones.

Por un lado, porque cuando los Estados no garantizan el acceso al aborto en el contexto de ciertos supuestos o en el caso del embarazo infantil y en adolescentes, existe un claro consenso sobre su responsabilidad internacional. Así lo han establecido el Comité de Derechos Humanos (casos K.L v. Perú⁴, Lucia v. Nicaragua⁵, Susana v. Nicaragua⁶, Norma v. Ecuador⁷), el Comité para la Eliminación de

³ Se destaca el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

⁴ Comité de Derechos Humanos. K.L v. Perú. Comunicación No. 1153/2003. CCPR/C/85/D/1153/2003, 22 de noviembre de 2005.

⁵ Comité de Derechos Humanos. Lucia v. Nicaragua. Comunicación No. 3627/2019. CCPR/C/142/D/3627/2019, 17 de enero de 2025

⁶ Comité de Derechos Humanos. Susana v. Nicaragua. Comunicación No. 3626/2019. CCPR/C/142/D/3626/2019. 17 de enero de 2025.

⁷ Comité de Derechos Humanos. Norma v. Ecuador. Comunicación núm. 3628/2019. CCPR/C/142/D/3628/2019. 17 de enero de 2025

la Discriminación contra la Mujer (caso L.C v. Perú⁸) y el Comité sobre los Derechos del Niño (caso Camila v. Perú⁹).

En el presente caso, las demandantes alegan que el marco jurídico ecuatoriano que permite el aborto en ciertos supuestos no es suficiente para brindar garantías de acceso y presentaron información detallada sobre las barreras estructurales en el acceso, en particular por parte de los grupos más vulnerables de mujeres. Como veremos más adelante, la Corte Constitucional colombiana al resolver argumentos similares en su sentencia C-055/2022, determinó la necesidad de avanzar con una despenalización más amplia del aborto, más allá de las causales previamente establecidas en la sentencia C-355/2006, precisamente para superar dichas barreras estructurales¹⁰.

Por otro lado, es crucial que esta Corte Constitucional también tome en consideración los estándares internacionales que se han venido desarrollando a través de otros mecanismos, especialmente en el ámbito de las Naciones Unidas, mediante los cuales se han desarrollado los graves impactos en materia de derechos humanos que tiene la criminalización del aborto en general y no sólo en el contexto de ciertas causales. Estos hallazgos, que se basan en los derechos previstos en los tratados internacionales de los que Ecuador es parte, han motivado la creciente y progresiva recomendación a liberalizar las leyes que prohíben el aborto¹¹.

Así por ejemplo, en su Observación General No. 22 sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, el Comité DESC estableció que la prevención de los abortos en condiciones de riesgo, es una “obligación básica” derivada del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹² que exige que los Estados “liberalicen las leyes restrictivas del aborto”¹³. Igualmente, al momento de analizar el alcance de la obligación de respetar el derecho a la salud sexual y reproductiva, indicó claramente que los Estados “deben reformar las leyes que impidan el ejercicio” de dicho derecho, destacando como ejemplo “las leyes por las que se penaliza el aborto”¹⁴ y al incluir ejemplos concretos de la violación de dicha obligación, indicó la persistencia de “obstáculos legales que impiden el acceso de las personas a los servicios de salud sexual y reproductiva, como la criminalización de las mujeres que se sometan a un aborto”¹⁵.

⁸ Comité de Derechos Humanos. L.C v. Perú. Comunicación No. 22/2009. CEDAW/C/50/D/22/2009, 4 de noviembre de 2011.

⁹ Comité de los Derechos del Niño. Camila v. Perú. Comunicación No. 136/2021. CRC/C/93/D/136/2021. 13 de junio de 2023.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-055 de 2022.

¹¹ Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 36 (2019) sobre el derecho a la vida. CCPR/C/GC/36 (3 de septiembre de 2019), párr. 8. El Comité enfatizó en los casos de en casos de riesgo para la vida y/o la salud de la mujer, inviabilidad fetal y violación o incesto.

¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva. E/C.12/GC/22 (2 de mayo de 2016), párr.49 e).

¹³ *Ibíd*, párr. 28.

¹⁴ *Ibíd*, párr. 40.

¹⁵ *Ibíd*, párr. 57.

En similar sentido, en su Observación General No. 36 sobre el derecho a la vida, el Comité de Derechos Humanos¹⁶ destacó que si bien los Estados pueden regular la interrupción voluntaria del embarazo, dichas regulaciones “no se deben traducir en la violación del derecho a la vida de la mujer o la niña embarazada, ni de los demás derechos que se les reconocen en el Pacto”¹⁷. El Comité fue claro en no limitar dicho pronunciamiento a causales específicas. Al contrario, el Comité indicó que “los Estados partes no pueden regular el embarazo o el aborto en todos los demás supuestos de manera contraria a su deber de velar por que las mujeres y las niñas no tengan que recurrir a abortos peligrosos, y deberían revisar en consecuencia la legislación pertinente”¹⁸. Como un ejemplo concreto de la revisión que deben hacer los Estados, señaló explícitamente que “no deberían adoptar medidas tales como (...) la aplicación de sanciones penales a mujeres y niñas que se sometan a un aborto, ni a los proveedores de servicios médicos que las ayuden para ello, ya que, así, las mujeres y niñas se verían obligadas a recurrir a abortos en condiciones de riesgo”¹⁹.

Por su parte, en su Recomendación General No. 35 sobre violencia por razón de género, el Comité CEDAW²⁰ calificó expresamente “la tipificación como delito del aborto” como una violación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer²¹ y le recomendó a los Estados derogar “las disposiciones que penalicen el aborto”²².

Igualmente, en su Observación General No. 20 sobre los derechos del niño durante la adolescencia²³, el Comité sobre los Derechos del Niño estableció que los abortos peligrosos son una causa de muerte evitable en la adolescencia²⁴ y, consistente con ello, instó a los Estados “a que despenalicen el aborto para que las niñas puedan, en condiciones seguras, abortar y ser atendidas tras hacerlo”²⁵.

Además de los Comités de tratados, los mandatos de procedimientos especiales también han desincentivado el uso del derecho penal en lo que respecta al aborto²⁶. Los informes de las y los titulares

¹⁶ Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 36 (2019) sobre el derecho a la vida. CCPR/C/GC/36 (3 de septiembre de 2019).

¹⁷ *Ibíd.*, párr. 8.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. Recomendación general núm. 35 (2017) sobre la violencia por razón de género contra la mujer. CEDAW/C/GC/35 (26 de julio de 2017).

²¹ *Ibíd.*, párr. 18.

²² *Ibíd.*, párr. 29 c) i).

²³ Comité de los Derechos del Niño. Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. CRC/C/GC/20 (6 de diciembre de 2016).

²⁴ *Ibíd.*, párr. 60.

²⁵ *Ibíd.*, párr. 13.

²⁶ Algunos reportes de titulares de mandatos especiales que se han pronunciado sobre el aborto y su criminalización incluyen: Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Rashida Manjoo. A/HRC/17/26/Add.2 (14 de febrero de 2011); Asamblea General. Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. A/66/254 (3 de agosto de 2011); Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros

han explorado los impactos de las leyes restrictivas del aborto, incluyendo la elevada mortalidad y morbilidad materna como consecuencia de los abortos en situaciones de riesgo²⁷. También han enfatizado que el uso del derecho penal no es una herramienta eficaz para regular la salud sexual y reproductiva, por lo que no puede considerarse una intervención de salud pública idónea. Por ejemplo, en el 2011 el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental afirmó que “la promulgación o el mantenimiento de leyes que penalicen el aborto puede constituir una violación de la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud”²⁸. Más recientemente la actual relatora Relatora Especial en su informe “El racismo y el derecho a la salud” subrayó las de las Directrices de la OMS sobre la atención para el aborto en las que enfáticamente recomienda la despenalización total del aborto, “(...) basándose en las pruebas que ha encontrado de que las leyes basadas en los motivos y las leyes de aborto basadas en los límites gestacionales actúan como barreras para el acceso a una atención al aborto segura y de calidad”²⁹.

En resumen, en el DIDH aplicable a Ecuador, existe un claro consenso sobre el grave impacto de la criminalización del aborto en múltiples derechos protegidos por los tratados internacionales de derechos humanos. Dicho impacto ha llevado a múltiples órganos de tratados y procedimientos especiales de las Naciones Unidas tanto a declarar la responsabilidad internacional de los Estados cuando no garantizan el acceso efectivo al aborto en ciertos supuestos, como a recomendar expresamente la despenalización del aborto, incluso más allá de dichos supuestos y de forma más amplia.

tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez. A/HRC/22/53 (1 de febrero de 2013); Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/HRC/31/57 (5 de enero de 2016); Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. A/HRC/32/32 (4 de abril de 2016); Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. A/HRC/38/36 (10 de abril de 2018); Asamblea General. Visita al Ecuador. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. A/HRC/44/48/Add.1 (6 de mayo de 2020); Asamblea General. Visita al Ecuador. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. A/HRC/44/52/ADD.2 (22 de mayo de 2020); Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Tlaleng Mofokeng. Derechos de salud sexual y reproductiva: retos y oportunidades durante la pandemia de COVID-19. A/76/172 (16 de julio de 2021); Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Tlaleng Mofokeng. A/HRC/50/28 (14 de abril de 2022); Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. El racismo y el derecho a la salud. A/77/197 (22 de julio de 2022).

27 Véase, por ejemplo, Asamblea General. Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. A/66/254 (3 de agosto de 2011), párrs. 21 y 27.

28 Asamblea General. Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. A/66/254 (3 de agosto de 2011), párr. 21.

29 Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. El racismo y el derecho a la salud. A/77/197 (22 de julio de 2022), párr. 92.

Tomando en cuenta que todos estos desarrollos se basan en tratados internacionales que obligan al Estado ecuatoriano, reiteramos la pertinencia y necesidad de que sean especialmente considerados por esta Corte Constitucional al momento de resolver el presente caso.

2. La pertinencia de realizar un juicio de proporcionalidad para abordar la penalización del aborto y la necesidad de considerar evidencia de salud pública en dicho análisis

La criminalización del aborto entra en tensión con una multiplicidad de derechos protegidos en los tratados internacionales de derechos humanos y en las constituciones, incluyendo la ecuatoriana. Dentro de dichos derechos se encuentran el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la libertad, a la autonomía, a la dignidad y a la igualdad y no discriminación³⁰. Consideramos que, en concordancia con la práctica de esta Corte y otras Altas Cortes de la región al resolver sobre la constitucionalidad de restricciones de derechos o de colisiones entre derechos, el juicio de proporcionalidad constituye una herramienta pertinente y útil para resolver el presente caso. Si bien la persistencia del uso del tipo penal de aborto puede entenderse como medio para lograr la finalidad legítima de protección de la vida en gestación, la medida carece de eficacia para el logro de dicho fin, es la más lesiva dentro de una variedad de medios alternativos para lograrlo y tiene un costo desproporcionado tanto en materia de derechos humanos como de salud pública.

A continuación, nos permitimos formular una propuesta de los elementos que esta Honorable Corte podría tomar en cuenta al momento de realizar un juicio de proporcionalidad para resolver la presente demanda. Nuestra propuesta incluye transversalmente evidencia empírica que consideramos imprescindible para el análisis de esta Corte Constitucional, en cada uno de los pasos del juicio de proporcionalidad. Como se verá, esta evidencia empírica incluye la relativa a los impactos severos de mortalidad y morbilidad materna de la criminalización del aborto, la que demuestra la ineficacia de la criminalización del aborto para prevenir dicha práctica, y la que apunta a la eficacia de medidas alternativas menos lesivas para enfrentar el embarazo no deseado y reducir los abortos.

2.1. La legitimidad de la finalidad de proteger la vida en gestación

Primero, aunque la protección de la vida en gestación se puede considerar una finalidad legítima, es importante tomar en cuenta que la misma fue calificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Artavia Murillo y otros. vs. Costa Rica*, como una protección que no puede ser absoluta, que por lo tanto admite excepciones y que, además, es gradual e incremental. En palabras de la Corte IDH respecto del artículo 4.1 de la CADH “(...) la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido

³⁰ El detalle de la manera e intensidad en que la criminalización del aborto afecta estos derechos, será abordada en la sección de proporcionalidad estricta.

a que **no constituye un deber absoluto e incondicional**, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”³¹. (Resaltado fuera del texto)

Cabe mencionar que la Corte IDH llegó a esta conclusión tras utilizar una serie de métodos de interpretación, siendo uno de ellos el sistemático. Al realizar el análisis bajo dicho método de interpretación, revisó los demás tratados internacionales de derechos humanos pertinentes³² de los cuales Ecuador es parte.

Esta Corte Constitucional hizo suya esta aproximación de la Corte IDH en su Sentencia 34-19-IN-21 en la que señaló que “aun cuando la protección a la vida desde la concepción es un valor primordial dentro de la Constitución, este no puede ser interpretado de forma aislada o absoluta, sino que debe ser entendido sistemáticamente con otros derechos y principios también reconocidos en la CRE” por lo que “corresponde balancear y encontrar un apropiado equilibrio que permita la convivencia de los diversos derechos que reconoce nuestra Constitución”³³.

Esto es importante porque demuestra que el entendimiento de que la protección de la vida desde la concepción no es absoluta, que puede entrar en conflicto con varios derechos y que este conflicto debe ser resuelto mediante una ponderación, es perfectamente compatible con disposiciones constitucionales como la ecuatoriana que le otorgan protección a la vida desde la concepción.

En ese sentido, aunque en un análisis de proporcionalidad del delito de aborto deba entenderse cumplido el requisito de finalidad legítima, la naturaleza y alcance de la protección de la vida desde la concepción tal como han sido entendidos tanto por la Corte Interamericana como por esta Corte Constitucional, debe informar la evaluación de los demás pasos.

2.2. La relación de idoneidad entre la protección de la vida desde la concepción y el uso del derecho penal

En este punto corresponde evaluar la relación de medio a fin entre la protección de la vida desde la concepción y la vigencia del delito de aborto en el Código Penal de Ecuador. Así, consideramos oportuna la pregunta sobre si efectivamente la existencia del tipo penal logra la finalidad de reducir o disminuir las tasas de aborto. Sobre este punto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha sido clara en afirmar que la prohibición del aborto no disminuye la necesidad de realizarlo, si no que causa la búsqueda de métodos alternativos, lo cual termina siendo altamente inseguro, con alta probabilidad de

31 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 257, párr. 264.

32 Ibíd, párrs. 191 – 244.

33 Corte Constitucional de Ecuador, sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, 28 de abril de 2021, párr. 122.

resultar en morbilidad y mortalidad³⁴. De hecho, según la OMS, en los lugares donde el aborto es legal por amplias razones socioeconómicas y a solicitud de la mujer, y donde los servicios seguros son accesibles, tanto el aborto inseguro como la morbilidad y la mortalidad relacionadas con el aborto son menores³⁵.

La autora Verónica Undurraga indica que las leyes penales sobre aborto no se asocian a menores tasas de este citando las altas tasas de aborto en África y América Latina, regiones donde el aborto es altamente restrictivo penalmente. Por el contrario, en Europa occidental, donde en general el aborto está permitido en términos amplios, las tasas de aborto son menores³⁶. Otros ejemplos incluyen Barbados, Canadá, Sudáfrica, Tunisia, y Turquía, donde se expandió el acceso legal al aborto y no necesariamente se reflejó en un incremento en el número de abortos. Por su parte, en los Países Bajos, en donde existe el acceso legal, total y gratuito al aborto seguro, se cuenta con una de las tasas más bajas de aborto en el mundo³⁷.

Más recientemente, Bearak, Popinchalk, y Ganatra en un estudio sobre la tasa en embarazos no deseados y aborto en el mundo entre 1990 y 2019 no encontró evidencia de que las tasas de aborto sean menores en contextos en los que el aborto está restringido. De hecho, el estudio concluyó que las tasas de aborto son mayores en países con más restricciones, que en el promedio de los países donde el aborto es ampliamente legal. Esta tendencia también fue confirmada respecto de la proporción de embarazos no deseados que terminan en abortos. Dicha proporción incrementó en los países en los cuales el aborto está legalmente restringido³⁸.

34 OMS. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud, 2.^a ed. Ginebra, 2012, p. 90. Cabe mencionar también que desde la despenalización del aborto, algunos países han mostrado un decrecimiento constante en la práctica de procedimientos para interrumpir el embarazo. Tal es el caso de Portugal, que por siete años consecutivos desde la despenalización ha disminuido la tasa de abortos. Al respecto, véase: Folha de São Paulo, Abortos caem 4% em Portugal, mas aumentam 28% entre brasileiras no país, 2020. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/01/abortos-caem-4-em-portugal-mas-aumentam-27-entre-brasileiras.shtml>. Igualmente, se estima que, en Portugal, el número de abortos en 2015 fue 10% menor que en 2008. Véase: Nexo, O que aconteceu após 10 anos de aborto legalizado em Portugal, 2017. Disponible en: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/02/13/O-que-aconteceu-apos-10-anos-de-aborto-legalizado-em-Portugal>

35 *Ibíd.*

36 Verónica Undurraga, “*El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las normas sobre el aborto*”, en *El aborto en el derecho trasnacional: Casos y controversias*, Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman, y Bernard M. Dickens, (editores). México, FCE-CIDE, 2016, pp. 107-130.

37 David A Grimes, Janie Benson, Susheela Singh, Mariana Romero, Bela Ganatra, Friday E Okonofua, Iqbal H Shah

Unsafe abortion: the preventable pandemic. The Lancet Series, Sexual and Reproductive Health 4.

38 Jonathan Bearak, Anna Popinchalk, Bela Ganatra, et al, “Unintended pregnancy and abortion by income, region, and the legal status of abortion: estimates from a comprehensive model for 1990–2019”, *Lancet Glob Health* 2020; 8: e1152–61, p. e1158.

Esta evidencia empírica respalda el argumento de ineficacia del derecho penal para prevenir los abortos y, por lo tanto, para lograr la finalidad de proteger la vida desde la concepción. Incluso, apunta a que no sólo es ineficaz, sino que incluso puede ser contraproducente para el logro de dicha finalidad.

Ahora bien, la ineficacia de un delito no necesariamente debe conllevar a la conclusión automática de que el mismo debe derogarse. Por ello, aunque el delito de aborto no cumpla el requisito de idoneidad, en este caso es pertinente continuar evaluando los demás pasos de un juicio de proporcionalidad que complementan el argumento de ineficacia, específicamente al demostrar que existen mecanismos alternativos al derecho penal que sí son eficaces para proteger la vida en gestación y que la vigencia del delito afecta desproporcionadamente un amplio listado de derechos.

2.3. La relación de necesidad entre la protección de la vida desde la concepción y el uso del derecho penal

Al momento de evaluar el elemento de necesidad, un primer punto a considerar es si existen medios alternativos, distintos del derecho penal, para lograr la finalidad legítima de proteger la vida desde la concepción. Al respecto, las recomendaciones tanto de la OMS como de los organismos internacionales de derechos humanos en materia de prevención del embarazo no deseado, pueden ser orientadoras sobre el abanico de posibilidades con que cuentan los Estados.

Así, por ejemplo, el Comité DESC en su *Observación General No. 22* ya citada anteriormente, formuló una serie de recomendaciones a los Estados en materia de acceso a métodos anticonceptivos, acceso a la información en materia de planificación familiar y educación sexual acorde con la edad y madurez y basada en evidencia. Determinó como obligaciones básicas de los Estados parte las siguientes:

- a) Derogar o eliminar las leyes, políticas y prácticas que penalicen, obstaculicen o menoscaben el acceso de las personas o de determinados grupos a los establecimientos, los servicios, los bienes y la información en materia de salud sexual y reproductiva;
- b) Aprobar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales, con una asignación presupuestaria suficiente, sobre la salud sexual y reproductiva, concebidos, periódicamente revisados y supervisados mediante un proceso participativo y transparente, y desglosados por motivos prohibidos de discriminación.
- c) Garantizar el acceso universal y equitativo a servicios, bienes y establecimientos asequibles, aceptables y de calidad en materia de salud sexual y reproductiva, en particular para las mujeres y los grupos desfavorecidos y marginados;
- d) Promulgar y aplicar una ley por la que se prohíban las prácticas nocivas y la violencia de género, incluida la mutilación genital femenina, el matrimonio infantil y forzado y la violencia doméstica y sexual, incluida la violación conyugal, y asegurar al mismo tiempo la intimidad, la confidencialidad y la adopción

libre, informada y responsable de decisiones, sin coacción, discriminación o miedo a la violencia, en relación con las necesidades y los comportamientos sexuales y reproductivos de las personas;

e) Adoptar medidas para prevenir los abortos en condiciones de riesgo y prestar asistencia y ayuda psicológica con posterioridad a los abortos a quienes lo necesiten;

f) Velar por que todas las personas y grupos tengan acceso a una educación e información integrales sobre la salud sexual y reproductiva que no sean discriminatorias, que sean imparciales, que tengan una base empírica y que tengan en cuenta las capacidades evolutivas de los niños y los adolescentes;

g) Garantizar el acceso universal y equitativo a servicios, bienes y establecimientos asequibles, aceptables y de calidad en materia de salud sexual y reproductiva, en particular para las mujeres y los grupos desfavorecidos y marginados;

h) Promulgar y aplicar una ley por la que se prohíban las prácticas nocivas y la violencia de género, incluida la mutilación genital femenina, el matrimonio infantil y forzado y la violencia doméstica y sexual, incluida la violación conyugal, y asegurar al mismo tiempo la intimidad, la confidencialidad y la adopción libre, informada y responsable de decisiones, sin coacción, discriminación o miedo a la violencia, en relación con las necesidades y los comportamientos sexuales y reproductivos de las personas;

i) Adoptar medidas para prevenir los abortos en condiciones de riesgo y prestar asistencia y ayuda psicológica con posterioridad a los abortos a quienes lo necesiten;

j) Velar por que todas las personas y grupos tengan acceso a una educación e información integrales sobre la salud sexual y reproductiva que no sean discriminatorias, que sean imparciales, que tengan una base empírica y que tengan en cuenta las capacidades evolutivas de los niños y los adolescentes;

k) Proporcionar medicamentos, equipo y tecnologías esenciales para la salud sexual y reproductiva, en particular sobre la base de la Lista de Medicamentos Esenciales de la OMS;

l) Asegurar el acceso a recursos y reparaciones efectivos y transparentes, incluidos los administrativos y los judiciales, por las violaciones del derecho a la salud sexual y reproductiva³⁹.

En la misma línea, el Comité de la CEDAW ha recomendado a los Estados la ejecución de una estrategia nacional para fomentar la salud de la mujer durante todo su ciclo de vida, incluyendo el acceso universal

39 Comité DESC, Observación General No 22. Observación General Núm. 22, Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Doc de la ONU E/C.12/GC/22. (2016) párr. 49.

a los servicios de salud sexual y genésica, así como la información y educación en el tema. Estos servicios deberán ser libres de barreras de acceso⁴⁰.

En específico, el Comité de la CEDAW señaló que los Estados deben dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante “la planificación de la familia y la educación sexual”, y que, en la medida de lo posible, “debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”⁴¹.

La OMS también se ha referido a la importancia de las políticas en materia de acceso a la anticoncepción para evitar embarazos no deseados o embarazos a edades demasiado tempranas. Debido al aumento en el uso de anticonceptivos, la tasa de embarazos en todo el mundo ha disminuido de 160 embarazos cada 1000 mujeres de entre 15 y 44 años en 1995 a 134 embarazos cada 1000 mujeres en 2008. Las tasas de embarazos deseados y no deseados han caído, respectivamente, de 91 y 69 cada 1000 mujeres entre 15 y 44 años en 1995 a 79 y 55 cada 1000 mujeres entre 15 y 44 años en 2008. La tasa de abortos inducidos se redujo de 35 cada 1000 mujeres de entre 15 y 44 años en 1995 a 26 cada 1000 mujeres de entre 15 y 44 años en 2008. Esta disminución se debió principalmente a la caída en la tasa de abortos sin riesgos, mientras que el aborto inseguro se ha mantenido relativamente constante desde 2000, con alrededor de 14 cada 1000 mujeres de entre 15 y 44 años⁴².

40 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General No. 24. 2 de febrero de 1999 párr. 29.

41 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Recomendación General No. 24*. 2 de febrero de 1999 párr. 31.

42 OMS. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud, 2.^a ed. Ginebra, 2012.

La OMS también indicó el uso de métodos anticonceptivos modernos ha provocado una reducción en la incidencia y el predominio de abortos inducidos, incluso en los lugares donde el aborto está disponible a requerimiento⁴³. Agregó la OMS que los datos obtenidos de 12 países de Europa del Este y Asia Central, donde el aborto inducido solía ser el método principal para regular la fertilidad, y de Estados Unidos, demuestran que cuando el uso de métodos anticonceptivos modernos es alto, la incidencia del aborto inducido es baja. Las tasas de aborto inducido son las más bajas en Europa Occidental, donde el uso de anticonceptivos modernos es elevado y el aborto legal en general está disponible a requerimiento. Por lo tanto, responder a la necesidad insatisfecha de planificación familiar y acceso a métodos anticonceptivos, resulta una intervención eficaz para reducir el embarazo no deseado y el aborto inducido⁴⁴.

Otras fuentes académicas aportan elementos útiles para fortalecer la idea de que las intervenciones más efectivas para reducir las tasas de aborto y por lo tanto proteger la vida en gestación, son las políticas públicas integrales y sostenibles que incluyan la educación y el acceso a la planificación familiar, e incluso los programas que garantizan apoyo económico y social para las mujeres que desean continuar con su embarazo y ser madres⁴⁵. Paradójicamente, como se analizó en la sección 2 de este escrito, el uso del derecho penal tiende a tener un efecto inhibitorio sobre la información en materia de salud sexual y reproductiva.

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

Como ejemplos, se destacan las experiencias de Canadá, Australia y el Estado de Nueva York en Estados Unidos en donde se ha eliminado el delito de aborto y se ha optado por regulaciones de tipo sanitario en temas relativos a la prestación del servicio, incluyendo alternativas como la telemedicina, la eliminación de barreras y el aumento de la cobertura⁴⁶. Este modelo ha demostrado

43 *Ibíd.*

44 *Ibíd.*

45 *Ver por ejemplo:* Verónica Undurruga, “El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las normas sobre el aborto”, en *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, John Cleland, Family Planning: The Unfinished Agenda, *Lancet*, vol. 368.

46 María Ximena Dávila Contreras, María Clara Zea Gallego, et al, “Descriminalizar para proteger Modelos alternativos de regulación del aborto: despenalización total y regulación sanitaria en Canadá, Australia y

además ser exitoso para la reducción del estigma y el aumento del acceso al aborto seguro y en las primeras semanas de gestación⁴⁷.

Consideramos que los elementos ofrecidos en esta sección resultan pertinentes y útiles para que la Corte Constitucional valore la existencia de medios alternativos para lograr la protección de la vida en desde la concepción. En cuanto al requisito de que sean medios “igualmente idóneos”, entendemos que existe suficiente evidencia sobre que la vigencia del tipo penal de aborto no está asociada a la reducción de las tasas de aborto inducido y, por lo tanto, pareciera más bien que los métodos alternativos planteados a modo ejemplificativo en esta sección, son de hecho más idóneos que el derecho penal para lograr la finalidad de proteger la vida desde la concepción mediante la efectiva reducción del embarazo no deseado y, con ello, del aborto inducido.

2.4. Elementos para el análisis de proporcionalidad en sentido estricto

Este paso implica evaluar si el sacrificio en los derechos humanos involucrados es estrictamente proporcional (o se justifica) por el logro en la finalidad perseguida. Para esto, es necesario evaluar los derechos afectados por la criminalización del aborto y calificar su grado de afectación.

Posteriormente, corresponde determinar el nivel en el logro de la finalidad de proteger la vida en gestación mediante el delito de aborto. Finalmente, se debe analizar si lo primero se justifica por lo segundo.

2.4.1 Los derechos afectados intensamente por la criminalización del aborto

Como indicamos anteriormente, el listado de derechos afectados por la criminalización del aborto incluye el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la libertad, a la autonomía, a la dignidad y a la igualdad y no discriminación.

Para ello, destacamos que la ponderación a la que está llamada la Corte Constitucional en este paso del juicio de proporcionalidad, no se reduce a poner en un lado de la balanza la protección de la vida desde la concepción y en el otro lado sólo la vida privada y la autonomía de las mujeres. Sin perjuicio de la relevancia de estos últimos derechos, no se puede perder de vista que en este segundo lado de la balanza están también otros derechos de crucial importancia y respecto de los cuales los Estados tienen obligaciones robustas de respeto y garantía como los referidos en el párrafo anterior, todos

Nueva York”, *Derecho en Breve*, No 14, agosto de 2021. Bogotá. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2021/09/DB14_Descriminalizar-para-protger-Modelos-alternativos-de-regulacion-del-aborto.pdf

⁴⁷ *Ibíd.*

protegidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales de los que Ecuador es parte.

A continuación, hacemos un breve recuento sobre la forma en que la criminalización del aborto afecta todos estos derechos usando, entre otras fuentes, datos empíricos de salud pública para sustentar estas violaciones.

A. Derecho a la vida

Como ya se explicó, está ampliamente documentado que la criminalización del aborto no sólo no reduce los abortos, sino que lleva a que las mujeres se los procuren en condiciones de inseguridad que pueden poner en riesgo su vida. Esta afectación no es una mera inferencia lógica o una especulación.

La criminalización del aborto y las barreras legales y de hecho para acceder a servicios de aborto seguros son una de las principales causas del alto porcentaje de abortos inseguros y de las consecuentes muertes maternas. En un estudio empírico que abarcó 166 países, Bearak, Popinchalk, y Ganatra demostraron que la tasa de embarazos no deseados en los países con marcos legales restrictivos es casi un 30% mayor a la de los países que han liberalizado el acceso al aborto. También lo es la tasa de abortos, la cual es casi un 40% mayor en los países con marcos restrictivos⁴⁸. Estudios anteriores revelaron patrones similares⁴⁹. Por lo tanto, la evidencia demuestra que la despenalización del aborto no aumenta la tasa de abortos sino, por el contrario, tiende a descender a largo plazo. En algunos países, como Francia e Italia, hubo un ligero repunte temporal del número de abortos tras la despenalización, lo cual se habría debido al subreporte durante la penalización, aunque luego de dos o tres años la tasa se redujo en forma continua de 1980 a 1996⁵⁰.

La criminalización del aborto tiene un impacto severo en términos de mortalidad materna. El aborto es un procedimiento seguro facilitado por personal con conocimientos necesarios y con el método recomendando por la OMS de acuerdo con el periodo de gestación⁵¹. No obstante, según

48 Jonathan Bearak, Anna Popinchalk, Bela Ganatra, et al, “Unintended pregnancy and abortion by income, region, and the legal status of abortion: estimates from a comprehensive model for 1990–2019”, *Lancet Glob Health* 2020; 8: e1152–61, p. e1158. Disponible en:

[https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X\(20\)30315-6/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X(20)30315-6/fulltext).

49 Anibal Faúndes, Iqbal H, Shah, “Evidence Supporting Broader Access to Safe Legal Abortion”.

International Journal of Gynecology and Obstetrics, v. 131, in. S1, 2015. Disponible en:

<https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1016/j.ijgo.2015.03.018>.

⁵⁰ *Ibíd.*

51 OMS, Directrices sobre la atención para el aborto, Ginebra, 2022, p.2. *Ver también:* Nota descriptiva: Aborto, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2020. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/abortion>.

estimaciones mundiales, el 45% de los abortos se realizan en condiciones consideradas peligrosas y el 14,4% se realizan en condiciones de “gran riesgo”⁵². Siguiendo las estimaciones más recientes, el aborto inseguro representa el entre el 4,7% y el 13,2% de todas las muertes maternas⁵³. Según la OMS, el 97% de los abortos se concentran en países en desarrollo y su proporción es más elevada en países con leyes más restrictivas sobre el aborto en comparación a lugares con leyes más laxas⁵⁴. El 19,5% de los abortos inseguros se producen en América Latina y el Caribe⁵⁵. En tal sentido, la OMS ha concluido que en los países donde el aborto está más restringido, solo 1 de cada 4 abortos es seguro, en comparación con casi 9 de cada 10 en los países donde el procedimiento es ampliamente legal⁵⁶.

Al respecto, la estrategia de salud reproductiva de la OMS ha destacado que el aborto inseguro es una causa prevenible de mortalidad y morbilidad maternas⁵⁷. También ha indicado que existe un consenso cada vez mayor acerca de que el aborto inseguro es una causa importante de mortalidad materna que puede y debe prevenirse mediante los servicios de aborto sin riesgos, la educación sexual y la planificación familiar⁵⁸. A su vez, existe consenso respecto a la atención posterior al aborto y de ampliar el acceso a un método anticonceptivo para prevenir los embarazos no deseados y los abortos inseguros⁵⁹. Así lo indicó la Dra. Bela Ganatra, Jefa de la Unidad de Prevención del Aborto No Seguro de la OMS:

“Los datos son claros: si se quiere prevenir los embarazos no deseados y los abortos no seguros, hay que proporcionar a las mujeres y las niñas un paquete completo de educación sexual, información y servicios de planificación familiar precisos y acceso a una atención de calidad para el aborto.”⁶⁰

52 *Ibíd.* *Ver también:* Ganatra B, Gerds C, Rossier C, Johnson BR, Tunçalp Ö, Assifi A, et al. Global, regional, and subregional classification of abortions by safety, 2010–14: estimates from a Bayesian hierarchical model. *Lancet*. 2017;390(10110):2372-81.

53 OMS, *Directrices sobre la atención para el aborto*, Ginebra, 2022, p. 3.

54 *Ibíd.*

55 *Ibíd.*

56 OMS, “abortion”, fact sheet, Mayo 17 2024. Disponible en: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abortion#:~:text=Six%20out%20of%2010%20unintended,45%25%20of%20abortions%20are%20unsafe>.

57 OMS. *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, 2.ª ed. Ginebra, 2012. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/77079>, p. 18, footnote 6.

58 *Ibíd.*

59 *Ibíd.*

60 OMS, “La OMS publica nuevas directrices sobre el aborto para ayudar a los países a prestar una atención que salve vidas”. *Comunicados de prensa*, 2022b. Disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/09-03-2022-access-to-safe-abortion-critical-for-health-of-women-and-girls>

En 2022, la OMS lanzó una nueva directriz sobre la atención del aborto, centrada en la integración entre la ley, los derechos humanos, la salud, la atención clínica y la prestación de servicios de salud. En materia de reglamentación del aborto y teniendo en cuenta la evidencia disponible, la OMS recomendó, entre otras cosas: **i)** la inclusión de la atención integral del aborto en la lista de servicios de salud esenciales; **ii)** la atención del aborto de calidad como factor fundamental para lograr la salud para todas las personas; **iii)** la integración del servicio con el marco internacional de los derechos humanos; **iv)** la despenalización total del aborto lo que implica “eliminar el aborto de todas las leyes penales, no aplicar otros delitos punibles (por ejemplo, asesinato, homicidio) al aborto, y garantizar que no haya sanciones penales por abortar, ayudar a abortar, proporcionar información sobre el aborto o practicar un aborto”; **v)** la eliminación de leyes y otras reglamentaciones que restrinjan el aborto basándose en supuestos ; y **vi)** la eliminación de leyes y otras reglamentaciones que prohíban el aborto basándose en límites de edad gestacional⁶¹.

Siguiendo lo anterior, para la OMS las leyes que permiten el aborto de forma parcial o por el modelo de causales fomentan las prácticas inseguras por las diferentes negaciones e interpretaciones que se pueden presentar en el sector salud. Por esto, “(...) cuando los Estados pasan de un enfoque basado en supuestos a permitir el aborto a demanda en el primer trimestre se produce una reducción de la mortalidad materna (especialmente en el caso de las adolescentes), así como una reducción de la fertilidad (tasas de natalidad). Esto sugiere una conexión entre la obligación internacional de adoptar medidas para reducir la mortalidad y la morbilidad maternas y el abandono de los enfoques basados en supuestos”⁶².

Como lo señala la demanda en estudio, en el caso de Ecuador, las mujeres y niñas que acceden a abortos en el país se ven enfrentadas a la posibilidad de judicialización y encarcelamiento, o se ven expuestas a recurrir a abortos inseguros. Para el 2019, el 15.6% de las muertes maternas en el país se debieron a abortos inseguros⁶³. Y, según una encuesta realizada por el Fondo de Población de las Naciones Unidas en el 2012, el 7,5% de embarazos en menores de 15 años termina en abortos, siendo la cifra más elevada dentro de un grupo de mujeres de hasta 24 años⁶⁴. De este modo, la justificación lógica desde el punto de vista de la salud pública para evitar el aborto inseguro es clara e

61 OMS, Directrices sobre la atención para el aborto, Ginebra, 2022.

62 *Ibid* p. 31.

63 Plan V. Ecuador: 15% de las muertes maternas se deben a abortos clandestino. 16 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuador-15-muertes-maternas-se-deben-abortos-clandestinos>

64 UNFPA. Consecuencias socioeconómicas del embarazo en adolescentes en Ecuador. Implementación de la metodología para estimar el impacto socioeconómico del embarazo y la maternidad adolescentes en países de América Latina y el Caribe – Milena 1.0. febrero de 2020. Fondo de Población de las Naciones Unidas - Oficina de país en Ecuador. Quito. Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/media/5606/file/MILENA-Consecuencias-socioeconomicas-del-Embarazo-Adolescente-en-Ecuador.pdf>

inequívoca⁶⁵. La existencia del tipo penal de aborto afecta de forma directa la vida de las mujeres y personas con capacidad de gestar en el país.

B. Derechos a la integridad personal y a la salud

En primer lugar, cuando los abortos inseguros no causan la muerte, en todo caso pueden tener impactos graves en la integridad física y la salud, lo cual se desprende también de la información de salud pública referida en los párrafos anteriores, especialmente la de morbilidad materna.

En segundo lugar, la criminalización del aborto tiene lo que se puede denominar como un “efecto expansivo”, pues además de prohibir la mayoría de los abortos (como ocurre en Ecuador que cuenta con un modelo limitado de causales) y empujar a las mujeres a abortos inseguros que causan mortalidad y morbilidad materna, tiene también un impacto negativo en el acceso al aborto legal y hasta en la atención en salud por abortos espontáneos y otras emergencias obstétricas.

La OMS ha señalado que la tipificación del aborto como delito “(..) puede hacer que los trabajadores de la salud actúen con cautela, por temor a ser perseguidos penalmente.”⁶⁶. Este temor permanece en los regímenes de despenalización por causales o excepciones. De este modo, la existencia del delito de aborto dificulta su acceso en general, incluso en casos en los que hay circunstancias despenalizadas de forma parcial, como es el caso de Ecuador en los casos de aborto por violación. Una muestra clara de esto son los múltiples requisitos y limitaciones establecidos por la Ley Orgánica que Regula la Interrupción Voluntaria del Embarazo para Niñas, Adolescentes y Mujeres en caso de Violación que actualmente se encuentra en estudio constitucional y varios de sus artículos han sido suspendidos provisionalmente⁶⁷. Actualmente en el país las mujeres y niñas que hayan sido víctimas de violencia sexual, pero que no logren cumplir con los requisitos fijados por la Ley o no lleguen después del plazo de 12 semanas fijado por la Ley Orgánica siguen enfrentando un riesgo latente de criminalización.

La OMS ha señalado que países en los que se contaba o aún se cuenta con regímenes de despenalización parcial bajo supuestos⁶⁸ se ha demostrado que la persistencia del aborto en el código penal dificulta su acceso en general. La OMS ha señalado que estos marcos legales contribuyen a que los médicos opten por dilatar la prestación de servicios, generen interpretaciones ampliamente

65 *Ibid.*

66 OMS, Directrices sobre la atención para el aborto, Ginebra, 2022. p.29.

67 Actualmente se encuentran en curso las siguientes demandas de constitucionalidad en contra de artículos de la Ley Orgánica: 41-22-IN, 44-22-IN, 46-22-IN, 47-22 IN, 66-22-IN, 76-22 IN, 74-22 IN, 93-22 IN, 84-22 IN, 30-23 IN, 31-23 IN, 22-24 IN.

68 Esta afirmación está basada en un estudio de las legislaciones en Argentina, Australia, el Brasil, Chile, Colombia, Etiopía, Ghana, Irlanda, Israel, México, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República de Tanzania, la República Islámica del Irán, Rwanda, Tailandia, el Uruguay y Zambia.

restrictivas frente a los supuestos permitidos o realicen interpretaciones erróneas frente a los requisitos que se tienen que cumplir⁶⁹.

De este modo, la criminalización del servicio de salud puede también afectar la atención en salud de abortos espontáneos y otras emergencias obstétricas. En este sentido, la OMS afirma que la despenalización del aborto “(...) garantizaría que cualquiera que haya sufrido una pérdida de embarazo no caiga bajo la sospecha de haber abortado ilegalmente cuando solicite atención”⁷⁰. Esto ha sido recientemente evidenciado en el contexto de Estados Unidos en el que el aumento de Estados con leyes restrictivas sobre el aborto ha aumentado el ambiente de temor entre profesionales de la salud y mujeres que requieren de cuidado obstétrico⁷¹. Así, se ha reportado un aumento significativo en el reporte de mujeres que atienden al hospital por abortos espontáneos, ante la posibilidad de que se trate de abortos autoinducidos⁷². Preetha Nandi, et al, demostraron recientemente que las legislaciones que han restringido gravemente el aborto por plazo y amenazan con la criminalización de los profesionales de la salud en diferentes estados de Estados Unidos, ha afectado de forma clara la posibilidad de que las mujeres accedan a servicios de calidad y oportunos cuando enfrentan un aborto espontáneo⁷³. Esto ha incluido falta de acceso a los medicamentos apropiados, cambios en el estándar de la atención de este tipo de emergencias, demoras en la atención o la denegación por miedo a las represarías que podrían enfrentar los centros de salud y profesionales. Todo esto se ha reflejado en aumento de complicaciones, incluyendo hemorragias y estadías en las UCI, lo que generan graves riesgos para la salud y vida de las mujeres⁷⁴.

Por lo anterior, la tipificación del aborto en el Código Penal pone en grave riesgo los elementos de aceptabilidad y calidad de los servicios de salud sexual y reproductiva, incluyendo las emergencias obstétricas como los abortos espontáneos. Por un lado, cuando se dilata la atención o se niega por miedo a posibles represarías relacionadas con la criminalización de los profesionales o las mujeres, se ven afectados diferentes componentes de la ética médica, incluyendo la beneficencia y la no maleficencia. Por el otro, las antelaciones en el estándar de tratamiento o falta de acceso a ciertos medicamentos afectan la la calidad de los servicios de salud se entiende como una serie de condiciones científicas, médicas y de buen trato⁷⁵.

69 OMS, Directrices sobre la atención para el aborto, Ginebra, 2022. p. 31.

70 *Ibíd*, p. 28.

71 Andrea Rowan, “Prosecuting Women for Self-Inducing Abortion: Counterproductive and Lacking Compassion”, *Guttmacher Policy Review*, volume 18, no 3.

72 *Ibíd*.

73 Preetha Nandi, Danielle M Roncari, et al, “Navigating Miscarriage Management Post-*Dobbs*: Health Risks and Ethical Dilemmas”, *Women’s Health Issues*, volume 34, issue 5p449-454, September-October 2024

74 *Ibíd*.

75 El Comité DESC ha definido el principio de calidad en el derecho a la salud en torno “personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia

En tercer lugar, la criminalización del aborto contribuye al estigma y a la falta de información sobre la salud sexual y reproductiva, aún en supuestos de aborto legal, de abortos espontáneos o de otras emergencias obstétricas.

El Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de Naciones Unidas ha indicado que el uso del derecho penal, en general, respecto de los servicios de salud sexual y reproductiva tiene un “efecto inhibitor en el intercambio abierto de información”⁷⁶, lo que incluye la información sobre la interrupción legal del embarazo. Uno de los factores que se ha identificado como determinantes a este problema es el estigma que sigue persistiendo respecto del aborto, cuando se mantiene el uso del derecho penal como forma de regulación. En palabras del Relator:

“Cuando el aborto solo está permitido en casos muy concretos, como cuando la vida de la mujer corre peligro, la penalización podría llegar a bloquear el acceso a la información sobre los servicios de aborto legales. **Con frecuencia, las mujeres no conocen esas excepciones debido a que el estigma que rodea a la cuestión del aborto impide que una información tan necesaria como esa se difunda y reciba la debida consideración.** (...)La penalización también impide a los profesionales tener acceso a información fidedigna y, cuando la legislación contempla excepciones, **el efecto inhibitor generado por el estigma que acarrea el aborto puede disuadir al personal sanitario de solicitar información y capacitación al respecto**(...)”⁷⁷. (Resaltado fuera del texto)

El estigma hacia el aborto se puede describir como una serie de atributos negativos que se ejercen sobre quienes optan por interrumpir un embarazo, sus familias o los prestadores que realizan la práctica. Este tipo de estigma implica una marca que estereotipa a las personas, las margina y puede terminar generándoles efectos psicológicos⁷⁸. Autores como Alison Norris, et al, han señalado que el origen del estigma sobre el aborto está relacionado con un entrelazamiento entre el marco legal, la moralidad y las ideas sobre la maternidad, entre otras. Para Norris y colegas, las restricciones legales sobre el aborto, incluyendo la imposición de requisitos, los límites gestacionales, los periodos de

potable y condiciones sanitarias adecuada”. Comité DESC, “Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 12, d).

76 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. UN Doc. A/66/254, 2011, párr 19.

77 *Ibíd*, párr. 31-33.

78 Franz Hanschmidt, Katja Linde, Anja Hilbert, et al. “Abortion stigma: a systematic review”. *Persp Sex Reprod Health*. 2016;48(4):169-77.

espera, entre otros, refuerzan la noción del aborto como algo que es moralmente incorrecto y legalmente aprehensible⁷⁹.

La tipificación del aborto también contribuye al aumento del estigma hacia prestadores de servicios de salud, lo que disminuye el número de prestadores dispuestos a realizar el procedimiento y afecta el acceso al servicio. En un estudio realizado en Estados Unidos en el que se indagó las razones por las que los médicos que están capacitados para hacer abortos deciden no realizarlos. Entre los hallazgos se encontraron razones como el temor a repercusiones entre colegas, el clima de acoso y posibles situaciones de violencia y criminalización hacia ellos o hacia sus clínicas⁸⁰. Esto termina delimitando el número de prestadores dispuestos a realizar la práctica, a entrenarse en las técnicas para realizarlo y causa un aumento significativo en sus cargas de trabajo⁸¹. Sobre este aspecto, la OMS ha llamado la atención sobre la necesidad de tomar medidas regulatorias para contrarrestar el estigma. Esto puede implicar “(...) reconocer los riesgos y los efectos del estigma, y aplicar soluciones que no solo garanticen la privacidad y la confidencialidad, sino que también apoyen a los trabajadores de la salud. La atención debe prestarse siempre con respeto y compasión.”⁸².

Si bien se ha señalado que el tránsito a marcos legales más garantistas no necesariamente elimina el estigma social hacia el aborto y, por lo tanto, es necesario tomar medidas que impulsen un cambio cultural⁸³, la persistencia del aborto como delito sí contribuye a agudizarlo. El estigma generalizado sobre el aborto termina limitando las opciones seguras para realizarlo, restringen el número de prestadores dispuestos a hacerlo, generan ambientes de sospecha frente a las personas con un aborto en curso o una emergencia obstétrica y promueven situaciones donde se vulneran los derechos de las mujeres y personas gestantes, incluyendo la violencia obstétrica.

Un estudio del Grupo Médico por el Derecho a Decidir y la Red Global Doctors for Choice realizado en Colombia antes de la despenalización total del aborto mostró que la violencia obstétrica suele ser común en los servicios de aborto⁸⁴. La violencia obstétrica en los servicios de aborto se manifiesta en prácticas como: la violación de la confidencialidad, demoras en la atención, atención deficiente y uso de técnicas inadecuadas u obsoletas, humillaciones y actitudes que buscan persuadirlas o culparlas, negación de medicamentos para el dolor, negación de alimentos o asistencia,

79 Alison Norris, Danielle Bessett, et al, “Abortion Stigma: A Reconceptualization of Constituents, Causes, and Consequences”, *Women's Health Issues* 21-3S (2011) S49–S54, p.S51.

80 *Ibid.*

81 *Ibid.*

82 OMS, Directrices sobre la atención para el aborto, Ginebra, 2022, p. 15.

83 Alison Norris, Danielle Bessett, et al, “Abortion Stigma: A Reconceptualization of Constituents, Causes, and Consequences”, *Women's Health Issues* 21-3S (2011) S49–S54, p. S52.

84 Juliana Tamayo Muñoz, Clara María Restrepo Moreno, Laura Gil, Ana Cristina Gonzales, “Obstetric Violence and Abortion. Contributions to the Debate in Colombia”, Grupo Médico por el Derecho a Decidir – Colombia y Red Global Doctors for Choice, 2015.

exposición en lugares públicos, entre otras⁸⁵. Esta violencia suele estar determinada por factores como ausencia de marcos legales que aborden este tipo de violencias, la falta de conocimiento de los marcos legales sobre el aborto, las interpretaciones confusas y la persistencia del estigma y la culpa en las mujeres. De este modo, el estudio afirma que “El estigma del aborto puede perpetrarse mediante la autorrecriminación y los sentimientos de culpa, que llevan a las mujeres a aceptar ser maltratadas, y por personal médico que cree que se están gastando recursos sanitarios en una paciente que «se hizo esto a sí misma»⁸⁶.

La violencia obstétrica se ha reconocido como un tipo de violencia de género que se desarrolla en los servicios de salud durante el embarazo, el parto o postparto, y se reproduce en contextos de desigualdad estructural, produciendo graves afectaciones físicas y psicológicas⁸⁷. El Comité CEDAW ha se ha pronunciado sobre casos de violencia obstétrica reconociendo que implica una forma de violencia de género y una grave vulneración de derechos humanos⁸⁸ y ha expresado preocupación por situaciones de violencia y discriminación en el marco de la atención en salud sexual y reproductiva, que pueden calificarse como violencia obstétrica⁸⁹.

Por su parte, en el 2013 el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes destacó como ejemplos de ese tipo de violencia, “el maltrato y la humillación en entornos institucionales; [...] la denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención posaborto; [...] las infracciones del secreto médico y de la confidencialidad en entornos de atención de la salud, como las denuncias de mujeres presentadas por personal médico cuando hay pruebas de la realización de abortos ilegales; y la práctica de intentar hacer confesar a una mujer como condición para que reciba un tratamiento médico que

85 *Ibíd*, p. 12

86 *Ibíd*.

87 Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias “Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica”, A/74/137, 11 de julio de 2019.

88 CEDAW, *S. F. M. v España*, CEDAW/C/75/D/138/2018, 28 de febrero de 2020; CEDAW, *N. A. E. v España*, CEDAW/C/82/D/149/2019, 13 de julio de 2022.

89 Ver, por ejemplo, CEDAW, Observaciones finales sobre el décimo informe periódico de Portugal, 12 de julio de 2022, CEDAW/C/PRT/CO/10, párr. 32; CEDAW, Observaciones finales sobre el octavo informe periódico de Panamá, 1 de marzo de 2022, CEDAW/C/PAN/CO/8, párr. 37.d; CEDAW, Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Perú, 1 de marzo de 2022, CEDAW/C/PER/CO/9, párr. 37.e; CEDAW, Observaciones finales sobre los informes periódicos 6º y 7º combinados de Irlanda, 9 de marzo 2017, CEDAW/C/IRL/CO/6-7, párrs. 44 & 45; CEDAW, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de la República Checa, 14 de marzo de 2016, CEDAW/C/CZE/CO/6, párr. 30.a, b, c & d; CEDAW, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de la República Checa, 10 de noviembre de 2010, CEDAW/C/CZE/CO/5, párr. 36.

podría salvar su vida después de un aborto.”⁹⁰. Asimismo, en 2019 la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias recomendó terminar con las acusaciones penales y el encarcelamiento de “mujeres que han solicitado servicios obstétricos de emergencia, en particular por abortos espontáneos”, así como eliminar sanciones al personal de salud, para que puedan prestar la asistencia médica que fuera necesaria⁹¹.

Y, en cuarto lugar, la criminalización del aborto incentiva la violación del secreto médico profesional y la confidencialidad en materia de salud, también de manera expansiva.

La existencia del delito de aborto en Ecuador genera ambientes médicos de sospecha donde los profesionales se ven motivados a reportar a las mujeres y personas gestantes a las autoridades por abortos autogestionados e incluso abortos legales, abortos espontáneos u otras emergencias obstétricas. Esto viola la confidencialidad de la información, y vulnera el secreto médico durante atenciones de salud sexual y reproductiva. Así, quedó evidenciado en la redacción de Ley Orgánica que Regula la Interrupción Voluntaria del Embarazo para Niñas, Adolescentes y Mujeres en caso de Violación que establece que el secreto profesional y el principio de confidencialidad no se contraponen con el deber de denuncia que tiene el profesional de salud y tampoco con el deber “de proporcionar la información que le sea requerida para la investigación del delito de violación o de aborto consentido”⁹². De igual modo, el artículo 35 (3) (c) de la Ley establece que “los profesionales de la salud pued[e]n denunciar la comisión de delitos”, sin especificar los delitos⁹³. Aunque esta Corte Constitucional recientemente suspendió provisionalmente estos artículos de la Ley Orgánica⁹⁴,

90 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan Méndez, 1 de febrero de 2013, A/HRC/22/53, par. 46. Estas valoraciones fueron reiteradas en 2016. *Ver también*: Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan Méndez, 5 de enero de 2016, A/HRC/31/57, párr. 44-47.

91 Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Dubravka Šimonović, Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica, 11 de julio de 2019, A/74/137, párr. 81, r) y s) (Recomendando también derogar las leyes que penalizan de forma absoluta el aborto, eliminar las sanciones penales para las mujeres que abortan y legalizarlo, como mínimo, en un esquema de causales).

92 Ley Orgánica que Regula la Interrupción Voluntaria del Embarazo para Niñas, Adolescentes y Mujeres en caso de Violación, artículo 5 (a) y artículo 24 (11).

93 *Véase*, por ejemplo, el artículo 35, numeral 3, inciso c) de la Ley Orgánica que Regula la Interrupción Voluntaria del Embarazo para Niñas, Adolescentes y Mujeres en Caso de Violación.

94 Por medio del auto de 21 de julio de 2023, la Corte admitió la demanda 30-23-IN que muestra los impactos que puede generar para los derechos de las víctimas de violencia sexual y de los profesionales la restricción del derecho a la confidencialidad de la salud y el secreto profesional establecidos en la Ley Orgánica. Como resultado, los siguientes artículos están actualmente suspendidos: Artículo 5 literal a; Artículo 21 numerales 1-4; Artículo 24 numeral 11; Artículo 25 numeral 10; Artículo 26 numeral 6; Artículo 27 numeral 13; Artículo 30 numeral 18; Artículo 31 numeral 2; Artículo 32 numerales 3, 4 y 6; Artículo 33

su persistencia en el ordenamiento jurídico deja ver que la violación de la confidencialidad es uno de los riesgos latentes de la persistencia de un marco legal que criminaliza el aborto.

La garantía de la confidencialidad médica es particularmente importante para cumplir con los principios de aceptabilidad y la accesibilidad del derecho a la salud⁹⁵. Por su lado, la violación de la confidencialidad en el contexto de la prestación de servicios de salud socava la confianza que las personas depositan en el sistema de salud⁹⁶. Ya se ha advertido que la falta de confidencialidad puede poner en grave riesgo la salud y vida de las mujeres que buscan servicios de salud sexual y reproductiva en general. En su Recomendación General 24 el Comité CEDAW enfatizó que la falta de respeto del carácter confidencial de la información sobre las pacientes “puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar”. La falta de confidencialidad en la atención médica advirtió el Comité, puede hacer que la mujer esté “menos dispuesta a obtener atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar medios anticonceptivos o atender a casos de abortos incompletos, y en los casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física”⁹⁷. Esto mismo ha sido reiterado por el Comité DESC⁹⁸, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud⁹⁹, la OMS¹⁰⁰, la CIDH¹⁰¹ y la Corte IDH¹⁰².

Por todo lo dicho en esta sección, es posible afirmar que la criminalización del aborto es fuente de violaciones al derecho a la salud en sus contenidos, al menos, de accesibilidad, calidad y aceptabilidad¹⁰³, además de poner en riesgo la vida y la integridad personal de las mujeres.

numeral 4; Artículo 34 numeral 3; Artículo 35 numeral 3 literal c); Artículo 44 literal c); Artículo 45; Artículo 58 literal g); Artículo 59 literales c) y e).

95 Comité DESC, “Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 12.

96 Corte IDH, *Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Serie C No. 441, párr. 203.

97 CEDAW, Recomendación General 24, *La mujer y la salud* (1999), párr. 12 d).

98 Comité DESC, Observación General 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, E/C.12/GC/22, 2 de mayo de 2016, párr. 40 y 49 d).

99 Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, par. 40.

100 OMS, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, segunda edición, 2012, p. 68.

101 CIDH, Informe sobre Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, 22 noviembre 2011, párr. 76 y 81.

102 *Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Serie C No. 441, párr 206.

103 Para más detalle de los contenidos del derecho a la salud, ver: Comité DESC. Observación General 14.

C. Derecho a la igualdad y no discriminación

En el derecho comparado existe un amplio consenso sobre que el derecho a la igualdad y no discriminación tiene diversas concepciones o dimensiones, incluyendo una formal o que impone obligaciones negativas a los Estados, y una sustantiva que exige evaluar no sólo las diferenciaciones en los marcos jurídicos, sino los impactos adversos desproporcionados que pueden tener distintas normas, políticas o prácticas, e incluso, requerir medidas positivas para lograr condiciones de igualdad real¹⁰⁴. Aplicadas las dimensiones de la igualdad y no discriminación a la criminalización del aborto, es posible hacer diversos análisis.

Por un lado, es razonable argumentar que al tratarse de un delito dirigido esencialmente a las mujeres o que se relaciona directamente con la posibilidad de las mujeres de tomar decisiones sobre su autonomía reproductiva y su propio cuerpo, su vigencia es en sí misma una forma de discriminación directa entre hombres y mujeres prevista en la ley. El Comité CEDAW ha respaldado esta posición señalando que “(...) el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género (...)”¹⁰⁵. Igualmente, el Comité DESC indicó que “hay muchas leyes, políticas y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, por ejemplo, la penalización del aborto o las leyes restrictivas al respecto”¹⁰⁶ y que la realización de los derechos de las mujeres requiere que los Estados “liberalicen las leyes restrictivas del aborto”¹⁰⁷.

Por otro lado, aún si este argumento no fuera convincente, la criminalización del aborto es un claro caso de discriminación indirecta pues tiene un impacto adverso desproporcionado en las mujeres, niñas y persona con capacidad de gestar más vulnerables. Esto incluye vulnerabilidades

104 Sobre igualdad sustantiva y su protección jurídica en América Latina ver, por ejemplo: Constitución colombiana, artículo 13; Constitución ecuatoriana, artículo 11.2 y 65; Constitución dominicana, artículo 21.2, entre otras. En particular, la prohibición de discriminación indirecta o por impactos adversos desproporcionados también ha sido explícitamente reconocida por altas cortes de la región. Ver, por ejemplo, Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. Amparo Directo 9/2018, 2018. El entendimiento de igualdad y no discriminación como igualdad sustantiva también se encuentra protegida en el derecho internacional de los derechos humanos. Ver, por ejemplo: Comité DESC. Observación General 20; y Corte IDH. Opinión Consultiva 18/2003.

105 Comité CEDAW, Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2011, párr. 18.

106 Comité DESC, Observación General No 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, Doc. de la ONU E/C.12/GC/22, párr. 34.

107 *Ibid*, párr. 28.

socioeconómicas o de otra índole, como es el caso de las mujeres migrantes, afrodescendientes, entre otras categorías protegidas por las normas antidiscriminatorias. En general, estas vulnerabilidades operan de manera interseccional. La criminalización del aborto tiene al menos dos impactos adversos desproporcionados.

El primero es que la inaccesibilidad al aborto es más gravosa puesto que quienes enfrentan dichas vulnerabilidades no suelen contar con alternativas para acceder a abortos seguros. Por lo tanto, son estas mujeres quienes se exponen a los riesgos a la vida, integridad personal y salud derivados de los abortos inseguros.

Y el segundo es que, en la práctica, las mujeres que son efectivamente criminalizadas y enfrentan procesos penales, son las más vulnerables. Así, el delito de aborto no sólo tiene eficacia alguna para prevenir abortos y proteger la vida desde la concepción, sino que es usado en contra de un grupo de mujeres que cuenta con especial protección tanto en la Constitución ecuatoriana como en los tratados internacionales de los que Ecuador es parte.

En el caso de Ecuador, como lo han enfatizado la demanda que está siendo estudiada por esta Corte, los efectos de la prohibición y la restricción del aborto trae consecuencias especialmente graves para las niñas, adolescentes y mujeres en contextos de ruralidad y pobreza. Como lo afirma el estudio realizado por Human Rights Watch, las mujeres con menos recursos y de regiones mayoritariamente indígenas o afrodescendientes tienen más probabilidades de ser procesadas por el delito de aborto en Ecuador, incluso cuando enfrentan abortos espontáneos o requieren atención posaborto¹⁰⁸.

Como se mostrará en el siguiente apartado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y la Corte Constitucional de Colombia realizaron un análisis de la criminalización del aborto a la luz del derecho a la igualdad y no discriminación, enfatizando las consecuencias desproporcionadas que tiene la criminalización en las mujeres y niñas más vulnerables, incluyendo a las menores de edad, las más pobres, en condición de migración irregular, las mujeres indígenas y afrodescendientes, entre otras.

D. Derechos a la vida privada, libertad y autonomía

La criminalización del aborto constituye una injerencia fuerte en el ejercicio de la vida privada, libertad y autonomía, en la medida en que, ante embarazos no deseados, impone la obligación de llevar adelante una maternidad, con un impacto severo e irreversible en el proyecto de vida. La continuidad de un embarazo no deseado por imposición de la ley implica la anulación, en la práctica,

108 Human Rights Watch, “¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?”, 2021, <https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

de derechos tan básicos como la capacidad jurídica y la toma de decisiones sobre sus cuerpos y sus vidas.

E. Conclusión sobre los derechos afectados por la criminalización del aborto y la intensidad de su afectación

De todo lo analizado en esta sección, queda claro que la criminalización del aborto pone en grave riesgo el ejercicio de un largo listado de derechos que incluyen la libertad, la vida privada, la autonomía, la vida, la salud, la integridad personal y la igualdad y no discriminación. Esto sin perjuicio de que esta Corte Constitucional decida incluir otros en su sentencia, a la luz tanto de la Constitución ecuatoriana como de la jurisprudencia constitucional.

Finalmente, cada una de las violaciones de derechos humanos analizadas pueden calificarse de severas, no sólo por la naturaleza misma de los derechos involucrados, sino porque la dimensión de los impactos concretos, como se detalló a lo largo de toda esta sección.

2.4.2. El nulo logro de la protección de la vida en gestación en la protección de la vida desde la concepción y su desproporción en relación con la afectación intensa a los derechos humanos

Habiendo detallado las afectaciones a los derechos humanos por la criminalización del aborto y su grado de intensidad, corresponde evaluar el nivel o grado en que la medida elegida – en este caso, la criminalización del aborto – logra la finalidad que persigue. Como se ha explicado en este escrito, especialmente en la sección de idoneidad, la prohibición del aborto no previene ni disminuye los abortos, sino que aumenta la prevalencia de abortos inseguros. Esto muestra que la criminalización del aborto no sólo no logra la finalidad que persigue en un grado relevante, sino que su logro es prácticamente nulo e incluso puede llegar a ser contraproducente.

La desproporción entre la afectación severa a los derechos humanos que genera la criminalización del aborto y el prácticamente nulo logro de la finalidad perseguida es evidente y, por ello, dicha criminalización no logra superar un test de proporcionalidad en sentido estricto.

3. Análisis del uso del derecho penal en el derecho comparado

Recientemente, algunos tribunales de la región latinoamericana se han pronunciado sobre la criminalización del aborto más allá de las causales. Tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN) como la Corte Constitucional de Colombia coincidieron en declarar la inconstitucionalidad de los sistemas penales que se limitan a despenalizar y permitir el aborto exclusivamente en el contexto de ciertas causales. Cabe mencionar que ambas sentencias reconocieron cierto grado de protección a la vida en gestación, sin perjuicio de lo cual, luego de

considerar todos los derechos e intereses en juego, determinaron ampliar la despenalización del aborto más allá de situaciones excepcionales.

Consideramos que estas dos sentencias – que respaldan gran parte de la argumentación que hemos expuesto en el presente escrito – pueden ser de utilidad para esta Corte Constitucional. Por ello, nos permitimos resaltar a continuación algunos de los desarrollos más importantes de ambas cortes.

3.1. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México de septiembre de 2021

El 27 de noviembre de 2017, la Procuraduría General de la República (PGR) interpuso una acción de inconstitucionalidad (“Acción de Inconstitucionalidad” 148/2017) ante la Supreme Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN) señalando que los artículos 13, fracción A, 195, 196 y 224, fracción II, del Código Penal del Estado de Coahuila, que estableció que el delito de aborto sería inconstitucional. Más específicamente, la PGR alegó que los artículos 195 y 196 violaban los derechos de las mujeres a la autonomía y la libertad reproductiva al establecer un tipo penal que impide la interrupción voluntaria del embarazo en la primera fase del período gestacional.

El 7 de septiembre de 2021, la SCJN declaró inconstitucional la penalización fuera de las causales legalmente previstas. Si bien el ordenamiento jurídico mexicano reconoció un grado relevante de protección a la vida durante el embarazo, luego de ponderar los derechos e intereses en juego, se determinó que la penalización del aborto es inconstitucional cuando no permite un período cercano al embarazo para la interrupción voluntaria del mismo¹⁰⁹.

La Suprema Corte analizó cómo proteger la vida en gestación puede considerarse como un fin legítimo. No obstante, concluyó que la vía punitiva no concilia el derecho de la mujer y de las personas con capacidad de gestar a decidir con la finalidad constitucional, sino que lo anula y no logra el fin pretendido que es inhibir la práctica de abortos. De igual modo, estableció que la criminalización del aborto tiene un impacto negativo sobre los derechos a la dignidad humana, autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad jurídica, el derecho a la salud psicológica y física y la libertad reproductiva de las mujeres¹¹⁰. Entonces, la SCJN declaró la norma como inválida y estableció que la penalización del aborto en este caso podría entenderse como un “uso ilegítimo del poder coercitivo del Estado”, ya que afecta a los grupos más vulnerables y contribuye a agudizar la desigualdad social¹¹¹. A lo largo de la decisión, la SCJN hizo referencia a decisiones de

109 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de Inconstitucionalidad 148/2017.

110 *Ibíd*, párr. 54.

111 *Ibíd*, párr. 302.

diversos tribunales constitucionales, tribunales internacionales de derechos humanos, así como cambios en la dinámica cultural mexicana.

La SCJN estableció que la penalización del aborto impacta negativamente los derechos a la dignidad humana, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad jurídica, el derecho a la salud física y mental y la libertad reproductiva de las mujeres y las personas con capacidad de gestar¹¹². Así, la Corte declaró nula la disposición del Código Penal que penaliza la interrupción voluntaria del embarazo en todas las etapas gestacionales, indicando que la versión analizada del código penal no permitía la toma de decisiones durante un período cercano al embarazo. Estableció que la penalización del aborto en este caso podría entenderse como un “uso ilegítimo del poder coercitivo del Estado”¹¹³, ya que afecta a los grupos más vulnerables y contribuye al agravamiento de la desigualdad social¹¹⁴.

Uno de los desarrollos jurisprudenciales más notables de esta decisión es la determinación de la existencia de un derecho constitucional a decidir para las mujeres y las personas con capacidad de gestar. La SCJN derivó este derecho de la interpretación integral de la Constitución basada en una combinación de diferentes principios y derechos “(...) asociados a la noción esencial de que es intrínseco a la persona humana la disposición de su libertad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones.”¹¹⁵.

La SCJN reconoció la existencia de este derecho autónomo con base en el principio de la dignidad humana y la interpretación de los siguientes derechos previstos en la Constitución mexicana: **i)** el derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad; **ii)** el derecho a la igualdad jurídica; y **iii)** el derecho a la salud (psicológica y física) y libertad reproductiva.

Los derechos personalísimos y la dignidad humana

La Corte se refirió al principio de la dignidad humana destacando que reconoce la especificidad de las condiciones únicas de las mujeres y de las personas con capacidad de gestar, que se basa en la idea central de que estas personas pueden disponer libremente de sus cuerpos y construir su identidad y destino de forma autónoma, libres de imposiciones o transgresiones. Según la SCJN, “la maternidad como posibilidad exclusiva de la mujer y de las personas con capacidad de gestar no puede disociarse de su dignidad”¹¹⁶.

112 *Ibíd*, párr. 54.

113 *Ibíd*, párr. 301.

114 *Ibíd*, párr. 302.

115 *Ibíd*, párr. 53.

116 *Ibíd*, párr. 63 y 162.

Entre los derechos personalísimos derivados del principio de la dignidad de la persona humana y considerados centrales por la SCJN, están el derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad. Estas incluyen, entre otros, la libertad de “procrear hijos y cuántos de ellos, o decidir sobre no tenerlos”. Esto forma parte de la libertad de la mujer o persona con capacidad de gestar para establecer su proyecto de vida. A su vez, estos derechos brindan protección a una “esfera de privacidad” contra invasiones que pueden limitar la capacidad de tomar decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal.

Por otro lado, la SCJN analizó la protección del derecho a la vida privada, cuya efectividad considera decisiva para el ejercicio de la autonomía personal. En este sentido, la Corte enfatizó el respeto a la jurisprudencia de la Corte IDH, que ha sostenido que la decisión de ser o no ser madre forma parte del derecho a la vida privada y que el derecho a la autonomía reproductiva es violado cuando se obstruyen los medios de comunicación, ya que son a través de ellos que las mujeres y personas con capacidad de gestar pueden ejercer el derecho de controlar su fertilidad.

Un aspecto fundamental de la decisión mexicana fue el cuidado especial que el control de constitucionalidad merece en los casos de interferencia del poder del Estado en la vida íntima de mujeres y personas con capacidad de gestar. La corte destacó que la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad protegen las decisiones individuales sobre cómo llevar la vida, que no pueden ser limitadas por el Estado y, mucho menos, por su poder punitivo¹¹⁷.

La sentencia tiene como uno de sus ejes centrales laicidad del Estado mexicano, que tiene influencia marcante en la construcción del derecho a decidir y vínculo directo con el derecho fundamental de llevar la vida de acuerdo con el proyecto de vida que la persona desee elegir. De acuerdo con la SCJN, el Estado laico no puede identificarse con una determinada ética o moral, sea esta una idea confesional o no, para hacerla suya. Mucho menos debe usar controles estatales para limitar, reprimir o inhibir las libertades individuales que se identifican como parte de convicciones personales¹¹⁸.

El derecho a la igualdad jurídica

La sentencia se refirió al derecho a la igualdad jurídica como pieza fundamental en la construcción del derecho a decidir. El tribunal reconoció la importancia del derecho a la igualdad y a la no discriminación, ya que permea todo el ordenamiento jurídico y obliga a tener en cuenta factores estructurales y contextuales, como las relaciones de subordinación en torno al género, para analizar

117 *Ibíd*, párr. 72-73.

118 *Ibíd*, párr. 82-84.

si el contenido o aplicación de normas, políticas, prácticas o programas, aparentemente neutros, generan un impacto desproporcionado sobre personas o grupos en situación de desventaja histórica.

El reconocimiento del derecho a decidir tiene como objetivo, por lo tanto, la eliminación de la posibilidad de discriminación basada en el género en materia de maternidad y derechos reproductivos. Se trata de reconocer que las mujeres y las personas con capacidad de gestar pueden ejercer estos derechos a partir de sus propias características, en un nivel de igualdad de género que favorezca la capacidad femenina (y las correspondientes a cualquier otra identidad de género) de tomar decisiones responsables sobre su proyecto de vida y su integridad corporal.

La SCJN construyó, así, el derecho a decidir sobre la igualdad de género, lo que supone la eliminación de los estereotipos que pueden atribuirse a las mujeres y personas con capacidad de gestar en relación con el goce del derecho a la sexualidad, desvinculándose así de la concepción social tradicional que vinculaba los conceptos de “mujer” y maternidad. Según el tribunal, este tipo de carga impuesta por la construcción de estereotipos se traduce en mecanismos que perpetúan el ejercicio de la violencia contra mujeres, niñas, adolescentes y personas con capacidad de gestar¹¹⁹.

El tribunal subrayó la importancia de revisar los pronunciamientos internacionales que conectan el objeto de la sentencia y la violencia de género para tener una visión más amplia sobre el asunto. En este sentido, destaca las Recomendaciones Generales n° 19, 24, 28 y 35 del Comité CEDAW, así como las Sentencias de la Corte IDH proferidas contra México en el caso *González y Otros vs. México (Campo Algodonero)* y en el *Caso de Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco*. Concluye que “(...) los textos normativos, internacionales y nacionales, son coincidentes en la importancia de incluir como pilar y fundamento del derecho a decidir, la prerrogativa de las mujeres a no ser víctima de discriminación por género, pues, desde su individualidad le imprime una fuerza categórica de origen a la posición de las mujeres en la sociedad.”¹²⁰.

El derecho a la salud psicológica y física

La SCJN extrajo el derecho a decidir del derecho a la salud (psicológica y física) y a la libertad reproductiva. Citando su jurisprudencia, el tribunal recordó que el derecho a la salud debe ser entendido como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos y no solo como el derecho de las personas a la salud. Por lo tanto, el derecho a la salud implica libertades y derechos. Entre ellos, aquellos relacionados con el control de la salud y del cuerpo, incluyendo la libertad sexual y reproductiva¹²¹.

119 *Ibíd*, párr. 93.

120 *Ibíd*, párr. 108.

121 *Ibíd*, párr. 121.

El tribunal también se refirió a la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual expresó que la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud están protegidos por el derecho a la salud, así como la decisión de ser o no madre¹²². También destacó que la obligación de respetar el derecho a la salud implica, de acuerdo con la Observación General n° 14 del Comité DESC, abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de las mujeres, y que la obligación de garantizar, según la jurisprudencia de la SCJN, implica el deber de prestar servicios de maternidad segura¹²³.

La Corte también destacó la afirmación del Comité de DESC en su Observación General 22 sobre cómo la negación del acceso al aborto puede suponer una violación del derecho a la vida y a la seguridad, los cuales pueden ser comparables, en determinadas circunstancias, al trato cruel, inhumano o degradante. Con base en esto, afirmó que el Estado tiene la obligación de prevenir razonablemente los riesgos asociados al aborto en condiciones inseguras, lo que incluye el acceso inmediato a los servicios de aborto necesarios para preservar la salud de la gestante¹²⁴. Finalmente, la SCJN destacó que el derecho de la mujer y de las personas con capacidad de gestar a optar por la interrupción del embarazo va más allá de las causales específicas. En este sentido, cita su propia jurisprudencia, indicando que:

“La relación específica entre salud, bienestar e interrupción del embarazo reconoce la posibilidad de acceder a una interrupción de embarazo, que sea segura, como una circunstancia que contribuye al bienestar de las mujeres, no sólo en aquellos casos en los que su integridad física se encuentre en riesgo, sino también cuando la continuación del embarazo se presenta como incompatible con su proyecto de vida.”¹²⁵.

Tras determinar la existencia del derecho a decidir con base en los referidos principios y derechos constitucionales, la SCJN concluyó que la incapacidad de una mujer o persona con capacidad de gestar para considerar el dilema de continuar o interrumpir su embarazo por un corto período al inicio de la gestación equivaldría a considerarla como instrumento de procreación. De los pilares que sustentan el derecho a decidir sobre la vida reproductiva irradian elementos que, juntos, configuran la noción de justicia reproductiva. Según el tribunal, no corresponde al Estado conocer o evaluar los motivos para continuar o interrumpir un embarazo, una vez que pertenecen a la esfera de la privacidad de la persona gestante.

122 *Ibíd*, párr.117.

123 *Ibíd*, párr. 118.

124 *Ibíd*, párr.123.

125 *Ibíd*, párr. 126.

Por otro lado, el tribunal consideró de mayor trascendencia tener en cuenta la situación de profunda desigualdad, marginalización y precariedad en que muchas mujeres se encuentran en México, y la influencia de estas circunstancias en las decisiones personales¹²⁶. En este sentido, destacó varios datos estadísticos relacionados con la pobreza, la violencia de género y otros indicadores sociales que reflejan el contexto en el que el tema en debate debe ser analizado, así como las desigualdades estructurales que afectan de forma diferenciada a las poblaciones vulnerables. En particular, destacó la situación de violencia y discriminación que viven las mujeres y niñas indígenas en situación de pobreza y en zonas rurales¹²⁷.

Después de analizar el contenido de los derechos y principios en los que se basa el derecho a decidir y considerando el peso de las implicaciones de un embarazo en la realidad mexicana, la SCJN concluyó que el derecho a decidir se traduce en siete implicaciones esenciales: **i)** La educación sexual como pilar de la política pública en materia de salud reproductiva; **ii)** El acceso a la información y asesoramiento sobre planificación familiar y métodos anticonceptivos; **iii)** El reconocimiento de las mujeres y personas con capacidad de gestar como titulares del derecho a decidir sobre la continuación o interrupción de su embarazo; **iv)** La garantía de que la persona embarazada tome una decisión informada sobre la continuación o interrupción del embarazo; **v)** El derecho a decidir se compone de dos dominios de protección de igual relevancia: la de optar por continuar o interrumpir el embarazo; **vi)** La garantía de que las mujeres embarazadas o las personas que así lo decidan puedan interrumpir el embarazo en instituciones públicas de salud de forma accesible, gratuita, confidencial, segura, expedita y no discriminatoria; **vii)** El derecho de decisión de la persona gestante solo puede incluir el procedimiento de interrupción del embarazo en un breve período próximo al inicio del proceso de gestación¹²⁸.

La SCJN concluyó que la criminalización del aborto intencional en cualquier momento del embarazo anula totalmente el derecho constitucional de decidir de las mujeres y personas con capacidad de gestar. Aclaró al respecto que el error legislativo no reside en el hecho de que no siempre sea permitido interrumpir el embarazo, sino en no ser permitido interrumpirlo en la fase inicial de la gestación. El tribunal estableció que la criminalización que anula completamente el derecho a decidir de la mujer más allá de las causales se traduce en la violación inmediata de todos los derechos sobre los cuales este derecho se basa.

3.2. La sentencia C-055 de 2022 de la Corte Constitucional de Colombia

126 *Ibíd*, párrs:136-137

127 *Ibíd*.

128 *Ibíd*, párrs: 157-180

El Código Penal colombiano, en su artículo 122, tenía tipificado como delito el aborto en todas las circunstancias. En 2006, al decidir la demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba esta disposición, la Corte Constitucional estableció en Sentencia C-355 de 2006 que el aborto no incurre en delito por las siguientes causas: i) riesgo para la vida o salud de la mujer; ii) malformación grave del feto que haga inviable su vida; iii) en los casos de violencia sexual, incesto o inseminación artificial o transferencia de óvulos fecundados no consentidos.

En el 2022, como producto de una acción de constitucionalidad, la Corte Constitucional de Colombia se volvió a pronunciar sobre la penalización del aborto, en esta ocasión, más allá de las causales establecidas en el 2006.

Luego de considerar todos los derechos e intereses en juego, la Corte Constitucional concluyó que el estado de la interrupción voluntaria del embarazo que operaba Colombia -que permitía el aborto bajo tres causales y lo penalizada en el resto de supuestos- permitía la violación del derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular y puede atentar contra la libertad de conciencia y las creencias más íntimas y profundas de las mujeres o personas gestantes¹²⁹.

En específico, la Corte de Colombia desarrolló diferentes argumentos para llegar a esta conclusión:

Las tensiones entre la protección de la vida en gestación y diversas garantías constitucionales

La Corte Constitucional analizó si la criminalización del aborto como única medida legislativa para desalentar la interrupción voluntaria del embarazo afecta las garantías constitucionales alegadas por los demandantes. En este sentido, evaluó si sería una afectación desproporcionada o si estaría justificada en la finalidad constitucional de proteger la vida del feto en gestación. Para ello, se recurrió a los elementos del juicio de proporcionalidad: finalidad legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En su fundamentación, la Corte estableció que la protección de la vida en gestación es una finalidad constitucional imperativa. Analizó la tensión existente entre la definición del crimen de aborto con consentimiento y los valores y principios constitucionales que fundamentan la pretensión. Con base en dicho análisis, la Corte justificó el motivo por el cual a partir de la 24^a semana de gestación, momento en el que se cree hay mayor probabilidad de vida extrauterina autónoma, aumenta la necesidad de protección cualificada de la vida en gestación, incluso a través del uso del derecho penal.

129 *Ibíd*, párr. 399.

En relación con la finalidad constitucional imperativa, con base en su propia jurisprudencia constitucional y en la jurisprudencia interamericana, la Corte indicó que “la vida es un bien jurídico que debe ser protegido en todas las fases de su desarrollo, pero no necesariamente con la misma intensidad”. En este sentido, aclaró que la vida no es un derecho absoluto y que la protección de la vida en gestación debe ser gradual e incremental, dependiendo del estadio de desarrollo del embarazo (énfasis nuestro). Por otro lado, estableció que la protección del bien jurídico a la vida en gestación mediante disposiciones penales no es irrazonable o desproporcionada en principio, lo que no significa que el legislador no esté sujeto a límites en su margen de actuación¹³⁰.

Una vez establecida la existencia de un fin legítimo, la Corte pasó a analizar las diferentes tensiones constitucionales entre la protección de la vida en gestación y las garantías constitucionales alegadas por los demandantes.

Derecho a la salud

En relación con el derecho a la salud reproductiva de niñas, mujeres y personas con capacidad de gestar, el tribunal recordó que este es un derecho fundamental que se concreta en la garantía de la autodeterminación reproductiva y en el derecho de acceso a servicios de salud reproductiva. Con base en la jurisprudencia nacional colombiana e interamericana, y en diversos pronunciamientos de organismos de las Naciones Unidas, la Corte concluyó que “Sancionar en forma categórica y sin alternativas a quienes acceden a la interrupción voluntaria del embarazo, incluso en las primeras semanas, representa una seria injerencia del Estado en el disfrute del derecho a la salud de esta población, la cual incrementa el riesgo de abortos inseguros que ponen en peligro aquellas garantías.”¹³¹.

Libertad de conciencia

En relación con la libertad de conciencia y la posibilidad de actuar de acuerdo con sus convicciones en relación con su autonomía reproductiva, la Corte recordó que esta libertad protege la autonomía del pensamiento y de la acción individual, voluntaria y consciente. Es decir, no protege un determinado sistema moral, sino que protege el conjunto de creencias y convicciones de cada individuo.

Por otro lado, se refirió al carácter personalísimo, individual e intransferible de la decisión de asumir o no la maternidad. Esto corresponde a la autonomía reproductiva, en relación con la cual, prima

130 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-055 de 2022, párr. 266-271

131 *Ibid*, párr. 134.

facie, el Estado o los individuos están prohibidos de intervenir. En este sentido, la Corte concluyó que “(...) la decisión de asumir o no la maternidad es un asunto íntimo y estrechamente vinculado al sistema de valores personales y de convicciones éticas y religiosas de quien puede gestar y constituye una de las principales expresiones de la naturaleza humana, y tanto quienes deciden hacerlo como quienes no lo hacen ejercen su libertad sexual y reproductiva y en ella ponen en práctica su sistema individual de creencias y valores.”¹³².

Impacto diferenciado del crimen de aborto

Al momento de analizar las tensiones entre la protección de la vida en gestación y las garantías constitucionales alegadas por las demandantes, la Corte Constitucional se refirió a la afectación del derecho a la igualdad por discriminación indirecta y su impacto entre las mujeres más vulnerables. Sobre este punto, el tribunal constitucional subrayó que el legislador prohíbe tanto la discriminación directa como la indirecta (mediante regulaciones que generan un impacto desproporcionado en la garantía de los derechos de algunos grupos específicos), lo cual, en conjunto con el deber de protección, se extiende a casos en los cuales la acción u omisión del Estado se concreta en una discriminación múltiple e interseccional.

La Corte también analizó la información estadística proporcionada, resaltando que el 75% de las condenas por aborto “(...) fueron impuestas a mujeres mayores de edad, en su mayoría en condiciones de vulnerabilidad por su origen rural, su situación de pobreza o su condición de migrantes irregulares”¹³³. De igual modo, las denuncias se concentraron en mujeres dedicadas al trabajo doméstico, que viven en zonas rurales y en un 31,7% eran menores de edad¹³⁴. Con base en estos datos, la Corte concluyó que la población de mujeres es más vulnerable y afectada por la criminalización. Aun así, destacó que condiciones socioeconómicas favorables pueden afectar la impunidad de la conducta, ya que permiten el acceso a servicios médicos de calidad e información calificada sobre métodos abortivos o viajes al exterior.

En tal sentido, estableció que “Por dichos factores interseccionales, la prohibición categórica del aborto consentido, prevista en el contenido normativo objeto de control, afecta de manera particularmente grave y evidente a esta población, cuya penalización, como única medida de política pública, agudiza más su situación de vulnerabilidad.”¹³⁵. La Corte concluyó que mantener el delito de aborto que permite usar el derecho penal como *prima ratio* entre en fuerte tensión con el derecho a la igualdad y no discriminación, ya que “expone a las mujeres a una de las principales causas de muerte materna, esto es, a la práctica de abortos inseguros, que pueden lesionar su integridad personal, salud

132 *Ibíd*, párr. 195.

133 *Ibíd*, párr. 350.

134 *Ibíd*, párrs 350-352.

135 *Ibíd*, párr. 367.

y vida y que afectan de una manera más evidentemente desproporcionada a aquellas en situación de vulnerabilidad socioeconómica”¹³⁶.

El análisis hecho por el tribunal colombiano tiene un gran valor agregado para el caso de Ecuador, ya que como se demostró anteriormente, las cifras aportadas por las demandantes también demuestran que la criminalización se ha concentrado en las mujeres más vulnerables de ciertos ingresos y zonas del país.

La criminalización como última ratio

Al momento de analizar las tensiones entre la protección de la vida en gestación y las garantías constitucionales traídas por las demandantes, la Corte Constitucional también analizó los principios constitucionales sobre la finalidad preventiva de la pena y el carácter de última ratio del derecho penal.

Sobre este punto, la Corte comenzó estableciendo que la competencia legislativa para tipificar qué conductas constituyen delitos y cuáles deben ser las penas aplicables encuentra limitaciones formales y materiales de carácter constitucional. Los límites materiales se relacionan con el concepto de *última ratio* que supone considerar otros controles menos gravosos, que sean igualmente idóneos y menos restrictivos a la libertad que la política criminal. En otras palabras, la libertad de configuración del legislador en el área del aborto y, específicamente, en relación con el componente penal de las políticas públicas en esta área, no es ilimitada. La Corte Colombiana señaló que la competencia legislativa para tipificar delitos debe ser proporcional y razonable y encuentra límites formales y materiales de tipo constitucional. Estos límites se relacionan con el principio y el derecho de dignidad humana y se traducen en fines específicos de la pena que incluyen la prevención, redistribución, prevención, reinserción social y protección¹³⁷. Además, se destacó que el artículo 122 del Código Penal colombiano no solo sanciona penalmente el aborto, sino que también lo hace con pena privativa de libertad. Esta circunstancia agrava aún más la condición personal de la niña, mujer o persona con capacidad de gestar que toma la decisión de interrumpir voluntariamente su embarazo.

Por otro lado, la Corte analizó la idoneidad o efectividad del tipo penal de aborto. Concluyó que no está claro que la criminalización del aborto mediante consentimiento sea efectiva para la protección de la vida en gestación y, por lo tanto, cumpla su finalidad preventiva. Para ello, se basó en los datos estadísticos Salud que permiten concluir que la criminalización no permite una protección efectiva de la vida en gestación ni impide la ejecución de la conducta. Por el contrario, los datos revelan que la criminalización del aborto genera un efecto altamente nocivo a los derechos a la salud, derechos

136 *Ibíd*, párr. 369.

137 *Ibíd*, párrs 414-415.

reproductivos, igualdad y libertad de conciencia de las mujeres, conforme especificó el tribunal en la sentencia¹³⁸. En este sentido, el informe final de la Comisión Asesora de Política Criminal concluyó que los datos comparativos muestran que leyes altamente restrictivas contra el aborto no están asociadas a bajos índices de abortos, sino, al contrario, hacen que se realicen en condiciones precarias de clandestinidad¹³⁹.

Con base en estas consideraciones, el tribunal colombiano concluyó que la tipificación del delito de aborto consentido entra en fuerte tensión con el carácter de última ratio del derecho penal por cuatro razones: **i)** La falla del legislador en regular de forma positiva y abarcativa el complejo problema social de relevancia constitucional que el aborto consensual acarrea, y no solo a través del recurso al derecho penal; **ii)** La omisión sistemática del legislador en regular las tres causas establecidas por la Resolución C-355 de 2006; **iii)** Dos circunstancias requieren una regulación abarcativa de esta materia por parte del legislador: la dignidad humana de la mujer como criterio material que explica el carácter de última ratio del derecho penal; y que la tipificación se basa en un criterio sospechoso de discriminación: el género; y **iv)** La existencia de mecanismos alternativos menos perjudiciales para garantizar la protección gradual e incremental de la vida en gestación¹⁴⁰.

En relación con este último punto, el tribunal colombiano se enfatizó que existen mecanismos menos lesivos que el derecho penal para garantizar la protección de la vida gradual en gestación. Se destaca las medidas de educación sexual, alternativas de asistencia social y psicosocial, medidas de prevención del embarazo no deseado, la anticoncepción, la protección de la maternidad sin riesgos, entre otras medidas tendientes a proteger el mismo bien jurídico con menos incidencia en los derechos fundamentales de un grupo en específico¹⁴¹.

La sentencia también tuvo en cuenta la tendencia legislativa y jurisprudencial comparada, resaltando la reducción en el uso del derecho penal y usando para su estudio la Ley 27.610 de Argentina y la reciente sentencia de la Suprema Corte de México¹⁴². La Corte concluyó afirmando que “(..)el diseño de políticas públicas y la regulación, tanto a nivel legal como de reglamentos administrativos y sanitarios –con un enfoque interseccional, en el sentido de que beneficie especialmente a quienes están expuestas a más de un factor de vulnerabilidad–, son medidas idóneas para proteger la vida en gestación y menos lesivas para los derechos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes”¹⁴³.

El "óptimo constitucional": la despenalización del aborto hasta la semana 24

138 *Ibíd*, párr. 353.

139 *Ibíd*, párrs 434-437.

140 *Ibíd*, párrs 444-574.

141 *Ibíd*.

142 *Ibíd*, párr. 558

143 *Ibíd*, párr. 574.

Con base en el análisis expuesto en las secciones anteriores, el tribunal resolvió la tensión constitucional entre la protección de la vida en gestación y los valores y principios constitucionales examinados. Observó que mantener la pena en su forma actual sin que tal medida forme parte de una política integral constituye una barrera estructural al acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en los tres fundamentos legales. Además, destacó que la criminalización no contempla ningún tipo de ponderación al resolver la tensión entre el deber de protección gradual e incremental de la vida en gestación y los derechos a la salud reproductiva, igualdad y libertad de conciencia de las gestantes. Esto supone conceder una preferencia tácita al fin que se pretende alcanzar (la protección de la vida en gestación, sin evaluar las mencionadas afectaciones)¹⁴⁴.

Por lo tanto, la Corte concluyó sobre la necesidad de alcanzar una fórmula intermedia que dé relevancia a cada una de las garantías en tensión, de forma que, en vez de restar la protección constitucional, se logre la mayor realización posible de todos los valores en tensión. Es decir, un "óptimo constitucional" se obtiene cuando, en lugar de sacrificar completamente uno de los extremos en tensión, se busca una fórmula intermedia para mantenerlos.

La referida fórmula o "óptimo constitucional" se compone de tres elementos: **i)** los tres fundamentos establecidos en la Sentencia C-355 de 2006; **ii)** el concepto de "autonomía" – momento en que se rompe la dependencia entre la vida en formación y la persona gestante, lo que justificaría su protección reforzada por el derecho penal; y **iii)** la formulación e implementación de una política pública integral que evite amplias márgenes de desprotección de la dignidad y de los derechos de las gestantes. Es decir, las tres causales ya existentes son complementadas por un sistema de plazos y una regulación de orden público.

En cuanto al régimen de plazos, la Corte indicó que, a diferencia del proceso legislativo, que se basa en razones de conveniencia u oportunidad, la elección del juez constitucional es más restrictiva, pues debe estar amparada en razones legales. Por lo tanto, para resolver una tensión de derechos, se debe recurrir a conceptos normativos. En el presente caso se refirieron a dos conceptos de relevancia constitucional.

El primero es el de la existencia de la vida, que está asociado al momento en que ella comienza. El segundo es el concepto de autonomía, es decir, cuando se cree que hay una mayor probabilidad de vida autónoma extrauterina (cerca del 50%), lo que ha sido evidenciado con mayor certeza a partir de la 24ª semana de gestación, etapa más avanzada del desarrollo embrionario.

144 *Ibíd*, párr. 592-595.

Este concepto, para la Corte, es el que permite un “óptimo constitucional” para resolver la tensión, pues es el que corresponde a la idea de protección gradual e incremental de la vida en gestación.

Con base en esta ponderación, la Corte Constitucional colombiana resolvió la demanda declarando que el tipo penal de aborto con consentimiento solo es punible cuando se realice después de la 24^a semana de gestación, límite temporal que no es aplicable a las causales ya existentes. En este sentido, el tribunal constitucional exhorta al Congreso de la República y al Gobierno Nacional a formular e implementar una política pública integral y establecer una serie de mínimos que esta política debe contemplar.

4. Petición

Con todo lo anterior, desde el Centro para la Salud y los Derechos Humanos del Instituto O’Neill le pedimos a la Corte Constitucional de Ecuador considerar los argumentos expuestos en este escrito para el estudio constitucional de la demanda de la referencia.

Cordialmente,



Oscar A. Cabrera

Abogado y Co-Director
Centro para la Salud y los
Derechos Humanos del
Instituto O’Neill para el
Derecho y la Salud Nacional y
Global

Profesor Visitante,
Universidad de Georgetown
cabrera@law.georgetown.edu



Silvia Serrano Guzmán

Abogada y Co-Directora
Centro para la Salud y los
Derechos Humanos del
Instituto O’Neill para el
Derecho y la Salud Nacional y
Global

Profesora Adjunta,
Universidad de Georgetown
sjs357@georgetown.edu



Natalia Acevedo Guerrero

Abogada, Consultora Senior
Centro para la Salud y los
Derechos Humanos del
Instituto O’Neill para el
Derecho y la Salud Nacional y
Global

n859@georgetown.edu