

JUSTA LIBERTAD

POR LA ELIMINACIÓN DEL
DELITO DE ABORTO

Acción de inconstitucionalidad del artículo
149 del Código Orgánico Integral Penal

Ecuador, 19 de marzo de 2024



Presentado por:

AF AMAZON
FRONTLINES

Allianza por los
DERECHOS
HUMANOS
ECUADOR

Lunita Lunera
Fundación

SENDAS
Justicia, equidad
e inclusión

Las Cuestres

CEPAM
GUAYAQUIL

BOLENA

SUR
KUNA

COMPARECIENTES	4
DESIGNACIÓN DE LA AUTORIDAD ANTE QUIEN SE PROPONE. -.....	4
DESIGNACIÓN DE LAS AUTORIDADES DEMANDADAS. -.....	4
DISPOSICIONES NORMATIVAS DEMANDADAS. -	5
NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS-	5
SÍNTESIS DE LA DEMANDA. -.....	6
FUNDAMENTACIÓN DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD. -	9
Inconstitucionalidad de la norma demandada por violación de los principios constitucionales sobre Derecho Penal. -.....	9
Estándares aplicables sobre los principios de mínima intervención penal y finalidad de la pena.....	9
Estándares relativos a la necesidad de eliminar el delito de aborto. -	13
a) fin constitucionalmente válido. -.....	21
b) idoneidad. -.....	21
c) Necesidad.-.....	24
d) Proporcionalidad.....	27
a) La prohibición del aborto vulnera el derecho a igualdad ante la ley y no discriminación en su dimensión negativa porque impone diferencias de trato no justificadas hacia las mujeres y personas gestantes y constituyen una forma de violencia basada en género.....	40
b) La tipificación imponiendo de facto mandatos basados en estereotipos de género.	42
c) Aunado a lo anterior, la diferencia de trato impuesta por la norma demandada constituye una forma de violencia basada en género y, consecuentemente, es una forma de discriminación prohibida por el derecho internacional de derechos humanos que el Ecuador está obligado a erradicarla.....	43
d) La penalización del aborto vulnera el derecho a la igualdad formal de mujeres, niñas y personas gestantes porque implica la subordinación jurídica de la mujer y está basada en estereotipos de género	44
Vulneraciones al derecho a la igualdad sustantiva sin discriminación	49
Las mujeres y personas gestantes en el Ecuador se encuentran en una situación de discriminación estructural.....	50
La penalización del aborto vulnera el derecho a la igualdad sustantiva al propiciar el	

uso de estereotipos de género para criminalizar	54
La penalización del aborto vulnera la igualdad sustantiva al imponer prácticas coercitivas como la maternidad y el embarazo forzados; o la obligación de recurrir a abortos inseguros.....	55
Con la penalización del aborto el Estado ecuatoriano no garantiza condiciones de igualdad real o sustantiva frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.....	57
Test de igualdad.....	58
Vulneraciones al derecho a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad, al ejercicio de libertad reproductiva en relación con el derecho a la dignidad	61
Estándares aplicables en materia de dignidad en relación con el libre desarrollo de la personalidad.....	62
Estándares aplicables al libre desarrollo de la personalidad o autonomía personal .	64
Estándares sobre autonomía reproductiva en relación con vida privada y dignidad	68
La penalización del aborto vulnera el derecho a la libertad y autonomía reproductiva en relación con la dignidad porque somete de forma obligatoria a las transformaciones físicas, psicológicas y sociales que ocurren durante el embarazo	69
La penalización del aborto vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía reproductiva	75
Vulneraciones al derecho fundamental a la salud, incluyendo la salud sexual y salud reproductiva.....	78
Obligaciones estatales inmediatas y progresivas sobre el derecho a la salud.....	80
Obligaciones estatales sobre el derecho a la salud sexual y salud reproductiva	84
Análisis en el caso concreto: la penalización del aborto vulnera el derecho a la salud sexual y reproductiva y las obligaciones estatales de respeto, protección y garantía	90
a) La norma demandada vulnera la obligación de respetar y proteger el derecho a la salud reproductiva .-.....	91
b) La ley que penaliza el aborto fomenta los abortos inseguros, mortalidad materna y violencia institucional.....	92
c) La ley que penaliza el aborto vulnera la obligación de prevenir y proteger el derecho a la salud reproductiva porque fomenta riesgos para la vida y la integridad personal de las mujeres, niñas y personas gestantes embarazadas.-	94
d) La penalización del aborto vulnera la obligación de respetar y proteger porque	

obstaculiza la prestación adecuada de este servicio esencial de salud, incluso en las causales previstas por la ley.....	96
La penalización del aborto fomenta el desconocimiento imperante entre el personal de salud y las personas operadoras de justicia sobre las causales de aborto legal	98
La penalización del aborto fomenta una visión restringida sobre la salud que es comprendida únicamente en términos biofísicos, y no de manera integral, como reconoce la Constitución y los estándares internacionales.....	99
El sistema de causales fomenta la generación de normas restrictivas, interpretaciones restringidas e inadecuadas de las causales y otorga al personal sanitario un poder desproporcionado para decidir qué casos y en qué circunstancias se puede acceder al aborto.....	100
La penalización del aborto genera un contexto propicio para la criminalización ..	103
La norma demandada vulnera la obligación de cumplir con el derecho a la salud sexual y salud reproductiva en sus niveles mínimos o esenciales	108
La penalización del aborto no garantiza la disponibilidad del acceso a una atención médica oportuna y apropiada en salud reproductiva.....	109
La penalización del aborto no permite garantizar la accesibilidad del derecho a la salud sin discriminación	123
La penalización del aborto no garantiza la aceptabilidad en el acceso al derecho a la salud.....	131
La penalización del aborto no garantiza la calidad de la atención en salud	132

Vulneraciones a los derechos a la protección de datos personales, a la confidencialidad de la información en salud y el deber de secreto profesional y a la vida privada e intimidad personal133

Estándares aplicables sobre protección de datos de carácter personal.	134
Estándares aplicables sobre el derecho a la intimidad y a la vida privada.....	135
Estándares aplicables sobre confidencialidad de la información de salud y el secreto profesional.....	137
Análisis del caso: la norma demandada vulnera el derecho a la protección de datos personales, la confidencialidad en salud y el secreto profesional y la vida privada e intimidad personal.....	139
a) La penalización parcial del aborto vulnera el derecho a la protección de datos de carácter personal en relación con el derecho a la intimidad y a la vida privada.	139
b) Las denuncias sobre aborto realizadas desde los sistemas de salud vulneran el	

derecho a la protección de datos de carácter personal porque difunden información personal sin autorización y sin que exista mandato legal al respecto. -.....	140
c) La revelación de esta información genera daños subjetivos y objetivos a la persona titular de la misma	144
d) La revelación de esta información constituye una injerencia arbitraria sobre su vida privada por lo que vulnera su derecho a la intimidad.....	145
f) La penalización del aborto vulnera la confidencialidad de la información en salud y su correlativa obligación de secreto profesional	150
Vulneraciones al derecho a la libertad de conciencia en relación con el principio de Estado laico y el derecho al libre desarrollo de la personalidad	156
Estándares sobre el principio de Estado laico	156
Estándares sobre el derecho a la libertad de conciencia.....	158
Análisis del caso concreto: la penalización del aborto vulnera el derecho a la libertad de conciencia en relación con el principio de laicidad del Estado.....	160
La tipificación penal del aborto contiene elementos religiosos que vulneran el principio de laicidad del Estado y la libertad de conciencia de las personas que quieren abortar.....	161
a) Consideraciones sobre la tipificación penal del aborto en los distintos Códigos Penales ecuatorianos hasta su tipificación actual en el COIP.....	163
Vulneraciones a la libertad de conciencia y autonomía personal en relación con el principio de laicidad del Estado	165
La penalización del aborto es inconstitucional porque configura escenarios de coerción que vulneran el derecho a la libertad de conciencia.....	168
La penalización del aborto vulnera los derechos a las garantías judiciales y tutela judicial efectiva.....	171
Estándares aplicables sobre protección judicial efectiva	171
Estándares aplicables sobre protección del acceso a la justicia.....	172
La penalización del aborto obstaculiza e impide el acceso a la información pública sobre este servicio, tornando ilusorias sus posibilidades de acceso efectivo a la justicia.....	178
El estigma sobre el aborto obstaculiza el acceso efectivo a la justicia.....	181
La tipificación del artículo 149 del COIP perpetúa estereotipos de género	184
Vulneración del debido y el derecho a la defensa con la tipificación del aborto consentido	186

Vulneración de la garantía de presunción de inocencia.....	187
Vulneración de la garantía de no obtener o actuar pruebas en violación de la constitución y la ley en relación con el artículo 66.11 de la Constitución, los principios penales establecidos en el artículo 5 del COIP.....	195
Falta de juzgamiento por un juez imparcial.....	199
Incumplimiento de obligaciones internacionales por parte del Estado ecuatoriano sobre la regulación del aborto lo que inobserva los principios de constitucionalidad y convencionalidad	201
El bloque de constitucionalidad	201
La obligación constitucional de adecuación normativa	202
Sobre el control de convencionalidad.....	203
CONCLUSIONES GENERALES.....	209
SOLICITUD SALTO DE ORDEN CRONOLÓGICO Y DE TRAMITACIÓN URGENTE	211
El paso del tiempo va a privar a la suspensión provisional del acto impugnado de su efecto útil como cuando la presunta víctima es una niña, niño o adolescente o una persona o grupo en situación de vulnerabilidad.....	211
El caso requiere un tratamiento de urgencia para impedir o interrumpir la ocurrencia de una vulneración a derechos constitucionales que ocasione un daño grave e irreversible.....	213
El asunto por resolver tiene trascendencia nacional.....	214
PRETENSIÓN. -	214
NOTIFICACIONES.-.....	214

SEÑORES JUECES Y SEÑORAS JUEZAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR .-

COMPARECIENTES

Nosotras, **Ana Cristina Vera Sánchez**, con cédula de ciudadanía 171373840-7 domiciliada en la ciudad de Quito por mis propios derechos y como parte del Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos “Surkuna”; **Vivían Idrovo Mora**, con cédula de ciudadanía 171328907-0, domiciliada en la ciudad de Quito, por mis propios derechos y como miembro de la Alianza de Organizaciones por los Derechos Humanos del Ecuador; **Lina María Espinosa Villegas**, con cédula de identidad 172474776-9, domiciliada en la ciudad de Lago Agrio, Sucumbíos, por mis propios derechos y como parte de la organización Amazon Frontlines; **Dayana Lisbeth Zamorano Cuero** con cédula de ciudadanía 085046545-1, domiciliada en Esmeraldas por mis propios derechos y como parte de la Fundación Lunita Lunera; **Lita Martínez Alvarado**, con cédula de ciudadanía 110279806-1, domiciliada en la ciudad de Guayaquil, por mis propios derechos y como integrante del Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer CEPAM-Guayaquil; **Johanna Melyna Romero Larco** con cédula de ciudadanía 010473616-0, por mis propios derechos y como parte de la organización BOLENA; **María Isabel Cordero Pérez** con cédula de ciudadanía 01027817-1, domiciliada en Cuenca, por mis propios y personales derechos y como integrante de Fundación Servicios para un Desarrollo Alternativo del Sur – SENDAS y **Saraí Alejandra Maldonado Baquero**, con cédula de ciudadanía número 172129264-5, domiciliada Quito, por mis propios derechos y como integrante de la Red de acompañamiento en aborto Las Comadres, todas integrantes del Movimiento Justa Libertad; comparecemos ante ustedes e interponemos la presente acción de inconstitucionalidad en contra del delito de aborto tipificado en el artículo 149 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP).

Acción que presentamos al tenor de lo previsto en los artículos 436 numeral 2) y 439 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), en concordancia con los artículos 74, 77 y 113 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) y de conformidad con el artículo 7 inciso segundo, 66 y 67 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (en adelante RSPCCC), en los siguientes términos:

DESIGNACIÓN DE LA AUTORIDAD ANTE QUIEN SE PROPONE. -

De acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 436 de la CRE, el literal c) del artículo 75 y el artículo 113 de la LOGJCC, el órgano competente para conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad contra actos normativos de carácter general

emitidos por órganos y autoridades del Estado es la Corte Constitucional del Ecuador.

DESIGNACIÓN DE LAS AUTORIDADES DEMANDADAS.-

De acuerdo con el artículo 79 numeral 3, las autoridades demandadas son las siguientes:

1. La Asamblea Nacional del Ecuador, en su calidad de órgano legislativo. Por ello, se le correrá traslado con el contenido de esta demanda, conforme ordena el literal c) del numeral 2 del artículo 80 de la LOGJCC, a través de su presidente Henry Fabián Kronfle Kozhaya, en su calidad de representante legal, judicial y extrajudicial de la Asamblea Nacional, conforme lo dispone el numeral 1) del artículo 12 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a quien se le citará en su despacho ubicado en el edificio de la Asamblea Nacional, situado en calle Piedrahita entre las avenidas Gran Colombia y 6 de Diciembre de esta ciudad de Quito.
2. El Presidente de la República, en su calidad de colegislador. Por ello, se correrá traslado con el contenido de la presente demanda al señor Daniel Noboa Azín, conforme ordena el literal c) del numeral 2 del artículo 80 de la LOGJCC, a quien se lo citará en su despacho ubicado en el Palacio de Gobierno, en las calles García Moreno, entre Chile y Espejo, de esta ciudad de Quito.
3. Asimismo, se correrá traslado con el contenido de esta demanda al Procurador General del Estado, Juan Carlos Larrea Valencia, en el despacho de la Procuraduría General del Estado, ubicado en la Av. Amazonas N39-123 y José Arizaga de esta ciudad de Quito.

DISPOSICIONES NORMATIVAS DEMANDADAS. -

Esta demanda de inconstitucionalidad de acto normativo impugna el artículo 149 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) que tipifica el aborto consentido en los siguientes términos:

“Art. 149.- Aborto consentido. La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años”¹.

El enfoque punitivo del aborto previsto en la normativa impugnada es inconstitucional ya que inobserva varios principios constitucionales, así como sendos derechos humanos de las niñas, adolescentes, mujeres y personas gestantes, los cuales están reconocidos y garantizados tanto en la CRE como en tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que son vinculantes y de obligatorio e inmediato cumplimiento para el Estado ecuatoriano.

Por lo que, solicitamos a su autoridad declare la inconstitucionalidad del artículo 149 del COIP y como consecuencia lo expulse del ordenamiento jurídico ecuatoriano, eliminado así el delito de aborto consentido del COIP.

¹ Código Orgánico Integral Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 180 del 10 de febrero de 2014.

NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS-

Al penalizar el aborto se vulneran los principios constitucionales de mínima intervención penal contenido en el artículo 195, principio de proporcionalidad desarrollado en el numeral 6) del artículo 76, principio de laicidad del Estado ecuatoriano establecido en el artículo 1 y principio de igualdad y no discriminación contemplado en el artículo 11 numeral 2.

Asimismo, se vulnera la dignidad humana consagrada en el preambulo de la CRE como valor fundante y transversal de la sociedad en relación con el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los siguientes derechos constitucionales de las niñas, adolescentes, mujeres y personas gestantes (en adelante mujeres y personas gestantes): el derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 66 numeral 4); el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el numeral 5) del artículo 66; el derecho a la salud incluida la salud sexual y salud reproductiva contenido en el artículo 32; el derecho a la protección de datos personales contenido en el artículo 66 numerales 11 y 19 en relación con el derecho a la intimidad y privacidad establecidos en el artículo 66 numeral 20 de la CRE; el derecho a la libertad de pensamiento establecido en el artículo 66 numeral 6; el derecho a la confidencialidad en salud establecido en el artículo 362 y la obligación de secreto profesional que es correlativa al mismo; el derecho a la tutela judicial efectiva contenida en el artículo 75 y 76 de la CRE; y el derecho al debido proceso contenido en el numeral 1), 2), 4 y 7) del artículo 76 de la CRE.

Además, vulnera las siguientes normas constitucionales artículo 84, numeral 7) del artículo 11, artículo 417 y 426 de la CRE.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA.-

A través de esta demanda evidenciaremos las violaciones constitucionales y convencionales que genera la penalización del aborto consentido, el carácter anacrónico de esta norma y las afectaciones desproporcionadas que provoca sobre los derechos humanos de las niñas, adolescentes, mujeres y personas gestantes (**En adelante mujeres y personas gestantes**)², reconocidos y garantizados en la Constitución, tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Para ello, las demandantes desarrollaremos ocho cargos de inconstitucionalidad, los mismos que detallamos a continuación:

El primer cargo se refiere a la violación de los principios constitucionales esenciales que deben regir el derecho penal, es decir, los principios de mínima intervención penal, finalidad de la pena y proporcionalidad del delito, y a la violación de los estándares internacionales relativos a la necesidad de eliminar el delito de aborto del Código Orgánico Integral Penal. A la luz de lo anterior, aplicaremos el test de proporcionalidad para demostrar que la norma demandada no resulta idónea, eficaz, necesaria, ni proporcional para proteger el fin constitucional que busca. Aportamos estudios que demuestran que, lejos de prevenir los abortos, la penalización fomenta abortos en condiciones de inseguridad que ponen en riesgo la salud, vida e integridad personal de las mujeres y personas gestantes. Aumenta los índices

² Usamos el termino personas gestantes para referirnos a personas no binaries, personas trans-masculinas y personas de género fluido, cuyas corporalidades con predisposición biológicamente de sexo femenino no son compatibles con su identidad de género, y por tanto no se reconocen en la categoría mujer. Durante la demanda usaremos este término con el objetivo de visibilizar de forma adecuada la identidad de las personas de las diversidades sexogenérica.

de mortalidad y morbilidad materna, lo que lo convierte en un grave problema de salud pública en el Ecuador. Demostramos también cómo la existencia del delito de aborto genera un grave problema de justicia social, pues las mujeres y personas gestantes más afectadas por esta norma son aquellas que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y desprotección. Asimismo, se argumentará que existen otros medios menos restrictivos para regular el acceso al aborto como normativas en materia de salud, administrativas o sanitarias que regulen la prestación del servicio o políticas públicas en derechos sexuales y derechos reproductivos.

También se argumentará que penalizar el aborto desconoce recomendaciones de organismos internacionales en materia de derechos humanos que han recomendado una regulación más amplia del aborto que la prevista en los sistemas de causales. Como, por ejemplo, las expedidas por la Organización Mundial de la Salud entidad que ha manifestado estar en contra de los sistemas de causales ya que limitan el acceso al aborto.

El segundo cargo se refiere a la vulneración del principio y el derecho a la igualdad formal, sustantiva y de no discriminación, así como la obligación estatal de abstenerse de ejercer cualquier forma de violencia en contra de la mujer. En este acápite, demostraremos que la penalización del aborto constituye una forma de discriminación directa que afecta a la igualdad formal en su dimensión negativa, porque impone diferencias de trato injustificadas que constituyen una forma de violencia basada en género y porque está basada en estereotipos de género que replican la subordinación jurídica de las mujeres. Asimismo, demostraremos que constituye una forma de discriminación indirecta que vulnera el derecho a la igualdad sustantiva en su dimensión negativa porque, más allá de la formulación legal, en la práctica, la norma demandada reproduce y perpetua situaciones de discriminación estructural e impone de manera coercitiva la maternidad y el embarazo forzado. Aunado a lo anterior, sostendremos que la penalización del aborto vulnera el derecho a la igualdad en su dimensión positiva porque, al mantener vigente la norma, el Estado no cumple con su obligación de crear condiciones de igualdad real o sustantiva frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.

La demanda contiene evidencia contundente para demostrar a esta Corte que la existencia del delito de aborto es la principal barrera para que las mujeres y personas gestantes, sobre todo aquellas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, accedan a un aborto incluso estando dentro de las causales autorizadas. Así, se genera un contexto propicio para su criminalización. Finalmente, para reforzar este cargo aplicaremos el test de igualdad sobre la norma demandada para demostrar su inconstitucionalidad.

El tercer cargo estudia la vulneración a la autonomía personal y la autonomía reproductiva, que forman parte del derecho a la vida privada, y la dignidad humana de las mujeres y personas gestantes. Demostraremos que la norma demandada obliga a las mujeres y personas gestantes a experimentar las transformaciones físicas y psicológicas que ocurren durante el embarazo, con los impactos que esto tiene sobre sus proyectos de vida. Lo que da cuenta de las injerencias arbitrarias estatales vía penalización del aborto en los proyectos de vida de las mujeres y personas gestantes y resulta en una forma de coerción moral que impone una única visión ética y moral sobre la reproducción y la sexualidad limitando la capacidad de las personas para tomar decisiones de acuerdo con sus propias creencias y valores.

En el cuarto cargo nos referimos a las vulneraciones al derecho a la salud y a la salud sexual y salud reproductiva (en adelante, SSySR) de las mujeres y personas gestantes que se encuentran dentro de las causales actualmente permitidas como las que quedan por fuera. A

la luz de las obligaciones inmediatas generales y específicas de respeto, protección, cumplimiento y adecuación de la normativa interna, demostraremos que el Estado ecuatoriano incumple su deber de respeto. Asimismo, argumentamos que la norma demandada vulnera la obligación de proteger porque expone a las mujeres y personas gestantes a abortos inseguros y a todas las consecuencias físicas y psicológicas que de ello se pueden derivar. Además, impone una serie de barreras formales y materiales que imposibilitan en la práctica el acceso a servicios de SSySR seguros, tanto para las personas que están dentro del sistema de causales como las que no.

Quedará demostrado que la penalización del aborto: i) fomenta el desconocimiento imperante entre el personal médico y las personas operadoras de justicia sobre las causales de aborto legal; ii) fomenta una visión restringida sobre la salud comprendida únicamente en términos biofísicos, y no de manera integral, como reconocen la Constitución y los estándares internacionales en la materia de derechos humanos; iii) fomenta interpretaciones restringidas e inadecuadas de las causales y otorga al personal médico un poder desproporcionado para decidir sobre las circunstancias en las que se puede acceder a un aborto; y, iv) genera un contexto propicio para la criminalización generalizada tanto de mujeres y personas gestantes, como del personal médico que las atiende. Finalmente, demostramos que el Estado inobserva varias obligaciones por las siguientes consideraciones: i) al mantener la vigencia de la ley que penaliza el aborto; ii) al no adoptar medidas para prevenir los abortos en condiciones de riesgo y no velar por el acceso a educación e información integrales sobre la salud sexual y salud reproductiva que no sean discriminatorias; iii) al no garantizar el acceso mínimo esencial a este servicio de salud reproductiva bajo los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Adicionalmente, en este acápite nos referiremos expresamente al uso distorsionado que el personal médico realiza de la objeción de conciencia para negar, dilatar o limitar el acceso al aborto.

El quinto cargo desarrolla las vulneraciones a los derechos a la protección de datos personales, a la confidencialidad de la información en salud y al deber de secreto profesional en relación con el derecho a la vida privada e intimidad personal. Demostraremos que la penalización del aborto tiene un impacto directo sobre estos derechos debido a que genera ambigüedad sobre el manejo de datos personales y las obligaciones del personal de salud causando que existan denuncias desde el sistema de salud a mujeres y personas gestantes por aborto, demostraremos que la información personal en salud reproductiva es altamente sensible y confidencial, de manera que al divulgarla sin autorización expresa o mandato legal legítimo se generan graves daños objetivos y subjetivos sobre las mujeres y personas gestantes constituyendo una injerencia arbitraria que vulnera su derecho a la intimidad y a la vida privada.

El sexto cargo se refiere a la violación del derecho a la libertad de conciencia en relación con el principio de laicidad del Estado. Sobre la base de un análisis histórico de las constituciones ecuatorianas de la tipificación penal del aborto en los códigos penales de Ecuador y de los debates legislativos actuales sobre el aborto en el país, demostraremos que este tipo penal supone la aplicación normativa de vestigios de creencias morales y religiosas basadas en estereotipos y roles de género que vulneran e impactan de manera desproporcionada los derechos de las mujeres y personas gestantes. A pesar de que Ecuador es un Estado laico, al penalizar el aborto se configuran escenarios de coerción que obligan a las mujeres y personas gestantes a actuar conforme a consideraciones que no coinciden con su propia conciencia; lo que resulta en la imposición de normas, valores o principios morales particulares, ligados a una religión o religiones determinadas en detrimento de la protección de la libertad de

conciencia y acción. En suma, debe ser la propia mujer o persona gestante quien, de acuerdo con sus propias convicciones religiosas, morales, éticas o espirituales y de conciencia, debe poder tomar la decisión sobre la continuación o interrupción de un embarazo.

El séptimo cargo, analiza como la penalización del aborto impone barreras que obstaculizan el acceso al derecho a la tutela judicial efectiva y acceso a la justicia. En este cargo se abordarán las obligaciones estatales frente a este derecho y la relevancia del derecho al debido proceso y el derecho a la defensa para su efectividad. Así también se estudiará como la penalización del aborto perpetúa estereotipos de género que garantizan el sostenimiento de discriminación estructural en contra de las mujeres y personas gestantes producto de lo cual se vulneran la garantía de presunción de inocencia, la garantía de no obtener, ni actuar pruebas inconstitucionales e ilegales, y la garantía de ser juzgada por un juez imparcial.

El octavo cargo, se refiere a la obligación inexcusable de todas las autoridades competentes de realizar un control de convencionalidad respecto de las leyes y prácticas estatales a nivel interno. El objetivo de este control es verificar su adecuación con los tratados internacionales de los que Ecuador es signatario y velar porque el efecto útil de estos no se vea mermado por la aplicación de normas contrarias. A la luz de lo anterior, demostraremos que la norma demandada resulta inconstitucional y atenta contra obligaciones convencionales expresas y por ende corresponde expulsarla del ordenamiento jurídico interno.

A continuación, desarrollaremos cada uno de estos cargos en el mismo orden propuesto con anterioridad.

FUNDAMENTACIÓN DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD. -

Inconstitucionalidad de la norma demandada por violación de los principios constitucionales sobre Derecho Penal.-

El Ecuador a partir de la Constitución de 2008 (CRE) se enmarca en un modelo garantista donde prima el respeto y garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos³ y de aquellos necesarios para garantizar la dignidad humana y colectiva. Esto implica que toda ley o normativa debe garantizar el respeto de estos derechos.

En la sentencia 34-19-IN y acumulados, la CCE estableció que " la libertad legislativa no es absoluta" y que debe ejercitarse "dentro del marco de los principios y valores consagrados en la CRE y en respeto a los derechos constitucionales de las personas". En esta misma sentencia se establece que "el poder punitivo del Estado debe respetar los derechos de las personas garantizando su ejercicio". Así, el *ius puniendi* únicamente será compatible con la Constitución cuando se realice una utilización del mismo "medida, justa y ponderada" que respete los principios de "proporcionalidad y racionalidad de la ley"⁴.

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador está facultada para examinar la compatibilidad de la ley penal con los valores, principios y derechos previstos en la Constitución⁵, con el objetivo de garantizar que la libertad de configuración legislativa en

³ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11 numeral 3.

⁴ CCE. Sentencia 34-19-IN y acumulados

⁵ CCE. Sentencia 61-18-IN/23 de 20 de diciembre de 2023

materia punitiva no exceda sus potestades, no transgreda el marco constitucional, ni transgreda o restrinja los derechos, garantías constitucionales y la dignidad humana.⁶

Para esto la Corte establece que es fundamental que la normativa en materia penal guarde un criterio de proporcionalidad garantizando que la misma se enmarque en el principio de mínima intervención y que se realizó una ponderación adecuada entre los derechos contenidos en la Constitución y aquellos que se pretende proteger con la tipificación de una conducta.⁷

A la luz de estos estándares, la penalización del aborto consentido, para ser constitucional, debe enmarcarse en los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución y garantizar los derechos, garantías constitucionales y la dignidad humana, lo que no ocurre en el caso de este delito.

Estándares aplicables sobre los principios de mínima intervención penal y finalidad de la pena.

El principio de mínima intervención penal⁸, constituye un pilar de nuestro modelo constitucional de Estado de derechos y justicia, y de los principios que deben regir el derecho penal. La Constitución reconoce este principio en el artículo 195 de la CRE que dispone:

Artículo 195: la Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y **mínima intervención penal**, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas (...). (Énfasis añadido)

De forma concordante con esto, la CCE en su sentencia 61-18-IN/23 ha establecido que “al configurar las normas en el ámbito penal, corresponde al legislador aplicar los criterios de proporcionalidad y racionalidad dado que estos permiten evaluar si la ley penal guarda armonía con la protección y garantía de los derechos constitucionales”⁹.

Igualmente, la misma Corte Constitucional ha reconocido el principio de mínima intervención penal como fundamental para poder establecer qué conductas son penalmente relevantes. En ese sentido, ha precisado que este principio tiene dos consecuencias la primera define el ámbito de acción del derecho penal estableciendo que para que su uso sea legítimo se debe verificar la inexistencia de otras vías idóneas y efectivas para tutelar el bien jurídico; y, por otro lado, que el mismo sea proporcional, es decir que las medidas que se empleen para limitar derechos o restringir la libertad sean idóneas, necesarias y proporcionales.

[...] el derecho penal se debe guiar por el principio de mínima intervención penal que determina que el Estado no debe sancionar penalmente todas las conductas que puedan ser consideradas antisociales, sino únicamente en aquellos casos donde existe un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o los individuos transgrediendo las condiciones mínimas de sobrevivencia de la sociedad. De modo que la coerción estatal penal no puede ser

⁶ CCE Sentencia 67-23-IN/24, 05 de febrero de 2024.

⁷ CCE Sentencia 34-19-IN y acumulados, 28 de abril del 2021

⁸ CCE. Sentencia 34-19-IN y acumulados.

⁹ CCE. Sentencia 61-18-IN/23

vista como la solución para toda situación, pues por su afectación a la libertad el derecho penal es de última ratio. (Énfasis añadido)¹⁰

(...) **la intervención del Estado por medio de su poder punitivo** no es la única medida que puede ser utilizada para la protección de derechos constitucionales; y, sobre todo, **debe ser una medida excepcional, escogida solamente si se demuestra su estricta necesidad respecto de otras medidas que logren el objetivo constitucional propuesto (...)**¹¹. (Énfasis añadido)

De forma general, el **principio de mínima intervención penal engendra dos consecuencias:** (i) la primera, referente al **ámbito de acción del Derecho Penal**, y (ii) la segunda, concerniente a **la proporcionalidad de las medidas punitivas**. En lo que respecta al ámbito de acción del Derecho Penal, **el principio de mínima intervención establece que las instituciones del sistema penal, solamente podrán activarse luego de verificarse que no existen otras ramas del Derecho y otras vías procesales más o igual de idóneas y eficientes que las del Derecho Penal para tutelar el bien jurídico lesionado**. Por su parte, en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas punitivas, **el principio de mínima intervención penal, manda que todas las medidas que tengan como efecto restringir la libertad de las personas procesadas o sentenciadas, o limitar otro tipo de derechos humanos, sean idóneas, necesarias y proporcionales**. (Énfasis añadido).¹²

Los límites del uso poder punitivo del Estado son necesarios para garantizar la democracia, los derechos y el adecuado funcionamiento de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.¹³

Por su parte, el numeral 2 de la exposición de motivos del COIP relativo al “imperativo constitucional”, señala que “[...] es indispensable determinar la correspondencia constitucional de los bienes jurídicos protegidos y las garantías de quienes se someten a un proceso penal en calidad de víctimas o procesados para que estén adecuadamente regulados y protegidos.”¹⁴

El artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal define el principio de mínima intervención penal en los siguientes términos:

La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea **estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales**. (énfasis añadido).

Existe un amplio consenso jurídico y doctrinario sobre este principio como límite al poder punitivo del Estado¹⁵, y como uno de los núcleos duros de los principios del derecho penal en sociedades democráticas.

¹⁰ CCE. Sentencia No. 34-19-IN y acumulados de 28 de abril de 2021. Párr. 149.

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-18-SIN-CC, 27 de febrero de 2018

¹² CCE. Sentencia No. 2706-16-EP/21 29 de septiembre de 2021 párr. 23

¹³ CCE. Sentencia No. 2706-16-EP/21 29 de septiembre de 2021 párr. 22

¹⁴ Código Orgánico Integral Penal (COIP), Suplemento del Registro Oficial 180, 10 de febrero 2014 exposición de motivos, numeral 2 “Imperativo Constitucional”.

¹⁵ La discusión sobre el principio parte desde los albores del Derecho Penal, autores como Beccaria o Carrara defendieron el derecho a castigar del Estado cuando la violencia resulte necesaria para mantener el orden siempre

Al respecto, Muñoz Conde ha indicado que “el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima”¹⁶. En el mismo sentido, autores nacionales como García Falconí señalan que el Derecho Penal es de *ultima ratio* por lo que “(...) cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea muy importante, o **cuando el conflicto pueda ser solucionado con medidas menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquellas las aplicables (...)**”¹⁷. (énfasis añadido)

En el mismo sentido, Roxin ha señalado que el derecho penal debe servir para proteger bienes jurídicos establecidos en las constituciones y la ley, enfatizando que ni las conminaciones penales arbitrarias, ni las finalidades puramente ideológicas, ni las simples inmoralidades protegen o lesionan bienes jurídicos. De acuerdo con sus planteamientos las conminaciones penales arbitrarias no se fundamentan en derecho, sino que constituyen una permisón del atropello que inclusive eventualmente puede constituir un ataque directo a la dignidad humana. Para ejemplificar este tipo de medidas Roxin cita las leyes que obligaban a judíos a portar insignias bajo diferentes castigos corporales o pecuniarios en la Alemania Nazi; las finalidades puramente ideológicas imponen como objetivos la protección de determinados grupos que tienen a su cargo la criminalización primaria como por ejemplo las leyes de pureza racial, o aquellas contra la integridad y salud de la estirpe del código Rocco; las simples inmoralidades protegidas a través de la ley penal pueden lesionar derechos pues se basan en la protección de valores morales dominantes, un ejemplo de estas es la criminalización de falta de moralidad o de los casinos y juegos de azar.¹⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que “el empleo de la vía penal debe cumplir con los requisitos impuestos por el principio de legalidad y **sólo debe incluir graves lesiones a bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido**”¹⁹ (énfasis añadido).

En la misma línea, la Corte IDH se ha referido al principio de mínima intervención penal en relación con los derechos sexuales y derechos reproductivos, estableciendo que:

(...) en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, la Corte considera que (...) la evaluación de los casos en que una investigación por la vía penal resulta conducente, debe responder a un escrutinio acucioso y ponderado de las circunstancias del caso, toda vez que **algunos tipos penales pueden ser abiertamente incompatibles con las obligaciones en materia de derechos humanos en tanto limiten o denieguen el acceso a la atención en salud sexual y reproductiva.**²⁰ (énfasis añadido).

Por otro lado, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y siguiendo la doctrina en este campo, las penas ostentan fines retributivos y preventivos²¹. Los primeros, aluden a la imposición de una consecuencia negativa, proporcional y justa, frente a hechos dañinos del tejido social; mientras que los segundos, condicionan la legitimidad de la sanción a su

que no constituya abuso o tiranía. Al respecto, ver, inter alía: González, Julio. Introducción al Derecho Penal, Universidad de Antioquia. pág.78

¹⁶ Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal, Parte General, Octava Edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), p. 72.

¹⁷ García Falconí, Ramiro J.COIP comentado Tomo I Arts. 1 al 78 (Perú: Ara Editores, 2014), 47.

¹⁸ Roxin C. Sinn und Grenzen Staatlicher. En Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin, 1973, p.12 y sig

¹⁹ Corte IDH, Caso Kimel v. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, párr. 77.

²⁰ Corte IDH, sentencia Caso I.V.* vs. Bolivia, de 30 de noviembre de 2016, párr. 300

²¹ Mir Puig, Santiago. Introducción a las bases del Derecho Penal. IBF, 2da edición, 2016. Pág. 49

idoneidad como herramienta para disuadir a las personas y a la colectividad de cometer nuevos atentados contra los bienes jurídicos protegidos.

En su faceta preventiva, la pena busca reducir el número de incidencias con su amenaza de castigo (prevención general negativa) y con la evidencia de su utilidad para asegurar el orden social (prevención general positiva). Así, la existencia de un tipo penal se justifica sólo en cuanto se verifica el cumplimiento de estas finalidades. En consecuencia, ante la evidencia de que el delito no persuade o al menos reduce la cantidad de lesiones a los bienes jurídicos tutelados, pierde legitimidad y, por ende, contradice el principio constitucional de finalidad de la pena.

Por otro lado, se encuentran las teorías sobre la prevención que buscan en la pena la necesidad de subsistencia de la sociedad, es decir, busca la prevención de futuros delitos. Así, la prevención puede ser de carácter general, en los casos en que la pena conmina a la ciudadanía como colectividad para evitar la comisión de delitos o, en otras palabras, genera una coacción psicológica (amenaza) que previene a las personas de cometer delitos. Por otra parte, la prevención también puede ser especial en los casos en que busca prevenir que *el delincuente* vuelva a delinquir buscando tanto un *escarmiento social*, como un camino a la readaptación social²².

Frente a estas dos formas de entender la pena, la legislación ecuatoriana reconoce expresamente que el fin de la pena es la prevención general. Así el Código Orgánico Integral Penal (COIP) señala:

Art. 52 COIP. - Finalidad de la pena. - Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.²³

En el mismo sentido, la CCE ha señalado expresamente que “el fin de la tipificación del delito y su pena es la disuasión del cometimiento de la conducta”²⁴.

Estándares relativos a la necesidad de eliminar el delito de aborto. -

Numerosos organismos internacionales de derechos humanos han recomendado la despenalización total del aborto al considerar que su tipificación penal acarrea graves vulneraciones a los derechos de las mujeres y personas gestantes que tienen necesidad de este servicio de salud esencial. Estos organismos sostienen que la tipificación del aborto es incompatible con derechos reconocidos en el sistema universal. Entre los **derechos** mencionados se incluyen los siguientes:

- El derecho a la igualdad y no discriminación previsto en el artículo 1 y 2 la Declaración Universal de Derechos Humanos, (suscrita por Ecuador en 1948), en los artículos 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por Ecuador en 1969), en los artículos 2.2, 3 y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado por Ecuador en 1969), en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (ratificada por

²² Ibidem pág. 52 y 59

²³ COIP, artículo 52

²⁴ CCE. Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados. Párr. 141.

Ecuador en 1977), en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador (ratificado por Ecuador en 1993) y en diversas dimensiones previstas en la Convención contra la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, en inglés, ratificado por Ecuador en 1981)²⁵ con respecto a los derechos a la salud (artículo 12.1) y a la decisión sobre cuántos hijos tener y el intervalo (artículo 16.e).

Ese derecho impone a los Estados obligaciones convencionales como: (a) la modificación de patrones socioculturales de conducta para eliminar prejuicios y prácticas consuetudinarias basadas en la idea de inferioridad o superioridad en cualquiera de los sexos (artículo 5); (b) la adopción de todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica para asegurar en condiciones de igualdad el acceso a servicios de atención médica, incluso los de planificación de la familia. (artículo 12.1); (c) la adopción de todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación de la mujer en asuntos relacionados al matrimonio y las relaciones familiares, en particular los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (artículo 16).

- El derecho a la salud sexual y reproductiva, componente esencial del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, reconocido en el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (ratificado por Ecuador en 1969)²⁶. La salud no es sólo ausencia de afecciones, disfunciones o enfermedades; es un estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad²⁷.

La salud reproductiva incluye la libertad de las personas para decidir si desean reproducirse y en qué momento, para controlar su salud y su cuerpo y a no padecer injerencias²⁸. También incluye el derecho “al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud”²⁹.

²⁵ Convención contra la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer. Ver en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>)

²⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12. Ver en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>. Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011, párrafo. 6 <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n11/443/61/pdf/n1144361.pdf?token=jLuLBYBuJ51I72G8x2&fe=true>. “En la Observación general núm. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se afirma además que el derecho a la salud incluye la adopción de medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, **así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información** (E/C.12/2000/4, párr. 14). Asimismo, observa que el ejercicio del derecho de la mujer a la salud conlleva el deber de suprimir todas las barreras que impiden el acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva (ibid., párr. 21).”

²⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (2000). *Observación general No. 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* E/C.12/2000/4, párrafo 4. Ver texto completo en:

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g00/439/37/pdf/g0043937.pdf?token=tH0wRsbPHkqu4BOo9k&fe=true>

²⁸ Ibid, párrafo 8.

²⁹ Ibid, párrafo 9.

- El derecho a la salud de las personas menores de 18 años que está reconocido en el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño (ratificada por Ecuador en 1990)³⁰. El artículo 24 describe el derecho de niños, niñas y adolescentes al disfrute del más alto nivel de salud posible y ordena a los Estados asegurar que ningún niño, niña o adolescente sea privado de su derecho a los servicios sanitarios que requiera. La plena aplicación del derecho implica: a) reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias; c) asegurar el conocimiento de los principios básicos de salud de los niños, acceso a la educación pertinente y apoyo en la aplicación de esos conocimientos; d) desarrollar servicios de planificación de la familia.³¹

El Comité de los Derechos del Niño ha desarrollado especialmente el derecho a la salud de las y los adolescentes en el contexto de la Convención, en la Observación General No. 4 de 2003.³² Ahí ha elaborado en la conexión del derecho a la salud con los derechos a la no discriminación (artículo 2 de la Convención)³³ y a su libre opinión y a que ésta sea tomada en cuenta (artículo 12 de la Convención), que incluye la participación en decisiones que les afecten e incluso a la adopción de decisiones³⁴. Para el Comité, los Estados deben asegurar disposiciones jurídicas sobre la edad mínima para, entre otros, la posibilidad de tratamiento médico sin consentimiento de los padres.³⁵ El Comité exige también que niñas, niños y adolescentes tengan acceso a la información sobre el daño de embarazos precoces y que las que estén embarazadas tengan acceso a los servicios de salud adecuados a sus derecho y necesidades particulares.³⁶ Al respecto además, los Estados deberán “adoptar medidas para reducir la morbilidad materna y la mortalidad de las niñas adolescentes, producida especialmente por el embarazo y las prácticas de aborto peligrosas(...)”³⁷

- El derecho de toda persona a no ser sometida a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de acuerdo al artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por Ecuador en 1969)³⁸. La definición de “tortura” y las obligaciones correlativas de los Estados están desarrolladas en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Pena Cruelles, Inhumanos o Degradantes (ratificada por

³⁰ Convención sobre los Derechos del Niño. Ver texto completo en: <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/texto-convencion>

³¹ Ibid, art. 24.

³² Comité de los Derechos del Niño, (2003). *Observación General No 4 (2003). La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/CG/2003/4*. Ver texto completo en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g03/427/27/pdf/g0342727.pdf?token=qEMJvYT875c30DeXVV&fe=true>.

³³ Ibid, párrafo 6.

³⁴ Ibid, párrafo 8.

³⁵ Ibid, párrafos 9 y 32 .

³⁶ Ibid, párrafo 31.

³⁷ Ibid.

³⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ver texto completo en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Ecuador en 1988)³⁹. Estas deben ejecutarse con perspectiva de género⁴⁰. Los Estados tienen el deber de evitar que sus leyes, políticas o prácticas perpetúen “nocivos estereotipos de género” que permitan o autoricen que se cometan torturas y malos tratos.⁴¹

- El derecho a la vida previsto en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El derecho a la vida implica no ser objeto de acciones u omisiones tendientes a provocar la muerte prematura o no natural⁴². Pero también implica disfrutar una vida con dignidad.⁴³ Los Estados no deben incurrir en “conductas que tengan como resultado la privación arbitraria de la vida”⁴⁴. Esto incluye “los supuestos razonablemente previsibles de situaciones de peligro para la vida que puedan ocasionar muertes.”⁴⁵

Con base en la evolución de estos cinco derechos fundamentales y con el fin de preservar y promover su efecto útil, distintos comités y relatorías del sistema internacional de derechos humanos han concluido que la penalización del aborto es incompatible con tales derechos. A continuación, una breve relación histórica de esos pronunciamientos.

Hace más de veinticuatro años, en 1999, el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (Comité CEDAW), en su Recomendación General 24 sobre la Mujer y la Salud, indicó 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 (...)”⁴⁶.

En 2011, el Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del Más alto Nivel Posible de Salud, en su informe “La interacción entre las leyes penales y otras restricciones jurídicas relativas a la salud sexual y reproductiva y el derecho a la salud”, indicó que: “cuando se utiliza el derecho penal como instrumento para regular la conducta de una persona y sus decisiones en el contexto del derecho a la salud sexual y reproductiva, la

³⁹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes. Ver texto completo en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>. El artículo 1 define “tortura” como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”

⁴⁰ Consejo de Derechos Humanos (2016). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. A/HRC/31/57. Párr. 6. Ver texto completo en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g16/001/00/pdf/g1600100.pdf?token=3PHTUAdJPIIXoCzypy&fe=true>.

⁴¹ Ibid. párrafo 10.

⁴² Comité de Derechos Humanos (2019). *Observación general núm. 36. Artículo 6: derecho a la vida*. CCPR/C/GC/36, párrafo 3. Ver texto completo en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsrdB0H1I5979OVGGB%2BWPAXhNI9e0rX3cJlMwwe%2FGBLmVgb8AE9NGVfbGSPyBfkr3q4HkLfe9nMzTxjohiPOdvK6iwVsljX3HNPZjayRXUHX>

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid. párrafo 7.

⁴⁵ Ibid..

⁴⁶ Comité CEDAW. Recomendación General No. 24 sobre la mujer y la salud. 2 de febrero de 1999. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>

voluntad del Estado se impone por la fuerza, anulando la del individuo”⁴⁷. En el mismo informe, el Relator, establece que la eliminación del delito de aborto debe ser inmediata “ya que no constituye una carga pesada desde el punto de vista de los recursos, ni siquiera *de mínimos*”.⁴⁸

En el 2013, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General Nro. 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, recomendó “que los Estados garanticen el acceso al aborto en condiciones de seguridad y a servicios posteriores al aborto, independientemente de si el aborto es en sí legal”.

En el 2016, este mismo Comité en la Observación General Nro. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia instó a los Estados a generar condiciones para que las niñas y adolescentes puedan abortar en condiciones seguras y ser atendidas tras hacerlo. Para lo cual recomendó expresamente la despenalización del aborto:

60. El acceso a los productos básicos, a la información y al asesoramiento sobre la salud y los derechos sexuales y reproductivos no debería verse obstaculizado por, entre otros factores, el requisito de consentimiento o la autorización de terceros. Además, es necesario poner un especial interés en superar las barreras del estigma y el miedo que dificultan el acceso a esos servicios a, por ejemplo, las adolescentes, las niñas con discapacidad y los adolescentes gais, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales. **El Comité insta a los Estados a que despenalicen el aborto para que las niñas puedan, en condiciones seguras, abortar y ser atendidas tras hacerlo, así como a que revisen su legislación para asegurar que se atienda el interés superior de las adolescentes embarazadas y se escuche y se respete siempre su opinión en las decisiones relacionadas con el aborto.** (Énfasis añadido)⁴⁹.

En 2016, el Comité de Derechos Humanos recomendó al Ecuador: “asegurar que las barreras legales [al aborto] no lleven a las mujeres a recurrir a abortos inseguros que puedan poner en peligro su vida y su salud”.⁵⁰

En el 2016, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, en su informe sobre el derecho de los adolescentes al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, recomendó:

b) Despenalicen el aborto y garanticen a todos los adolescentes el acceso confidencial, no discriminatorio y que responda a las necesidades de los adolescentes a la información, los bienes y los servicios sobre salud sexual y reproductiva, incluidos la planificación de la familia, el asesoramiento, la atención antes de la concepción, la atención materna, las infecciones de transmisión sexual, el diagnóstico y el tratamiento, así como las formas modernas de anticoncepción, incluidos

⁴⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011, párrafo. 12 <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n11/443/61/pdf/n1144361.pdf?token=jLuLBYBuJS1172G8x2&fe=true>

⁴⁸ Ibid, párrafo 20.

⁴⁹ Comité de Derechos del Niño. Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. Párrafo 60. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/404/49/PDF/G1640449.pdf?OpenElement>

⁵⁰ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, sobre el sexto informe periódico del Ecuador, en su 3294ª sesión celebrada el 11 de julio de 2016.

anticonceptivos de emergencia, y servicios de aborto en condiciones seguras y posteriores al aborto.⁵¹

En 2016, el Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes señaló que:

(...) El aborto practicado en condiciones de riesgo ocupa el tercer lugar entre las principales causas de muerte materna en todo el mundo. **Cuando el aborto está restringido por ley, la mortalidad materna aumenta, pues las mujeres se ven obligadas a someterse a abortos clandestinos en condiciones peligrosas y antihigiénicas.** También aparecen consecuencias físicas y psicológicas a corto y largo plazo cuando las mujeres se someten a abortos en condiciones de riesgo y cuando se ven obligadas a llevar el embarazo a término contra su voluntad. Estas políticas restrictivas tienen unas repercusiones desproporcionadas en las mujeres y niñas marginadas y desfavorecidas (...)⁵². (Énfasis añadido)

En 2017, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (Comité CEDAW), en la Recomendación General Nro. 35, señaló que la vulneración del derecho a la salud y los derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres y niñas, como la continuación forzada del embarazo, la tipificación del delito de aborto, son “formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante”⁵³.

En 2017 y 2019, el Comité Contra la Tortura, estableció que la continuidad forzada del embarazo puede constituir tortura o maltrato porque pone a las mujeres en riesgo de mortalidad materna evitable⁵⁴.

En 2018, el Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, en su informe sobre la cuestión de la relación entre el derecho a la salud y determinadas formas de privación de libertad y de internamiento en regímenes penitenciarios y médicos recomendó a los Estados: "j) Deroguen las leyes que penalizan el acceso a los servicios de atención de la salud sexual y reproductiva y la información al respecto, con inclusión de la prevención y la interrupción del embarazo y las relaciones sexuales consentidas entre adultos"⁵⁵

En 2019, tras su visita a Ecuador, la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias indicó expresamente que: “el Código Penal tampoco está en consonancia con las normas internacionales en lo que respecta al acceso al aborto seguro, ya que penaliza a las mujeres y las niñas que dan su consentimiento para practicarse un aborto (...)”⁵⁶. En consecuencia, la Relatora recomendó expresamente:

⁵¹ Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2016).

⁵² Consejo de Derechos Humanos (2016). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. A/HRC/31/57. Párr. 43. Ver texto completo en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g16/001/00/pdf/g1600100.pdf?token=3PHTUAdJPIIXoCzypy&fe=true>

⁵³ 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. Párr. 18.

⁵⁴ CAT/C/TLS/CO/1 (CAT 2017); CAT/C/BGD/CO/1 (CAT 2019)

⁵⁵ Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2018) Informe A/71/304

⁵⁶ NNUU. Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias. Informe tras visita al Ecuador. pág. 19. Informe de 2019 Disponible en:

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/121/46/pdf/g2012146.pdf?token=kq7fHKoal7MCrwb13N&fe=true>

(...) **Derogar los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal** (2014) para garantizar que no se puedan presentar cargos penales contra las mujeres y las niñas que se practiquen un aborto o contra los profesionales de la salud habilitados y cualquier otra persona que preste los servicios y ayude a practicar los abortos; (...) ⁵⁷.(Énfasis añadido)

En 2019, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General Nro. 36 sobre el derecho a la vida estableció que:

los Estados parte 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. Por ejemplo, **no deberían adoptar medidas tales como la penalización del embarazo de las mujeres solteras, o 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** ⁵⁸.

En el 2021, La Relatora Especial sobre el derecho a la salud, en su informe especial sobre derechos de salud sexual y reproductiva: retos y oportunidades durante la pandemia de COVID-19 ⁵⁹ señaló que:

La obligación de respetar requiere que los Estados “se abstengan de interferir directa o indirectamente” en el ejercicio de este derecho por parte de las personas, incluso mediante **la reforma de las leyes que impiden el derecho a la salud sexual y reproductiva, como “las leyes que penalizan el aborto (...)”**⁶⁰.

En 2022, la Relatora Especial sobre el derecho a la salud, en su Informe sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, estableció:

92. La Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental **apoya la eliminación de todas las leyes y políticas que penalizan o castigan de alguna manera el aborto (...)** La OMS ha actualizado recientemente sus Directrices sobre la atención para el aborto y en ellas 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

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Comité de Derechos Humanos(2019).*Observación general núm. 36.Artículo6: derecho a la vida*. CCPR/C/GC/36, párr. 8. Ver texto completo en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsrdB0H1I5979OVGGB%2BWPAXhNI9e0rX3cJlmWwe%2FGBLmVgb8AE9NGVfbGSQPyBfkr3q4HkLfe9nMzTxjohiPOdvK6iwVsljX3HNPZjayRXUHX>

⁵⁹ 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”. Ref. A/76/172, párrafos 22, 40-41. Disponible en:

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/195/86/pdf/n2119586.pdf?token=LycB05XKoJalsSskFp&fe=true>

⁶⁰ 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”. Ref. A/76/172, párrafos 22, 40-41. Disponible en:

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/195/86/pdf/n2119586.pdf?token=LycB05XKoJalsSskFp&fe=true>

los límites gestacionales actúan como barreras para el acceso a una atención al aborto segura y de calidad.⁶¹ (Énfasis añadido)

En el 2022, la Organización Mundial de la Salud (OMS) emitió las Directrices sobre la Atención para el Aborto, que consolidan de forma integral todas las recomendaciones y declaraciones existentes sobre prácticas óptimas relativas al aborto y la salud⁶². En este instrumento se precisa:

(...) Las leyes, políticas y prácticas restrictivas a menudo tienen el efecto de convertir a los trabajadores de la salud, los establecimientos de salud, los comités, las juntas de ética, la policía, los tribunales u otros **en los «guardianes»** del acceso a la atención para el aborto de calidad, al exigirles que determinen si alguien «reúne las condiciones» para el aborto legal. En muchos casos, esto introduce un retraso en el acceso al aborto. Estos guardianes no siempre están suficientemente informados sobre la legislación o están dispuestos a interpretar y aplicar la legislación y las políticas de forma que se respeten, protejan y cumplan los derechos de las personas que desean abortar. **La tipificación del aborto como delito también puede tener un «efecto amedrentador» más amplio**, ya que puede dar lugar a una interpretación restringida de la legislación aplicable por parte de los trabajadores de la salud, incluso para evitar una posible responsabilidad penal (es decir, la supresión de acciones por miedo a represalias o sanciones). Por consiguiente, en muchos entornos, la experiencia de las mujeres en la búsqueda, el acceso y la gestión del aborto es muy variable, y depende en gran medida no solo de la legislación, sino también del enfoque del guardián con el que interactúan (...).⁶³ (Énfasis añadido)

(...) La evidencia resultante de estos estudios demostró que la criminalización retrasaba el acceso al aborto, incluso en algunos casos haciendo que los proveedores tuvieran que esperar hasta que la vida de la mujer estuviera en peligro para poder practicar el aborto dentro de las excepciones legales a las prohibiciones penales. Además, **la tipificación como delito impone una serie de cargas a las mujeres, como viajes y gastos innecesarios, retraso o falta de acceso a la atención posterior al aborto, angustia y estigmatización (...).**⁶⁴ (Énfasis añadido)

En consecuencia, las referidas directrices recomiendan la despenalización total del aborto⁶⁵, con las siguientes observaciones:

- La despenalización significa eliminar el aborto de todas las leyes penales, no aplicar otros delitos punibles (asesinato u homicidio) al aborto, y garantizar que no haya sanciones penales por abortar, ayudar a abortar, proporcionar información sobre el aborto o practicar un aborto, para todos los agentes participantes.
- La despenalización garantiza que cualquiera que haya sufrido una pérdida de embarazo no caiga bajo la sospecha de haber abortado ilegalmente cuando solicite atención.

⁶¹ 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. 22 de julio de 2022. Ref. A/77/197, párr. 92. Disponible en:

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/432/67/pdf/n2243267.pdf?token=ZpJ4gKYK2uPZzDyX4Q&fe=true>

⁶² Organización Mundial de la Salud. Directrices sobre la atención para el aborto de 2022. Página xxi.

<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/362897/9789240057920-spa.pdf?sequence=1>

⁶³ *Ibíd.*, pág. 26

⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 29

⁶⁵ *Ibíd.*, pág. 28

- La despenalización del aborto no hace que las mujeres, niñas u otras personas embarazadas sean vulnerables al aborto forzado o bajo coacción. El aborto forzado o bajo coacción constituiría una agresión grave, ya que se trataría de una intervención no consentida. (...) ⁶⁶.

En el año 2023, el Comité por los Derechos del Niño emitió un dictamen en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el cual señala que:

8.4 El Comité recuerda que el derecho de los niños y niñas al disfrute del más alto nivel posible de salud reconocido por el artículo 24, párrafo 1, de la Convención incluye el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo, incluida la libertad sexual y reproductiva para adoptar decisiones responsables. Recuerda asimismo que, en vista de las altas tasas mundiales de embarazo en la adolescencia y de los consiguientes riesgos de morbilidad y mortalidad, los Estados han de velar por que los sistemas y servicios sanitarios puedan atender las necesidades de los y las adolescentes en materia de salud sexual y reproductiva, **incluido mediante servicios de planificación familiar y aborto en condiciones de seguridad. En este sentido, el Comité ha instado a los Estados a que despenalicen el aborto** para que las niñas puedan, en condiciones seguras, abortar y ser atendidas tras hacerlo, así como a que revisen su legislación para asegurar que se atienda el interés superior de las adolescentes embarazadas y se escuche y se respete siempre su opinión en las decisiones relacionadas con el aborto. (...) ⁶⁷.

En el ámbito interamericano, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) ha hecho referencia a las recomendaciones del Comité de la CEDAW para enfatizar que la protección efectiva de los derechos de las niñas y adolescentes requieren la legalización del aborto y el acceso a los servicios de salud sin discriminación. Así, en el Segundo Informe de Seguimiento emitido en el año 2015, el MESECVI señaló:

[...] sobre el vínculo estrecho entre el derecho a la salud y la vida de las mujeres, el Comité de la CEDAW ha criticado sistemáticamente las leyes restrictivas en materia de aborto, particularmente aquellas que prohíben y penalizan el aborto en toda circunstancia, y ha solicitado a los Estados Parte que revisen la legislación sobre el aborto, recomendando a los Estados Parte **eliminar los castigos para las mujeres que se someten a un aborto**, de conformidad con la Recomendación General No. 24 del mismo Comité y la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing ⁶⁸. (énfasis añadido)

En definitiva, existe un amplio y reiterado consenso a nivel internacional de que los Estados deben despenalizar el aborto en todas sus formas. Mantenerlo tipificado es abuso del derecho penal que dificulta el goce y ejercicio de derechos y genera responsabilidad internacional. Por ello, si el principio de mínima intervención penal busca que el derecho penal se active única y exclusivamente como medida de última ratio o cuando es estrictamente necesario para garantizar derechos resulta *prima facie* violatorio de derechos que el aborto en nuestro país continúe siendo reglado bajo la legislación penal.

⁶⁶ *Ibíd*, pág. 28

⁶⁷ Respecto de la comunicación núm. 136/2021.- 6

⁶⁸ MESECVI (2015). Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI, Doc. de la OEA OEA/Ser.L/II.

Análisis en el caso concreto. -

La CCE en varios pronunciamientos ha reiterado que el test de proporcionalidad es el mecanismo para determinar si el uso del derecho penal para la protección de un bien jurídico es adecuado.⁶⁹ El test de proporcionalidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 numeral 2 la LOGJCC y que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional se compone de cuatro elementos: **a) fin constitucionalmente válido; b) idoneidad; c) necesidad; y d) proporcionalidad propiamente dicha.**⁷⁰

En el presente acápite realizaremos el test de proporcionalidad para analizar si la tipificación del delito de aborto consentido cumple con estos requisitos.

a) fin constitucionalmente válido. -

La Constitución ha reconocido derechos, garantías y principios y a la dignidad humana como eje transversal del ordenamiento jurídico, estableciendo con claridad bienes jurídicos que pueden ser protegidos tanto por el derecho penal como por medio de otras medidas. En el caso del tipo penal de aborto consentido, el bien jurídico que se busca proteger es la protección de la vida desde la concepción como valor constitucional.⁷¹

Como señaló la CCE, la protección de la vida desde la concepción "no puede ser interpretada de forma aislada o absoluta, sino que debe ser entendida sistemáticamente con otros derechos y principios también reconocidos en la CRE" como son los derechos humanos de las mujeres y personas gestantes.⁷²

Frente a la existencia de varios bienes jurídicos protegidos que podrían afectarse, conforme los criterios de la CCE procederemos a analizar si el uso del derecho penal para regular el aborto consentido es una medida idónea, necesaria y proporcional.

b) idoneidad. -

Respecto a la idoneidad de la penalización del aborto esta CCE ya se pronunció en los casos de violación. En esta decisión la CCE manifestó que la imposición de una sanción penal no era, en sí misma, conducente a lograr el fin de protección del nasciturus perseguido por el legislador, debido a que: i) no impedía que las mujeres violadas incurrieran en la conducta que se pretende impedir, sino que, al contrario, fomentaba que se recurriera a procedimientos de alto riesgo que ponen en peligro su salud y su vida; y ii) generaba afectaciones y perjuicios a otros derechos constitucionales.⁷³

Esto mismo sucede con la penalización del aborto consentido, pues la amenaza de prisión no desestimula ni disminuye la comisión de la conducta tipificada. Es decir, por su conducto no se logra proteger la expectativa de vida humana que representa el nasciturus.

⁶⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencias Nro. 34-19-IN/21 y acumulados; 61-18-IN/23 y 2706-16-EP/21.

⁷⁰ LOGJCC, artículo 3 numeral 2.

⁷¹ Sin embargo, cuando aparece la tipificación del aborto consentido en el ordenamiento penal ecuatoriano, en 1872 el bien jurídico que se protege es el orden de las familias y la moral pública. Esto se analizará en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación.

⁷² CCE. Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados. Párr. 141.

⁷³ CCE. Sentencia 34-19IN y acumulados. Párr. 142 a 145.

Asimismo, en el referido fallo, la Corte reconoce expresamente que la penalización del aborto lleva a las mujeres a practicarlo de forma insegura generando afectaciones desmedidas sobre sus derechos a la salud, vida e integridad personal:

154. Por otra parte, como ya quedó establecido, la penalización del aborto consentido en casos de violación lleva a las mujeres a practicarlo en circunstancias de clandestinidad que ponen en grave riesgo su vida, salud e integridad; por lo que, al provocar afectaciones a otros derechos constitucionales que tienen la misma jerarquía e importancia del valor constitucional que se pretende proteger, la medida se convierte en exceso gravosa. En otras palabras, nos encontramos ante una medida que con el afán de -supuestamente- proteger al nasciturus termina atentando contra la vida y la salud de la madre gestante víctima de un delito de violación, lo cual evidencia que tampoco constituye una medida necesaria para conseguir el fin perseguido. (...) ⁷⁴.

En este mismo orden de ideas, la Corte Constitucional de Colombia, en el fallo que despenaliza totalmente el aborto hasta la semana 24 reconoce expresamente que penalizar el aborto no guarda relación con la prevención general del delito:

403. A pesar de que el artículo 122 del Código Penal persigue una finalidad constitucional imperiosa, que consiste en proteger la vida en gestación –bien jurídico que ampara la disposición–, la actual forma de tipificación del delito de aborto consentido no es adecuada para la consecución de los fines de la pena ya que, a pesar de que el tipo penal busca realizar aquel imperativo constitucional, no resulta claro que esta forma de penalización sea efectivamente conducente –esto es, idónea– para la consecución de aquellos fines, en particular el de prevención general, como sí es evidente la intensa afectación que produce en los derechos a la salud y los derechos reproductivos, la igualdad y la libertad de conciencia a que se ha hecho referencia. En otros términos, no es claro que la penalización del aborto con consentimiento resulte efectivamente conducente para proteger la vida en gestación, si se tiene en cuenta su poca incidencia en el cumplimiento de la finalidad de prevención general de la pena adscrita a su tipificación. De allí la evidente tensión constitucional que se presenta entre la disposición demandada y la finalidad preventiva de la pena. ⁷⁵

Como se observa, ambas Cortes coinciden en reconocer la falta de evidencia sobre la efectividad de la penalización del aborto para reducir el número de abortos.

La OMS ha señalado expresamente que “los datos indican que la tipificación del aborto como delito no influye en la decisión de abortar, ni impide que las mujeres aborten” ⁷⁶. Al contrario, según este Organismo:

(...) las leyes basadas en supuestos pueden contribuir a aumentar la incidencia del aborto peligroso (...) Los datos de los estudios también indican indirectamente que las leyes basadas en supuestos contribuyen a la mortalidad materna (...) ⁷⁷.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-055/22 de 21 de febrero de 2022. Párr. 403

⁷⁶ La OMS en los lineamientos 2022: Directrices sobre la atención para el aborto [Abortion care guideline]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2022. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO

⁷⁷ *Ibid.*

De acuerdo con la OMS, los países con leyes restrictivas sobre el aborto tienen las tasas más altas de abortos inducidos, siendo inseguros la mayoría de ellos. Además, los abortos peligrosos se concentran en los países en desarrollo (97%) y entre los grupos en situación de vulnerabilidad y marginación⁷⁸. Según estimaciones mundiales, el aborto peligroso representa el 45% de los abortos que se realizan en el mundo y constituye un problema "crítico de salud pública y de derechos humanos"⁷⁹.

Al decir de esta organización:

Entre el 4,7% y el 13,2% de todas las muertes maternas se atribuyen a abortos peligrosos, lo que equivale a entre 13.865 y 38.940 muertes causadas anualmente por la imposibilidad de practicar un aborto seguro.⁸⁰

Igualmente, existe evidencia contundente que demuestra que la penalización del aborto obliga a las mujeres y personas gestantes a recurrir a abortos riesgosos exponiéndolas y exacerbando los graves riesgos que vulneran sus derechos.

Dicho esto, la penalización del aborto consentido no cumple con el principio de finalidad de la pena porque no solo no evita que se aborte, sino que estimula que se haga en condiciones de inseguridad. De esta forma resulta claro que la penalización del aborto no contribuye a reducir el número de abortos y por lo tanto la finalidad de la pena como prevención general resulta ineficaz y abiertamente contraria al fin legítimo perseguido.

Además de lo anterior, se ha identificado que en los países con leyes menos restrictivas ocurren menos abortos que en aquellos con leyes más restrictivas. Así, entre los años 2010 a 2014 se practicaron alrededor de 56 millones de abortos inducidos en todo el mundo. De esta cifra, los países que autorizan su realización a solicitud de la mujer exhibieron un promedio menor de abortos en comparación con aquellos en donde la ley permite su práctica para salvar la vida de la mujer o garantizar su salud física. Así, en los primeros se verificó una media de 34 abortos inducidos por cada mil mujeres de 15 a 44 años. En los segundos, la media se eleva a 39 y 43 abortos inducidos por cada mil mujeres, respectivamente.⁸¹

Sobre esto existen algunos ejemplos paradigmáticos que demuestran que luego de la eliminación del delito de aborto se disminuye las tasas de abortos que se practican, es así por ejemplo Holanda, Canadá e Inglaterra exhiben la tasa de abortos más baja de la Unión Europea⁸². En Inglaterra, que se encuentra a la vanguardia en la implementación de un modelo de amplio en términos de aborto, edad gestacional y acceso, que deja sin efecto al delito en la práctica⁸³ "se observa una reducción del número de abortos como resultado final de la despenalización total"⁸⁴. En Canadá, donde el aborto ha sido eliminado del Código

⁷⁸Ibid.

⁷⁹Ibid.

⁸⁰ La OMS en los lineamientos 2022: Directrices sobre la atención para el aborto [Abortion care guideline]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2022. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO

⁸¹ Comisión Guttmacher-Lancet sobre salud y los derechos sexuales y reproductivos, "Acelerar el progreso: salud y derechos sexuales y reproductivos para todos", 2018, pp. 44-45. Disponible en: <https://www.balancemx.org/sites/default/files/recursos/AcelerarEspanol.pdf>

⁸² Zúñiga, Y. Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista. Revista *Ius et Praxis*, v. 19, n. 1, p. 255-300, 2013. Disponible en:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000100008

⁸³ Mesa por la vida y la salud de las mujeres. Causa Justa: argumentos para el debate sobre la despenalización total del aborto en Colombia. Editado por Ana Cristina González Vélez y Carolina Melo. Pág. 147. Disponible en versión digital

⁸⁴ Ibid. Pag. 54

Penal, “se aprecia lo que reportan distintos estudios con respecto a la liberalización del aborto, que describen un aumento al inicio, seguido de una meseta y una reducción”.⁸⁵

En sentido contrario, la información estadística en Ecuador evidencia que pese a la penalización del aborto, las mujeres y personas gestantes continúan abortando. Así, según datos del Ministerio de Salud Pública (MSP), entre 2017 y 2021 se registraron cerca de 73701 atenciones médicas por abortos no catalogados como espontáneos o médicos.⁸⁶

En definitiva, no cabe duda de que la penalización del aborto no solo no contribuye al fin legítimo de prevención del delito, sino que, además, profundiza un problema de salud pública y justicia social en el Ecuador. En consecuencia, resulta constitucionalmente problemático conservar un tipo penal carente de cualquier función disuasoria. En consecuencia, la penalización del aborto no disuade la conducta por lo que no puede considerarse idónea.

En otro orden de ideas, la Corte IDH, ha precisado que la vida desde la concepción se protege a través de la protección de la mujer embarazada:

*(...)teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (supra párrs. 186 y 187), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el **objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.***⁸⁷ (Énfasis añadido)

En consecuencia, cualquier medida que ponga en riesgo a las mujeres embarazadas⁸⁸ como lo hace la norma demandada, resulta en la práctica inefectiva para proteger la vida desde la concepción.

c) Necesidad.-

La CCE en la sentencia que despenalizó el aborto por violación concluyó que la norma no era necesaria, debido a que existen medidas más efectivas y menos lesivas tales como la implementación de programas de educación sexual integral, el mejoramiento de los planes de acceso a anticoncepción y planificación familiar o el trabajo en cambio de patrones socio-culturales que reproducen y mantienen vigentes prácticas de violencia contras las mujeres y otras personas gestantes.⁸⁹

⁸⁵ Ibid. Pag. 54

⁸⁶ Solicitud de información realizada por Surkuna. Ministerio de Salud Pública, respuesta Nro. MSP-GIPSSSR-195-2022

⁸⁷ Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica. Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012., párr. 224

⁸⁸ Como ha reconocido la OMS, cuando se realizan de manera segura tanto el aborto médico como en el aborto quirúrgico son intervenciones sencillas con complicaciones poco frecuentes. Sin embargo, recurrir a métodos peligrosos o a proveedores no calificados, aumenta los riesgos y el nivel de peligrosidad. OMS en los lineamientos 2022: Directrices sobre la atención para el aborto [Abortion care guideline]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2022. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO

⁸⁹ CCE. Sentencia 34-19IN y acumulados. Párr. 146 a 154.

Este razonamiento también resulta aplicable para el aborto consentido en general para concluir que la criminalización de esta conducta no resulta necesaria puesto que las mismas medidas a las que se refiere la Corte en su análisis, más efectivas y menos lesivas, son oportunas para regular dicha práctica sin vulnerar los derechos de las mujeres y otras personas gestantes. Lo que origina la necesidad de recurrir al aborto voluntario son los embarazos no deseados y la forma más efectiva de reducirlos es evitar que sucedan. Así, si se requiere prevenir los embarazos no deseados se deben fomentar medidas preventivas como la educación sexual entre otras.

La educación sexual integral, es una de las medidas idóneas y necesarias, pero a la vez menos lesivas que la penalización del aborto, para resguardar el bien jurídico. De acuerdo con el Relator Especial para la Educación 2010 los órganos de tratados de Naciones Unidas han identificado que la educación sexual integral que ha sido reconocido como derecho humano contribuye a la reducción de las tasas de aborto y de los embarazos de adolescentes.⁹⁰

La educación integral sobre sexualidad y reproducción es un componente básico de los derechos a la salud, la educación y la no discriminación que permite que personas puedan manejar su vida sexual de forma placentera.

Según un estudio de caso respecto de 100 adolescentes de las cuales 25 se embarazaron y 75 no, se pudo evidenciar que todas las adolescentes cuya familia le brindó una educación inadecuada tiene 5,65 veces más probabilidades de tener un embarazo en edades tempranas de la vida a diferencia de las que reciben una educación adecuada.⁹¹

En otro estudio realizado sobre la educación sexual, se analizó la eficacia de las políticas educativas en salud sexual y salud reproductiva, los hallazgos evidenciaron que las propuestas efectivas son las que se basan en un enfoque integral. Este enfoque supone discusiones sobre métodos anticonceptivos y acerca de normas tradicionales provenientes del contexto sociocultural. Los programas integrales de educación sexual, específicamente los que trabajan con un enfoque de género y sobre relaciones de poder, tienen el potencial de influir en una amplia gama de resultados importantes de salud sexual, es decir, tienen más probabilidad de ser efectivos para reducir tanto las enfermedades de transmisión sexual (ETS) como las tasas de embarazo en la adolescencia.⁹²

Como lo señaló el Relator Especial para la Educación en 2010, los Estados tienen la obligación de brindar educación sexual integral a sus poblaciones, especialmente a las niñas, niños y adolescentes, cumpliendo los estándares de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, siendo esta obligación estatal es una cuestión de debida diligencia, pues bajo la ley internacional los Estados deben demostrar que han tomado todas las medidas objetivas de carácter preventivo que resulten necesarias para cumplir sus obligaciones de garantizar el derecho a la salud, la vida, la no discriminación, la educación y la información, mediante la eliminación de barreras para el acceso a la salud sexual y reproductiva, brindando una educación integral para la sexualidad en las escuelas y en otros ámbitos educativos, que suministre información precisa, objetiva y libre de prejuicio.

⁹⁰ A/65/162Párr. 24

⁹¹ ALARCON ARGOTA, Rodolfo et al . Factores que influyen en el embarazo en la adolescencia. **Rev Cubana Enfermer**, Ciudad de la Habana ,v. 25, n. 1-2, jun.2009 . Disponible en <http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-03192009000100007&lng=es&nrm=iso>. accedido en 16 marzo 2024.

⁹² Revista Educación las Américas, 2022, vol. 12, núm. 1, Enero-Julio, ISSN: 0719-7128. <http://dspace.ucuenca.edu.ec/retrieve/94d269c5-37b2-4585-a4dd-38dd321823bf/documento.pdf>

Otra medida idónea y necesaria para prevenir embarazos no deseados y por tanto proteger la vida desde la concepción, que va de la mano de la educación sexual con enfoque integral, es el acceso a anticoncepción y el nivel de autonomía de las mujeres para tomar decisiones sobre su vida sexual y vida reproductiva.

Los datos más recientes sobre el indicador 5.6.1 de los ODS, que examina a las mujeres en edad reproductiva que viven en pareja de 64 países, muestran que el 23% no puede negarse a mantener relaciones sexuales, que el 24% no puede tomar decisiones sobre su propia atención médica y que el 8% no puede tomar decisiones específicas sobre la anticoncepción. En conjunto, esto significa que solo el 57% de las mujeres están en situación de tomar sus propias decisiones sobre su salud y sus derechos sexuales y reproductivos.⁹³

En 2018, en el Ecuador solo el 43,7% de las mujeres de 15 a 24 años que han tenido relaciones sexuales reportó haber utilizado métodos anticonceptivos en su primera relación sexual. Las principales razones por las que las mujeres no usaron métodos anticonceptivos en su primera relación sexual se relacionan a la falta de planificación (58,1% no esperaba tener relaciones sexuales en ese momento) y al desconocimiento de los métodos (16,6%). Otras causas están vinculadas al acceso a métodos anticonceptivos, ya sea por desconocimiento o dificultad para la obtención.⁹⁴

Las mujeres en el área rural (33,3%), de etnia indígena (25,0%) o montubia (28,5%), sin educación o con educación básica (26,6% y 27,1%) y con menores niveles de ingresos (30,0%) tienen una menor proporción en el uso de métodos anticonceptivos respecto a los otros grupos en cada categoría.⁹⁵

Los grupos poblacionales de acuerdo con características sociodemográficas muestran algunas diferencias en la falta de cobertura de servicios de planificación familiar. Las mujeres indígenas, por ejemplo, casi duplican el promedio nacional en necesidades insatisfechas (14,3%). Con la misma tendencia, aunque con una brecha menos pronunciada, las mujeres que residen en el área rural (8,8%), con educación básica (8,3%) y con menores ingresos (Q1: 9,1%) también tienen mayores requerimientos de planificación familiar no cubiertos.⁹⁶

Para garantizar el acceso a los métodos anticonceptivos es fundamental garantizar la autonomía de las mujeres para tomar decisiones libres e informadas sobre su vida sexual y vida reproductiva; garantizar que los servicios de salud sexual y salud reproductiva respeten y garanticen los principios de privacidad, confidencialidad y se adecúen a las necesidades y preferencias de la población; abordar las barreras que se interponen para el acceso a servicios de salud sexual y salud reproductiva, como la falta de información sobre los métodos anticonceptivos y su uso, el tiempo para acceder a las fuentes que proveen productos, insumos o procedimientos anticonceptivos.⁹⁷

⁹³ UNFPA. Estado de la población mundial 2022. Visibilizar lo Invisible. La necesidad de actuar para poner fin a la crisis desatendida de los embarazos no intencionales. Pág. 20 Disponible en: https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/ES_SWP22%20report_0.pdf

⁹⁴ INEC (2018). Reportes de la ENSANUT 2018 Volumen N° 5. Actividad Sexual y Reproductiva y Planificación Familiar. Pág. 17. Disponible en https://www.ecuadrencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Bibliotecas/Libros/Reportes/Actividad_Sexual_y_Salud_Reproductiva-ENSANUT_18.pdf

⁹⁵ Ibid. Pág. 18

⁹⁶ Ibid. Pág. 11

⁹⁷ Estas variables han sido identificadas en los reportes de ENSANUT 2018. Vol. 5. Planificación Familiar y Actividad Sexual.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) la planificación familiar y los métodos anticonceptivos son el mecanismo a través del cual los individuos pueden decidir cuántos hijos e hijas tener y el intervalo entre nacimientos. La anticoncepción brinda a las mujeres autonomía y poder de decisión. Además, según el mecanismo de anticoncepción se pueden prevenir enfermedades de transmisión sexual y las infecciones de VIH y SIDA. Otros beneficios de la anticoncepción son la prevención de riesgos para la salud y otros vinculados al embarazo, como el embarazo precoz, embarazo no deseado, abortos peligrosos, reducción de la mortalidad infantil, entre otros.

Igualmente, tal y como hemos referido a lo largo de esta demanda recogiendo las recomendaciones de diversos órganos de protección internacional y regional de derechos humanos, la regulación del aborto a través del derecho penal acarrea restricciones a derechos fundamentales de las mujeres, por lo que el derecho penal no debe ser utilizado para regularlo.

De acuerdo con la OMS, en la regulación sobre el aborto deben revisarse los enfoques basados en supuestos para restringir el acceso al aborto con el objeto de que este servicio de salud esencial esté accesible a demanda. Asimismo, la OMS establece que, mientras se garantice el aborto a demanda los supuestos existentes deben formularse y aplicarse de forma coherente con el derecho internacional de los derechos humanos. Específicamente la OMS recomienda que no se prohíba el aborto en estos supuestos sobre la base de la edad gestacional⁹⁸

Finalmente, en la sección anterior se pudo demostrar que a largo plazo la despenalización del aborto disminuye la cantidad de abortos que se realizan.⁹⁹ Los países que autorizan el aborto a libre demanda tienen una menor incidencia de abortos que aquellos que lo autorizan en determinadas causales. Igualmente, son múltiples los ejemplos de países donde se observa una caída de las tasas de aborto luego de la despenalización total del mismo.¹⁰⁰

d) Proporcionalidad

Las accionantes en el presente caso, consideramos que la penalización del aborto consentido en general, causa las mismas graves afectaciones relativas a la maternidad forzada para los derechos de las mujeres y personas gestantes que las que generaba la penalización del aborto por violación para las víctimas de violencia sexual.

Por lo que nos permitimos recuperar los argumentos relevantes para el presente análisis:

La CCE aborda la maternidad forzada y sus consecuencias en la integridad física, psíquica, moral y sexual de las mujeres, señala que el embarazo impuesto conlleva cambios físicos y riesgos médicos, especialmente para niñas y adolescentes, quienes no tienen control sobre estos procesos. Además, se destaca el impacto emocional negativo, como depresión y

⁹⁸ OMS en los lineamientos 2022: Directrices sobre la atención para el aborto [Abortion care guideline]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2022. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. Pág. 7

⁹⁹ Comisión Guttmacher-Lancet sobre salud y los derechos sexuales y reproductivos, "Acelerar el progreso: salud y derechos sexuales y reproductivos para todos", 2018, pp. 44-45. Disponible en: <https://www.balancemx.org/sites/default/files/recursos/AcelerarEspanol.pdf>

¹⁰⁰ Zúñiga, Y. Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista.

Revista Ius et Praxis, v. 19, n. 1, p. 255-300, 2013. Disponible en:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000100008 y Mesa por la vida y la salud de las mujeres. Causa Justa: argumentos para el debate sobre la despenalización total del aborto en Colombia.

Editado por Ana Cristina González Vélez y Carolina Melo. Pág. 147. Disponible en versión digital

vergüenza, que puede persistir durante el embarazo. Socialmente, la maternidad forzada conlleva estigmatización y falta de apoyo familiar y colectivo, lo que puede provocar la interrupción de estudios y cambios en los proyectos de vida de las mujeres y personas gestantes.

Por lo tanto, la maternidad forzada viola los derechos fundamentales de las mujeres y personas gestantes, afectando su integridad física y psíquica, así como su autonomía y control sobre sus propios cuerpos y vidas. Esta situación también limita sus derechos sexuales y derechos reproductivos, impidiéndoles tomar decisiones informadas y libres sobre su sexualidad y reproducción.¹⁰¹ En particular, esta CCE consideró que la maternidad forzada es una violación de derechos humanos que genera fuertes impactos en la vida de las mujeres, que pueden afectar su salud e integridad a largo plazo.¹⁰²

Al respecto, sostenemos que los análisis realizados por la Corte resultan aplicables para cualquier mujer o persona gestante que no desea continuar el embarazo, pues atraviesan las mismas vulnerabilidades sin importar el origen del embarazo no deseado, el resultado de imponerlo genera impactos desproporcionados que afectan sus proyectos de vida.

En efecto, toda mujer o persona gestante a la que se le niega la posibilidad de acceder a un aborto seguro y es forzada a ejercer una maternidad que no desea, experimenta sobre su integridad personal las implicaciones de la maternidad forzada¹⁰³, aunque estas no se combinen con las consecuencias específicas de una violación. Igualmente, toda mujer o persona gestante a la que se le impide el acceso a un aborto seguro, sin importar sus circunstancias, está expuesta a sufrir impactos sobre su salud, vida e integridad derivados de la inseguridad y el aborto en condiciones de riesgo.¹⁰⁴

Al respecto, la Corte Suprema de Canadá, determinó que era inconstitucional utilizar el derecho penal para forzar a las mujeres a llevar a término un embarazo desconociendo sus propias prioridades y aspiraciones¹⁰⁵. Dicha Corte estableció que el interés en proteger la vida y la salud de la mujer prevalece sobre el interés estatal en prohibir abortos y que desconocerlo resultaba ser una profunda interferencia en la vida privada de la mujer, injustificada a la luz del derecho constitucional, por violar el derecho a la vida, la libertad, la seguridad, entre otros derechos.¹⁰⁶ También se determinó que la misma ley penal que contemplaba a su vez la forma

¹⁰¹ CCE. Sentencia 34-19IN/21 y acumulados párrafos 134-138.

¹⁰² CCE. Sentencia 34-19IN/21 y acumulados. Párr. 155.

¹⁰³ Ibid. Párrafos 134 y 135.

¹⁰⁴ Ibid. Párrafo 144.

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia de Canadá. *Morgentaler v. The Queen* (1988): “Si una ley del Parlamento hace que una mujer cuya salud o vida se encuentre en riesgo escoja entre cometer un crimen para obtener oportunamente atención médica, o, por otro lado, un tratamiento inadecuado o ningún tratamiento, su derecho a la seguridad personal ha sido violado”. Traducción de la sentencia C-355 de 2006”. Traducción de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrados Ponentes: Dr. Jaime Araújo Rentería y Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia de Canadá. *Morgentaler v. The Queen* (1988): La sección 251 claramente interfiere con la integridad física de la mujer. Forzar a una mujer, con la amenaza de una sanción penal, a continuar un embarazo a menos de que cumpla con unos criterios que son ajenos a sus prioridades y aspiraciones, es una profunda interferencia en su cuerpo y una vulneración al derecho a la seguridad personal (...) la vulneración del derecho establecido en la sección 7 de la Constitución también viola la libertad de conciencia garantizada en el artículo 2 (a) de la Constitución. La decisión sobre la terminación del embarazo es esencialmente moral y en una sociedad libre y democrática la conciencia del individuo debe prevalecer sobre aquella del Estado. (...) El Estado aquí está respaldando una visión sostenida por la conciencia y sacrificando otra. Está negando la libertad de conciencia a algunos, tratándolos como medios de un fin, y privándolos de su “humanidad esencial”. Traducción de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrados Ponentes: Dr. Jaime Araújo Rentería y Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

para acceder a los servicios de aborto, era la que generaba los obstáculos e impedimentos para que las mujeres accedieran en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad a los servicios de aborto. Por estas razones, se declaró inconstitucional la sanción penal y se determinó que la autoridad sanitaria debía ser quien reglamentara la prestación de los servicios de aborto.

Así, toda mujer o persona gestante a la que se le niega el acceso a un aborto seguro sufre afectaciones sobre su derecho a la salud, sus derechos sexuales y derechos reproductivos, su autonomía y libre desarrollo de la personalidad, pues está sometida a no poder "decidir, manifestar y preservar libremente, aquellos elementos físicos y psíquicos inherentes a su persona, los cuales la individualizan y permiten ser quién es acorde a su voluntad"; a no poder "ejercen autonomía para adoptar decisiones informadas, libres, responsables, sobre su propio cuerpo, así como respecto a su salud, vida sexual y reproductiva"; y es despojada del control sobre su reproducción, es decir, de "la capacidad para decidir si tener o no hijos, la cantidad y el espaciamiento entre ellos, el tipo de familia que quieren formar, y a acceder a información y planificación para hacerlo acorde a su voluntad".¹⁰⁷

Continuando con el presente análisis consideramos que la penalización del aborto vulnera el principio de proporcionalidad de la pena puesto que no considera adecuadamente la naturaleza y entidad de los bienes jurídicos protegidos. En el aborto como delito entran en colisión dos clases de bienes jurídicos protegidos: los derechos fundamentales de las mujeres y personas gestantes y el interés de proteger la expectativa de vida en formación.¹⁰⁸

Sobre esto, la Corte Constitucional de Colombia ha concluido que la existencia de un deber de protección del Estado respecto a la vida en gestación no implica el reconocimiento de la calidad de persona humana del *nasciturus*, y, en tal calidad, titular del derecho a la vida.¹⁰⁹

Así, según dicha Corte, ni el derecho internacional de los derechos humanos ni la CADH establecen la obligación de considerar persona humana al *nasciturus*, que en palabras de la Corte precisó:

(...) de acuerdo con los parámetros del bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional, la protección del valor de la vida no impone el reconocimiento de la vida prenatal, como titular de los derechos de las personas desde la concepción. Ni implica un desconocimiento del deber de protección de la vida en potencia, a pesar de lo cual, tal garantía envuelve un carácter gradual e incremental [...].¹¹⁰

En efecto, no existe comparación ni proporcionalidad entre las consecuencias de una lesión sobre el interés de protección de la vida en gestación y el daño que produce anular los derechos fundamentales que ejerce en la actualidad una persona plenamente determinada. Por ello, resulta inconstitucional que la opción legislativa en este caso haya sido retribuir con una pena tan gravosa como es la privación de la libertad a una conducta que frustra tan solo una posibilidad futura, en detrimento del disfrute actual de múltiples derechos fundamentales

¹⁰⁷ Ibid. Párrafo 136

¹⁰⁸ Al respecto, la Corte de Constitucionalidad de Colombia ha señalado reiteradamente que el *nasciturus* no es una "persona humana" ni ostenta los derechos emanados de tal condición. Ver en: Corte de Constitucionalidad de Colombia: Sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-261 de 1996. MP: Alejandro Martínez Caballero; C-355 de 2006; C-327 de 2016.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Corte de Constitucionalidad de Colombia. Sentencia C-327 de 2016.

por parte de las mujeres y personas gestantes, e incluso del personal de salud. En consecuencia, las demandantes sostenemos que esta Corte está llamada a revisar la proporcionalidad de la norma demandada a la luz de los estándares constitucionales e internacionales antes explicados, de acuerdo con los cuales el tipo penal de aborto tiene graves y comprobados impactos negativos en diversos derechos fundamentales de quienes tienen posibilidad de gestar que resultan contrarios al principio de proporcionalidad.

Sobre este particular, el Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ya advertía, en su informe sobre “la interacción entre las leyes penales y otras restricciones jurídicas relativas a la salud sexual y reproductiva y el derecho a la salud”, que estas leyes resultan a menudo ineficaces y desproporcionadas y que los Estados deberían abstenerse de emplearlas cuando “no están fundamentadas en pruebas ni sean proporcionadas, ya que violan el derecho a la salud de las personas afectadas y además son contrarias a los propios fines que las justifican”.¹¹¹

Además, la penalización del aborto tampoco cumple con los principios de finalidad y proporcionalidad de la pena ya que expone a las mujeres y personas gestantes a riesgos desproporcionados si fueren privadas de su libertad en medio de una crisis carcelaria.

Aunado a lo anterior, no podemos dejar de referirnos en este análisis a la gravedad de la situación carcelaria que enfrenta el país, donde la ejecución de las penas afecta gravemente los derechos de la población carcelaria. Así, si bien la pena de *iure* para las mujeres que causen su aborto oscila entre seis meses a dos años¹¹², de *facto* las mujeres que se encuentran privadas de la libertad pierden también su dignidad, y, en varios casos, incluso la vida.

De acuerdo con el censo carcelario de 2022, en el país existían 1965 mujeres privadas de libertad¹¹³. Para diciembre de 2023, el 13% de esta población carcelaria vivía en condiciones de hacinamiento.¹¹⁴ A esto debe sumarse la proximidad geográfica de los Centros de Rehabilitación Social (CRS) de mujeres y hombres, que hace que las mujeres se encuentren en mayor riesgo de sufrir ataques y violaciones a sus derechos por parte de las bandas delincuenciales que operan con mayor predominancia en los CRS masculinos y que han tomado control sobre los pabellones femeninos.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Informe de Mujeres Privadas de la Libertad ya alertó de esta situación y manifestó su preocupación sobre el alojamiento de las mujeres en centros mixtos donde no es posible asegurar una adecuada separación entre hombres y mujeres. Así, la CIDH alertó sobre la situación de Ecuador indicando que:

“(…) la proximidad de la cárcel de mujeres con los centros controlados por internos genera temor sobre ellas de ser víctimas de los altos niveles de violencia que

¹¹¹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Informe provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. A/66/254. 2011. Párr.18.

¹¹² COIP, artículo 149 inciso 2

¹¹³ Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos, Censo Penitenciario 2022. Disponible en: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/censo-penitenciario-2022/>

¹¹⁴ SNAI. Estadísticas 2023. Disponible: <https://www.atencionintegral.gob.ec/estadisticas/>

caracterizan los centros contiguos (...)”¹¹⁵. Además, señaló que, tanto en Guayas como en Cotopaxi se habían reportado casos de “(...) paso de hombres a los sectores femeninos poniendo en riesgo la seguridad de las mujeres (...)”¹¹⁶ e incluso dentro de los centros se han presentado casos de violencia sexual por parte de hombres que ingresan a los pabellones femeninos.¹¹⁷

Esta realidad, se inserta, además en un contexto de gravísima crisis del sistema penitenciario ecuatoriano. El Estado no tiene control de los centros de privación de libertad desde hace varios años (ver por ejemplo el caso 1-19-EE) Las bandas delincuenciales han tomado el control del de los CRS y han ocasionado una serie de masacres. De acuerdo con datos de la sociedad civil más de 600 personas privadas de libertad han sido asesinadas desde 2019¹¹⁸. Por esas razones se han declarado estados de excepción en múltiples ocasiones. A la fecha en que se presenta esta demanda, nuevamente se ha declarado estado de excepción y conflicto armado interno para retomar el control de los CRS y detener la ola de violencia que viven estos centros¹¹⁹.

Como se observa, la situación carcelaria en el país hace que las mujeres privadas de libertad se enfrenten a un riesgo bastante alto de ser sometidas al control de las bandas de crimen organizado que controlan los CRS¹²⁰. En tal sentido, utilizar la privación de la libertad como medida sancionatoria en las circunstancias actuales, pone en riesgo la vida e integridad de las privadas de libertad, tornando desproporcionada la pena en razón del delito cometido.

Vulneración del principio y el derecho a la igualdad formal, sustantiva y de no discriminación. -

El marco constitucional ecuatoriano prohíbe específicamente la discriminación a través de diversos enunciados normativos. Sin embargo, la vigencia de determinadas normas infra constitucionales, como el artículo 149 del COIP constituye un mecanismo que no solo discrimina y restringe de forma irrazonable el ejercicio de una amplia gama de derechos fundamentales de las mujeres y personas gestantes, sino que, al criminalizar a quienes deciden hacerlo, ocasiona un grave problema de salud pública y de injerencia en la vida privada de las mujeres y personas gestantes que se encuentran en situación de múltiples vulnerabilidades. En este acápite, argumentaremos que, al mantener vigente el tipo penal de aborto consentido, se vulnera el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igualdad formal y material sus dos dimensiones.

Por un lado, se vulnera la dimensión negativa del derecho a la igualdad sin discriminación porque la tipificación penal del aborto consentido impone prohibiciones y mandatos que contienen y reproducen estereotipos de género, estableciendo diferencias de trato arbitrarias y desproporcionadas contra las mujeres y personas gestantes quienes, además, sufren -en mayor medida- los impactos de la desigualdad estructural generada por la brecha de género.

¹¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Mujeres Privadas de la Libertad en las Américas 2023, p.75. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Informe-Mujeres-privadas-libertad.pdf>

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.* párr. 138

¹¹⁸ <https://www.cdh.org.ec/actividades/596-accion-de-proteccion-por-masacres-carcelarias.html>

¹¹⁹ Presidencia de la República del Ecuador. Decreto Ejecutivo 110 de 8 de enero de 2024. Disponible en: <https://static.poder360.com.br/2024/01/ecuador-decreto-estado-excecao-8-jan-2024.pdf>

¹²⁰ Entrevista Heidy Miles. Integrante de Mujeres de Frente. Situación de las cárceles en Ecuador. La maternidad, menstruación y la salud sexual y reproductiva. yanada.elpodcast. marzo 2024. Ver en: [yhttps://www.instagram.com/p/C4diy9Wr-YS/](https://www.instagram.com/p/C4diy9Wr-YS/)

Por otro lado, la norma demandada también vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación en su dimensión positiva, porque, al mantenerla vigente, el Estado no cumple con su obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.

A continuación, nos referiremos a los estándares constitucionales e internacionales generales aplicables sobre el principio y el derecho a la igualdad y no discriminación. Y, en segundo lugar, desarrollaremos los cargos en el mismo orden *supra* propuesto. Finalizaremos el acápite con las conclusiones del cargo solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la norma demandada por cuanto vulnera estos principios y derechos constitucionales.

Estándares aplicables sobre igualdad y no discriminación.-

El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra reconocido en el numeral 4) del artículo 66 de la CRE. Asimismo, la prohibición de discriminación se encuentra prevista como principio que rige el ejercicio de los derechos en el numeral 2 del artículo 11 de la CRE, el cual establece:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portador VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.¹²¹

En el numeral 1) del artículo 3 de la CRE se señala, igualmente, que es deber primordial del Estado: “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.

Aunado a lo anterior, el artículo 341 de la Constitución establece la obligación del Estado de priorizar su acción hacia aquellos grupos que requieran protección especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia:

el Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad.

Por su parte, diversos tratados e instrumentos internacionales de derechos de los que Ecuador es parte establecen el principio de no discriminación y reconocen el derecho a la igualdad como derecho autónomo, entre ellos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 3 y 26); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (art. 2); la Convención sobre Derechos del Niño (art. 2); o la Convención Americana sobre

¹²¹ CCE (2016). Sentencia No. 019-16-SIN-CC. Caso No. 0090-15-IN. 22 de marzo de 2016.

Derechos Humanos (arts. 1 y 24), entre otros. Este último instrumento, a su vez, establece el deber estatal de adecuar la normativa y adoptar disposiciones de derecho interno para respetar, proteger y garantizar los derechos y libertades.

En el caso específico de las mujeres, el preámbulo de la CEDAW reconoce que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto a la dignidad humana, dificultando la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país. Asimismo, establece que: “(...) para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”.

En el artículo 1 del referido instrumento se definen y señalan los elementos de la discriminación contra las mujeres, en los siguientes términos:

(...) la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción **basada en el sexo** que tenga por **objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer**, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (Énfasis añadido).

Asimismo, en el artículo 15 de la CEDAW se reconoce la igualdad ante la ley de las mujeres con los hombres como derecho autónomo.

De la misma manera la igualdad ante la ley y de la ley está reconocido en el literal f) del artículo 4 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará). El artículo 6 del mismo instrumento reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho a ser libres de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Por su parte, los órganos de tratados de Naciones Unidas también han desarrollado de forma extensa el alcance del principio y el derecho a la igualdad y no discriminación.

El Comité de Derechos Humanos, en la Observación General No. 18 ha diferenciado la igualdad ante la ley y el derecho a la igual protección de la ley sin discriminación señalando que: “(...) al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 (para) que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio”.¹²²

Sobre el principio de igualdad y no discriminación, en la misma Observación General el Comité señaló que: “es un principio básico” frente al cual los Estados deben tomar expresamente “medidas que garanticen la igualdad de derechos de las personas que se trate” y que: “(...) el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto”¹²³.

Por su parte, la Corte IDH, ejerciendo sus funciones consultivas señaló:

¹²² CDH. Observación general N° 18.No discriminación. 37º período de sesiones (1989). párr.12

¹²³ Ibid. Párr. 10

(...) el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, **pertenece al ius cogens**, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico¹²⁴ (énfasis añadido).

La Corte IDH también se ha referido a la relación intrínseca entre la noción de igualdad y la de dignidad, estableciendo las obligaciones estatales derivadas:

(...) la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto¹²⁵.

Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, la Corte IDH y los órganos de supervisión de los tratados de los que Ecuador es parte, coinciden en que el principio de igualdad y no discriminación tiene dos dimensiones: la denominada igualdad jurídica o formal y la igualdad de hecho o material¹²⁶. La **igualdad jurídica o formal** hace referencia a la igualdad ante la ley, es decir una igualdad en cuanto a la configuración y aplicación de normativa jurídica¹²⁷. La **igualdad de hecho, material o sustantiva** hace referencia a las particularidades de los sujetos, grupos o colectivos, quienes deben ser tratados de manera igualitaria si se encuentran dentro de circunstancias fácticas similares, prohibiendo cualquier acto discriminatorio¹²⁸. La igualdad sustantiva es parte esencial de la definición de discriminación contenida en la Convención de la CEDAW.¹²⁹

En similar sentido, la Corte IDH ha indicado que el principio de igualdad y no discriminación tiene dos dimensiones: una negativa, relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias; y otra positiva, relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados¹³⁰. Igualmente se ha pronunciado, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 20¹³¹.

A continuación, analizaremos la norma demandada a la luz de los referidos estándares para demostrar que vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación.

¹²⁴ Corte IDH (2003). Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

¹²⁵ Corte IDH (2017). Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 247.

¹²⁶ CCE (2016). Sentencia No. 019-16-SIN-CC. Caso No. 0090-15-IN. 22 de marzo de 2016.

¹²⁷ Ibid

¹²⁸ Ibid

¹²⁹ Conforme se puede revisar en los artículos 1 y 2 de la Convención de la CEDAW.

¹³⁰ Corte IDH. Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

¹³¹ Comité DESC. Observación General 20.

Análisis de la norma impugnada: el delito de aborto consentido vulnera los principios y derechos a la igualdad formal y material y a la no discriminación.-

El artículo 149 del COIP, cuya constitucionalidad se impugna, contiene tres prohibiciones: 1) prohíbe a toda persona el hacer abortar a una mujer que haya consentido en ello; 2) prohíbe a toda mujer o persona gestante causar su aborto; y 3) prohíbe a toda mujer o persona gestante permitir que otra persona cause su aborto.

Como señala Ferrajoli, la tipificación del aborto consentido es la única norma penal que no se limita a una prohibición pues, además de las prohibiciones, impone a quienes están embarazadas el mandato de maternidad al obligarlas a llevar a término un embarazo en contra de la propia voluntad. Consecuentemente, las obliga a asumir una larga y gravosa serie de obligaciones, condicionamientos, transformaciones, riesgos y afectaciones asociadas a la maternidad y el embarazo que implican una verdadera alteración de la vida (desde la obligación de criar y mantener un hijo hasta la renuncia a proyectos de vida distintos, de estudio y de trabajo).¹³²

El embarazo, al ser un proceso que se produce exclusivamente en el cuerpo de las mujeres y personas gestantes, produce solamente en ellas, transformaciones físicas y psicológicas. Sobre esto la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia Nro. 878-20-JP/24 ha reconocido:

(...) el proceso del embarazo presenta una serie de cambios –físicos y psicológicos– para la mujer, con el fin de adaptarse a las exigencias que presenta el desarrollo de un nuevo ser humano en el interior del cuerpo de la madre. Dichos cambios ocurren de manera gradual, pero continúan a lo largo de todo el embarazo, por lo que una vez que este ha concluido con el parto, inicia el puerperio, período en el que el organismo de la mujer se recupera de la mayoría de cambios ocurridos en él.¹³³

(...) El posparto o puerperio es el tiempo que necesita el cuerpo de la mujer para recuperar progresivamente su condición antes del embarazo, se caracteriza por una serie de transformaciones psicológicas y fisiológicas progresivas y simultáneas que comienzan después del alumbramiento –expulsión de la placenta– hasta un límite variable, que depende de la persona y del tipo de parto, pues como se determinó en el párrafo anterior, en los partos por cesárea, al ser una cirugía, podrían suscitarse complicaciones posteriores.¹³⁴

De acuerdo con la literatura científica, y como se desarrollará en otras partes de esta demanda, entre los principales cambios fisiológicos en la mujer y persona gestante por un embarazo normal están los cambios cardiovasculares, pulmonares y respiratorios, gastrointestinales, hematológicos, renales y urinarios, endocrinos y metabólicos.¹³⁵

¹³² Entrevista a Luigi Ferrajoli sobre la cuestión del aborto. Ver en:

<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/entrevista-al-profesor-luigi-ferrajoli-sobre-la-cuestion-delaborto/+7201>

¹³³ CCE Sentencia 878-20-JP/24 párr. 48

¹³⁴ CCE Sentencia 878-20-JP/24 párr. 43

¹³⁵ CARRILLO-MORA, Paul et al. Cambios fisiológicos durante el embarazo normal. Rev. Fac. Med. (Méx.) [online]. 2021, vol.64, n.1 [citado 2024-03-17], pp.39-48. Disponible en:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0026-17422021000100039&lng=es&nrm=iso. Epub 06-Jul-2021. ISSN 2448-4865. <https://doi.org/10.22201/fm.24484865e.2021.64.1.07>.

Los cambios fisiológicos relacionados con las enfermedades o condiciones preexistentes¹³⁶ inciden en que las mujeres y personas gestantes, estén expuestas a mayores riesgos según sea el caso. Asimismo, existen “riesgos que no se pueden predecir y pueden presentarse complicaciones durante el parto”¹³⁷ y no todas las muertes maternas pueden ser evitadas, aunque la detección de señales de peligro pueden evitar la mayoría

Las mujeres y personas gestantes que más han fallecido se ubican entre el rango de edad de 20-29 años. Además, por cada muerte materna, muchas otras mujeres han sufrido complicaciones severas durante el embarazo, parto y puerperio que no se han documentado y que llevan a diferentes niveles de secuelas¹³⁸

Por otra parte, luego del parto, la mayoría de las mujeres y personas gestantes, presentan cambios de estado de ánimo, episodios de llanto, ansiedad y dificultad para dormir. Sin embargo, otras mujeres presentan otro tipo de afectación conocida como depresión postparto que puede comenzar desde el embarazo, depresión perinatal, que es una complicación derivada del parto o embarazo y que requiere tratamiento inmediato. En raras ocasiones se puede presentar un trastorno extremo denominado psicosis posparto¹³⁹.

Los estudios demuestran que entre 60% a 65% de las mujeres durante el postparto tiene un sueño de corta duración, durmiendo menos de 6 horas, refiriendo fatiga como uno de los síntomas más serios después del parto. Diversos estudios han confirmado la relación entre fatiga y depresión postparto, incluso algunos destacan la relación bidireccional entre ambas, donde la fatiga predice síntomas depresivos y viceversa. La fatiga, además, se ha relacionado a alteraciones en el funcionamiento diurno de la mujer, peso materno y construcción del vínculo madre-hijo.¹⁴⁰

Estas transformaciones y riesgos se intensifican en el caso de embarazos y maternidades de niñas y adolescentes. Como lo ha reconocido el propio Estado ecuatoriano en Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes 2018-2025:

La maternidad temprana se identifica como un elemento para la perpetuación de los ciclos de pobreza, debido a que provoca deserción o interrupción escolar, con lo que se limitan las oportunidades de empleo digno, sobre todo para las mujeres, con lo que se agudiza la pobreza e incrementa el número de hogares monoparentales, con predominancia de jefaturas femeninas. Además, está asociada a graves complicaciones de salud debido a la inmadurez fisiológica y la posición social, las adolescentes enfrentan mayores riesgos de mortalidad y de complicaciones

¹³⁶ Por ejemplo, adolescencia y embarazos a edad tardía; anemia; obesidad y desnutrición; enfermedades del corazón e hipertensión arterial; enfermedades venosas; enfermedades renales o hepáticas (riñones o hígado); enfermedades maternas transmisibles; cáncer; violencia de género; discapacidades y problemas de salud mental; número de partos previos; uso de medicamentos en enfermedades crónicas. Ver en: Enfermedades o condiciones preexistentes que pueden complicar un embarazo. Página oficial del Ministerio de Salud Pública. Disponible en: <https://www.salud.gob.ec/enfermedades-o-condiciones-preexistentes-que-pueden-complicar-un-embarazo/>

¹³⁷ Ministerio de Salud Pública. Señales de Peligro en el Embarazo. Ver en: <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/01/Muerte-materna.pdf>

¹³⁸ Multimed. Revista Médica. Granma. Morbilidad materna extremadamente grave y mortalidad, indicadores de calidad de la atención obstétrica. Artículo en revisión 2017. Ver en: <https://revmultimed.sld.cu/index.php/mtm/article/download/544/886>

¹³⁹ Gaceta de Mortalidad Materna en Ecuador. Años 2021 y 2022 Ver en: <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2022/01/Gaceta-MM-SE-51.pdf> <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2023/02/Gaceta-de-MM-SE-1.pdf>

¹⁴⁰ Rev. niño. obstetra. gineco. vol.83 no.2 Santiago abr. 2018. Fatiga postparto: revisión de la literatura. Daniela Andrade Rebolledo, Benjamín Vicente Parada. Ver: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75262018000200161

obstétricas relacionadas con el embarazo precoz o la práctica de un aborto inseguro¹⁴¹.

De acuerdo con cifras difundidas por el Ministerio de Educación en el Ecuador el 45% de adolescentes embarazadas no están dentro del sistema educativo. El embarazo afecta de manera desigual a hombres y mujeres, pues son ellas quienes abandonan sus estudios¹⁴².

Asimismo, pese a que la normativa nacional prohíbe las uniones tempranas, estas ocurren. De acuerdo con la última información publicada por el Censo de Población y Vivienda (2022) realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), 100.957 niñas, niños, adolescentes y jóvenes comprendidos entre 12 y 19 años registran algún tipo de unión de hecho o de derecho, señalan estar separados/as, divorciados/as o en situación de viudez.¹⁴³

En el rango de edad de 12 a 14 años, de un total de 5.217 NNA que señalan estar *unidos* 3.600 son mujeres y 1617 son hombres. Asimismo, de 664 NNA que indican estar separadas, 387 son mujeres y 277 son hombres. De un total de 78 NNA *viudas/os*, 41 son mujeres y 37 son hombres.¹⁴⁴

En el rango de edad de 15-19 años de un total de 90.820 personas que señalan estar unidas, 67.654 son mujeres y 23.166 son hombres. De las 7644 personas que señalan estar separados/as 6688 son mujeres y 957 son hombres. De 110 personas que señalan estar divorciadas 64 son mujeres y 46 son hombres. De 307 personas que manifiestan ser viudas, 250 son mujeres y 57 son hombres. Finalmente, de 4.937 personas que afirman estar casadas 3.509 son mujeres y 1.428 son hombres.¹⁴⁵

Como se advierte, las NNA, pese la prohibición legal de matrimonio, registran uniones de hecho, que también configura una práctica nociva que afecta principalmente a las mujeres, lo que se evidencia en las cifras señaladas *supra*.

La investigación *Uniones tempranas forzadas, embarazo en adolescentes, violencia sexual y suicidio: vínculos y correlaciones en la frontera norte de Ecuador* concluyó que “ los embarazos en niñas y adolescentes y las uniones tempranas forzadas están relacionadas con experiencias de violencia sexual, señalando que estos fenómenos ocurren en diversos escenarios y algunos elementos de riesgo y vulnerabilidad afectan significativamente la salud integral y la vida de las mujeres que, en algunos casos, llegan al suicidio”.¹⁴⁶

¹⁴¹ Ministerio de Salud Pública. Antecedentes – Política Intersectorial De Prevención Del Embarazo En Niñas y Adolescentes 2018-2025. Página Oficial. Disponible en: <https://www.salud.gob.ec/antecedentes-politica-intersectorial-de-prevencion-del-embarazo-en-ninas-y-adolescentes-2018-2025/>

¹⁴² Ministerio de Salud Pública. Antecedentes – Política Intersectorial De Prevención Del Embarazo En Niñas y Adolescentes 2018-2025. Página Oficial. Disponible en: <https://www.salud.gob.ec/antecedentes-politica-intersectorial-de-prevencion-del-embarazo-en-ninas-y-adolescentes-2018-2025/>

¹⁴³ INEC. Censo Ecuador 2022. Resultado. Tabulados Estado Conyugal. <https://www.censoecuador.gob.ec/resultados-censo/>

¹⁴⁴ Ibid

¹⁴⁵ Ibid

¹⁴⁶ CONSEJO NACIONAL PARA LA IGUALDAD INTERGENERACIONAL – CNII Francisco Cevallos Tejada, Secretario Técnico FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS – UNFPA Markus Behrend, Representante Uniones tempranas forzadas, embarazo en adolescentes, violencia sexual y suicidio: vínculos y correlaciones en la frontera norte de Ecuador Agosto 2021 Quito - Ecuador https://ecuador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/uniones_tempranas_-_cnii_unfpa.pdf

Por otra parte, la maternidad, incluso si esta es deseada, ha sido relacionada con las brechas de desigualdad entre hombres y mujeres, brecha que afecta a las mujeres. Así, de acuerdo con la investigación realizada en Ecuador en 2020 por el grupo Faro, publicada por el Banco Central del Ecuador, existe una penalización por maternidad de 8% sobre el salario en relación con la brecha salarial. Este estudio señala que la diferencia salarial entre las mujeres no madres y madres es más amplia al considerar los rangos de edad de los hijos. Así, las madres con hijos menores a 6 años y con hijos entre 6 a 12 años ganan en promedio 20% y 7% menos, respectivamente. Por el contrario, en el estudio se señala que no existe penalización por paternidad en el salario, aunque tener hijos menores a 12 años parecería estar asociada con una penalización salarial de 3% en los hombres. Finalmente, el estudio concluye que la brecha salarial entre padres y no padres es positiva, es decir los padres ganan en promedio 2% más que los no padres.¹⁴⁷

Las mujeres, independientemente de su condición social y de su etnia dedican más tiempo al cuidado¹⁴⁸, en general, destinan un promedio 1.612 horas al año al trabajo del hogar y los hombres solo 587 horas. Las tareas de cuidado y domésticas están concentradas en la población femenina¹⁴⁹. De acuerdo con las cifras oficiales, la tasa de empleo no remunerado es del 17.9% para las mujeres y del 5.8% para los hombres. Las mujeres sin instrucción son las que dedican más tiempo al TNR 81.2%, las que tienen educación básica aportan en un 77.3%, las que tienen educación superior un 76.4% y aquellas que tienen educación de postgrado un 67%. Asimismo, de acuerdo al quintil de ingreso, las mujeres que están en el Quintil 1, aportan el 80.6% al TNR mientras que en el Quintil 5 aportan un 71.8%¹⁵⁰

Para las mujeres no importa la edad que tengan; su rol es ser cuidadoras. Igual lo hacen de niñas, jóvenes, adultas y en su vejez. Conforme a la Encuesta de Condiciones de Vida 2013-2014, realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), de 4,3 millones de hogares, el 26,4% (1,1 millones) las mujeres son jefas de hogar. De este grupo, el 37% cuenta con un negocio en casa para sostener económicamente a sus hijos e hijas.

La presencia de niños y niñas menores de 12 años en el hogar influye en las relaciones diarias de convivencia de sus miembros e incide en la economía del cuidado. El Telégrafo recoge la historia de Delia, quien asume el cuidado de su nieto:

(...) en la comunidad indígena Luis Freire, cerca de Cayambe, al norte de la provincia de Pichincha. Cuatro horas del día, de lunes a viernes, cumple con esta responsabilidad. Lo hace con mucho cariño, aunque a veces sus 60 años de edad le recuerdan que también merece más tiempo de descanso.

¹⁴⁷ Maldonado, J; Peña, C. (2020). Maternidad y brecha salarial: ¿Penaliza el mercado laboral la maternidad?. Quito: FARO. Disponible en: Banco Central del Ecuador. Cuestiones Económicas. Volumen 30 Número 2. <https://estudioeconomicos.bce.fin.ec/index.php/RevistaCE/article/view/272>

¹⁴⁸ INEC. Boletín técnico N° 01-2020-CSTNRH. Cuentas Satélite del Trabajo No Remunerado de los Hogares 2016-2017. Disponible en: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Economicas/Cuentas_Satelite/Cuenca_satelite_trab_no_remun_2017/2_Presentacion_resultados_CSTNRH.pdf

¹⁴⁹ Maldonado, J; Peña, C. (2020). Maternidad y brecha salarial: ¿Penaliza el mercado laboral la maternidad?. Quito: FARO. Disponible en: Banco Central del Ecuador. Cuestiones Económicas. Volumen 30 Número 2.

¹⁵⁰ INEC. Boletín técnico N° 01-2020-CSTNRH. Cuentas Satélite del Trabajo No Remunerado de los Hogares 2016-2017.

Como María Delia, otras abuelas de la comuna deben vigilar a sus nietos mientras sus hijos o hijas trabajan, por lo general, en las plantaciones de flores aledañas. La situación es similar en el sector urbano del país.¹⁵¹

Si en un hogar no hay presencia de NNA, la producción del Tiempo No Remunerado (TNR) de la mujer alcanza el 72,4%; mientras que ante la presencia de NNA, su aporte aumenta hasta el 79,8%. Es decir, en hogares con NNA, el TNR de la mujer tiende a intensificarse frente al de los hombres. La relación es diferente en relación con los hombres. Así, en hogares con NNA menores de 12 años, los hombres aportan un 20.2% al TNR mientras que en hogares sin hijos aportan el 27.6%. Además, el 84.6% de la contribución al cuidado de los NNA lo realizan las mujeres.¹⁵²

En relación con la jornada laboral y las horas de trabajo, 4 de cada 10 mujeres con NNA no completan la jornada laboral de 40 horas mientras que 2 de cada 10 hombres con NNA tampoco la completa.¹⁵³ Si se iguala entre mujeres madres y no madres niveles de productividad, dotación de capital humano, experiencia, puesto de trabajo y otras características, las mujeres que son madres tendrían un ingreso laboral menor en un 37% en relación con las que no lo son¹⁵⁴.

El mercado laboral penaliza la maternidad también con relación a las horas de trabajo semanal, mientras que la paternidad puede generar un efecto positivo, así:

(...)la probabilidad de que una mujer con hijos trabaje 38.45 horas a la semana es menor en un 85% respecto a las mujeres sin hijos. Mientras que para los padres la probabilidad de trabajar 42.88 horas a la semana es mayor en un 39% respecto a los no padres. Además, la probabilidad de que las madres alcancen las 38.45 horas semanales disminuye respecto a las mujeres no madres, en especial para las mujeres con hijos menores a 6 años (-152%) y con hijos entre 6 y 12 años de edad (-108%). Al contrario de los resultados obtenidos para las mujeres que son madres, al controlar por rango de edad de los hijos, la probabilidad de que un padre con hijos menores a 6 años trabaje 42.88 horas semanales aumenta en un 70% y solo es negativa para los padres con hijos mayores a 24 años.¹⁵⁵

La misma investigación, señala que en una muestra de 136.933 hogares la relación entre maternidad o paternidad, y de empleo o desempleo es la siguiente:

Tabla 1. Distribución de la muestra ENEMDU acumulada 2018

	Observaciones	
	Mujeres	Hombres
Total	246,025	236,523
Con hijos/as	89,493	71,105
Sin hijos/as	30,486	31,642
Con hijos/as y trabajan	55,122	63,572

¹⁵¹ El Telégrafo. Mujeres, cuidadoras hasta la vejez. 12 de marzo de 2016. Disponible en: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/palabra/1/mujeres-cuidadoras-hasta-la-vejez>

¹⁵² INEC. Boletín técnico N° 01-2020-CSTNRH. Cuentas Satélite del Trabajo No Remunerado de los Hogares 2016-2017.

¹⁵³ Maldonado, J; Peña, C. (2020). Maternidad y brecha salarial: ¿Penaliza el mercado laboral la maternidad?. Quito: FARO. Disponible en: Banco Central del Ecuador. Cuestiones Económicas. Volumen 30 Número 2

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Ibid.

Con hijos/as y no trabajan	34,371	7,533
Sin hijos/as y trabajan	16,244	24,077
Sin hijos/as y no trabajan	14,242	7,565

Fuente: *Maternidad y brecha salarial: ¿Penaliza el mercado laboral la maternidad?*¹⁵⁶

De estas cifras se destaca que las mujeres que tienen NNA y que no trabajan de forma remunerada son el 84%, mientras que los hombres que tienen NNA y que no trabajan representan el 16%.

La Corte Constitucional del Ecuador ordenó se apruebe una ley para incorporar el derecho al cuidado en el ámbito laboral, luego de conocer y acumular varias causas en las que se discriminaba a las mujeres por su condición de embarazo en el ámbito laboral¹⁵⁷. En su sentencia la Corte Constitucional reconoció: limitaciones al goce del derecho de las mujeres a la salud, salud sexual y salud reproductiva en el contexto laboral; situaciones recurrentes y generalizadas de violaciones a los derechos de las mujeres embarazadas, en periodo de lactancia o en licencia de maternidad en el contexto laboral público; obstáculos para obtener permisos para controles médicos en embarazos de riesgo; despido o cesación a las mujeres por encontrarse embarazadas, mientras gozaban de su licencia de maternidad o en periodos de lactancia; estigmatización por parte de los empleadores, compañeros de trabajo y operadores de justicia; inexistencia de espacios adecuados para que las mujeres puedan extraer su leche o dar de lactar y para el cuidado infantil; reintegración de las mujeres a un cargo de menor rango o en peores condiciones; y tramitación no inmediata del pago de remuneraciones no percibidas o liquidación¹⁵⁸.

Tras la aprobación de la Ley Orgánica del Derecho al Cuidado¹⁵⁹, se amplía el permiso remunerado de paternidad de 10 días a 15 días, aunque se establece una licencia no remunerada de cuidado de los NNA por un año tanto para trabajadoras como trabajadores. En la práctica, son las mujeres las que la toman y no los hombres. En cuanto a protección de la maternidad, mantiene la licencia por maternidad en 12 semanas por debajo del Convenio 183 de la OIT (14 semanas)¹⁶⁰. Esta ley, evidentemente, no aborda de forma integral los impactos de la maternidad en la vida laboral de las mujeres, señaladas *supra* ni la brecha de desigualdad entre hombres y mujeres que se profundiza por la maternidad.

Así, pese a que la brecha de género se profundiza con la maternidad y aún más con los embarazos y maternidades adolescentes y; pese a los riesgos y transformaciones que viven las mujeres y personas gestantes que atraviesan un embarazo, la posibilidad de interrumpir un embarazo no deseado está establecida en el Ecuador solamente en tres reducidas causales: 1) si el aborto se realiza para evitar un peligro para la vida y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2) si el aborto se realiza para evitar un peligro para la salud y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 3) si el embarazo es consecuencia de una

¹⁵⁶ Maldonado, J; Peña, C. (2020). *Maternidad y brecha salarial: ¿Penaliza el mercado laboral la maternidad?*. Quito: FARO. Disponible en: Banco Central del Ecuador. Cuestiones Económicas. Volumen 30 Número 2.

¹⁵⁷ Ref. Causas: 3-19-JP, 5-19-JP, 9-19-JP, 21-19-JP-23-19-JP, 23-19-JP, 42-19-JP, 65-19-JP, 138-19-JP, 145-19-JP, 215-19-JP, 229-19-JP, 294-19-JP, 294-19-JP, 304-19-JP, 307-19-JP, 322-19-JP, 372-19-JP Y 390-19-JP

¹⁵⁸ Oficio Nro. DPE-DDP-2021-0147-O. Presentación de proyecto de ley de derecho al cuidado en el ámbito laboral, cumplimiento de sentencia de Corte Constitucional. Disponible en: <https://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/9cc879cd-4afe-4272-bc20-971faa70e3a9/pp-defensoria-pueblo-Memorando%20Nro.%20AN-PR-2021-0050-M.pdf>

¹⁵⁹ Primer Suplemento del Registro Oficial nro. 309 del 12 de mayo de 2023

¹⁶⁰ OIT. La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_242618.pdf

violación¹⁶¹. Así, mediante la tipificación del aborto consentido se obliga a que toda mujer y persona gestante que esté cursando un embarazo no deseado continúe el embarazo hasta su término, dé a luz y se convierta en madre y, en consecuencia, asuma las transformaciones, obligaciones, riesgos, condicionamientos y afectaciones asociadas con el embarazo y la maternidad.

Vulneraciones al derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación.

La penalización del aborto consentido afecta el derecho de igualdad formal y sustantiva y a la no discriminación en sus dos dimensiones. En primer lugar, afecta a la igualdad formal y no discriminación en su dimensión negativa porque: i) establece diferencias de trato injustificadas que constituyen una forma de violencia basada en género; y ii) está basada en estereotipos de género que implican y replican la subordinación jurídica de las mujeres y personas gestantes. En segundo lugar, vulnera el derecho a la igualdad sustantiva sin discriminación por los siguientes motivos: i) en su dimensión negativa porque, más allá de la formulación legal, en la práctica la norma demandada produce y reproduce situaciones de discriminación; ii) en su dimensión positiva porque, al mantener vigente la norma, el Estado no cumple con su obligación de crear condiciones de igualdad real o sustantiva frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. A continuación, desarrollaremos los cargos referidos en el mismo orden propuesto.

a) La prohibición del aborto vulnera el derecho a igualdad ante la ley y no discriminación en su dimensión negativa porque impone diferencias de trato no justificadas hacia las mujeres y personas gestantes y constituyen una forma de violencia basada en género

Como hemos señalado *supra*, la igualdad jurídica o formal hace referencia a la igualdad ante la ley, es decir una igualdad en cuanto a la configuración y aplicación de normativa jurídica. En consecuencia, en su dimensión negativa, impone una prohibición de establecer diferencias de trato en las normas jurídicas que resulten arbitrarias.

Al respecto, el Comité DESC señaló en la Observación Nro. 16 que la obligación de respeto sobre este derecho requiere, entre otras cosas, que los Estados Parte se abstengan de realizar actos discriminatorios que directa o indirectamente tengan como resultado la denegación de la igualdad de derechos entre hombre y mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, y que para ello debe no aprobar leyes o en su defecto derogar las existentes que no estén conformes con el artículo 3.

En cuanto a las diferenciaciones de trato establecidas en las normas jurídicas, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que:

(...) la igualdad en su dimensión formal, tradicionalmente denominada "igualdad ante la ley". De acuerdo con este rol de la igualdad, las normas jurídicas deben ser aplicadas a todas las personas, sin distinción de ninguna clase. Así, los privilegios y cargas que otorga el derecho objetivo deben ser universalmente repartidos entre los sujetos de

¹⁶¹ La sentencia 34-19-IN despenalizó la frase "en una mujer que padezca discapacidad mental", originalmente en 1938 "demente o idiota".

derechos constitucionales o lo que es lo mismo, los sujetos que se hallen en determinada situación jurídicamente relevante deben recibir el mismo tratamiento¹⁶².

En la misma línea, la CCE ha señalado que:

(...) el mandato de igualdad en la formulación del derecho exige prima facie que todos sean tratados igual por el legislador al momento de la configuración normativa; sin embargo, este principio puede ser limitado siempre que existan criterios razonables que justifiquen un trato diferenciado a determinados sujetos¹⁶³.

Adicionalmente, la CCE también ha precisado: “el principio de igualdad formal será vulnerado cuando en la formulación de la norma jurídica no se evidencia razones suficientes para una diferenciación legal”¹⁶⁴. En cuanto a este punto, la aproximación de la Corte Constitucional de Ecuador coincide con la Corte IDH que ha señalado reiteradamente que, para que una diferencia de trato no sea discriminatoria, debe ser justificada, objetiva y razonable¹⁶⁵.

Por su parte, la Corte IDH ha señalado que:

(...) no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables. Cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales estas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad.¹⁶⁶

Así, la jurisprudencia constitucional e internacional ha señalado los tres elementos que permiten establecer si una diferencia de trato es justificada o injustificada, a saber: i) la comparabilidad requiere existan dos sujetos de derechos, personas o grupos que están en igual o semejantes condiciones; ii) la aplicación de una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en la Constitución; y iii) la verificación del resultado ocasionado por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina¹⁶⁷. A consideración de la Corte, la diferencia de trato está justificada cuando se promueven derechos y la diferencia es discriminatoria cuando tiene como objeto el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.¹⁶⁸

b) La tipificación imponiendo *de facto* mandatos basados en estereotipos de género.

¹⁶² CCE (2016). Sentencia No. 019-16-SIN-CC. Caso No. 0090-15-IN. 22 de marzo de 2016.

¹⁶³ Ibid

¹⁶⁴ Ibid

¹⁶⁵ Corte IDH (1984). Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. Párr. 55 y 56.

¹⁶⁶ Corte IDH. Caso *I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párrafo 240.*

¹⁶⁷ CCE Sentencia No. 50-10-IN/19 párr. 19

¹⁶⁸ CCE Sentencia No. 50-10-IN/19 párr. 19

En particular, el mandato de ser madres¹⁶⁹ y de continuar con un proceso biológico que tiene profundos impactos físicos y psicológicos sobre sus cuerpos y sus vidas como se mencionó *supra*. Con ello, no solo menoscaba, sino que anula por completo el derecho de las mujeres y personas gestantes embarazadas al libre desarrollo de la personalidad en sus dimensiones trascendentales, el tener hijos, hijas o no; a construir libremente su proyecto de vida; a decidir sobre lo más íntimo de su esfera privada, su cuerpo; a decidir sobre las opciones que dan sentido a su existencia; a su derecho a ser tratadas como seres únicos e irrepetibles. Imponiendo mediante la amenaza de una persecución penal a quienes están embarazadas el rol de la maternidad. No existe norma penal similar en relación con los hombres y su ejercicio de la paternidad.

Al respecto, la CCE ha señalado que se utiliza la categoría sospechosa del sexo al imponer sanciones [reglamentarias] que son evidentes en las mujeres, y no en los hombres, por la situación de embarazo¹⁷⁰. Asimismo, al conocer causas relacionadas con la discriminación de mujeres embarazadas en el ámbito laboral¹⁷¹ y en el ámbito educativo¹⁷², esta CCE ha establecido reiteradamente que la imposición de sanciones o de mayores obligaciones en virtud de la condición de embarazo “constituyen una forma de discriminación en atención al artículo 11 numeral 2 en el que se establece a la condición de embarazo como una de las categorías protegidas contra la discriminación”¹⁷³.

Al respecto, es preciso señalar que la discriminación de las mujeres embarazadas o personas gestantes en el ámbito laboral y en el ámbito educativo tienen el propósito de confinarlas a la esfera de lo privado. En el mismo sentido, la penalización del aborto consentido y la obligación consecuente de continuar un embarazo y maternar tiene el mismo propósito de mantener a las mujeres y personas gestantes en el ámbito privado, reafirmando estereotipos de género que reproducen el rol de cuidado de las mujeres y personas gestantes debido a su sexo, género y su condición de embarazo. La imposición de un mandato de maternidad mediante el derecho penal ocurre exclusivamente respecto de las mujeres y las personas gestantes, no respecto de los hombres.

c) Aunado a lo anterior, la diferencia de trato impuesta por la norma demandada constituye una forma de violencia basada en género y, consecuentemente, es una forma de discriminación prohibida por el derecho internacional de derechos humanos que el Ecuador está obligado a erradicarla.

De acuerdo con la Convención de Belém do Pará, el Comité DESC y el Comité CEDAW, la violencia basada en género es una forma de discriminación. Asimismo, la CEDAW ha reiterado que las leyes que penalizan el aborto legal son discriminatorias y constituyen una forma de violencia por razón de género¹⁷⁴. Para el Comité de Derechos Humanos, la imposibilidad de acceder a una interrupción legal del embarazo puede constituir una violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación contenido en el artículo 3 del PIDCP, porque se trata de una obstrucción legal a un procedimiento requerido exclusivamente por las mujeres¹⁷⁵. En el mismo sentido, el ex Relator Especial sobre el

¹⁶⁹ Énfasis: Los hombres trans masculinos que gestan y dan a luz paternan, no maternan.

¹⁷⁰ CCE. Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados de 5 de agosto de 2020

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² CCE. Sentencia No. 1894-10-JP/20.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Comité CEDAW. Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19. Párr. 18

¹⁷⁵ CDH. Caso V.D.A vs. Argentina, Doc. ONU CCPR/C/101/D/1608/2007, párrafos. 8.5 y 9.4.

derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud señaló que la penalización del aborto genera y perpetúa estigmas de género que resultan discriminatorios y limitan la capacidad de las mujeres y personas gestantes, para hacer pleno uso de los bienes, servicios e información disponibles en materia de salud sexual y salud reproductiva.¹⁷⁶

Respecto de la violencia por motivos de género, es decir la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer o la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada, el Comité de la CEDAW ha afirmado que es “una forma de discriminación que inhibe seriamente la capacidad de la mujer de gozar y ejercer sus derechos humanos y libertades fundamentales en pie de igualdad con el hombre”¹⁷⁷; que esta abarca, entre otros, actos que infligen lesiones o sufrimientos de carácter físico, mental o sexual, la amenaza de dichos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad, la violencia cometida en la familia o la unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, o la violencia perpetrada o condonada por el Estado o sus agentes, independientemente del lugar en que se cometa.

Sobre la base de lo anterior, la tipificación como delito de aborto consentido prevista por la legislación ecuatoriana impone prohibiciones a las mujeres y personas gestantes embarazadas para poder decidir libremente sobre si desean convertirse en madres o no, sobre continuar su embarazo o no, sobre su cuerpo y las transformaciones que se llevan a cabo en él con ocasión del embarazo y sobre los riesgos asociados al embarazo, parto y puerperio que resultan altamente discriminatorias. Así, en la práctica, implica la imposición de un embarazo y maternidad forzadas que reafirman el rol femenino de cuidado, configuran violaciones al derecho a la salud, derechos sexuales y derechos reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad, son formas de violencia basada en género, constituye diferencias de trato discriminatorias y son una expresión de discriminación contra las mujeres, y personas gestantes.

A esto se suma, que las mujeres y personas gestantes obligadas a continuar embarazos y maternar también están expuestas a otras formas de violencia, como la violencia obstétrica. De acuerdo con datos oficiales 42 de cada 100 mujeres y personas gestantes en el Ecuador de más de 15 años, han experimentado por lo menos un hecho de violencia obstétrica a lo largo de su vida. Las mujeres indígenas y afrodescendientes son las más afectadas por la violencia obstétrica. Así, 60 de cada 100 mujeres indígenas y 45 de cada 100 mujeres afrodescendientes han experimentado por lo menos un hecho de violencia obstétrica. Asimismo, las mujeres con menor nivel de instrucción están más expuestas a este tipo de violencia. 58 de 100 mujeres cuyo nivel de instrucción es centro de alfabetización y 49 de 100 mujeres con instrucción básica señalan haber sufrido violencia obstétrica.¹⁷⁸

Por otra parte, las mujeres y personas gestantes también están expuestas a violencia intrafamiliar. A nivel mundial, la Organización Mundial de la Salud (2011) ha identificado que la prevalencia de violencia intrafamiliar durante el embarazo oscila entre el 4% y el 12%. En la investigación, la prevalencia varía entre un 1% en Japón y un 28% en Perú.¹⁷⁹ En el Ecuador no existen cifras sobre esta prevalencia. Sin embargo, la violencia contra las mujeres es un problema estructural en Ecuador, que afecta a todas las mujeres y personas gestantes.

¹⁷⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011. Párr. 17.

¹⁷⁷ Comité CEDAW. Recomendación general núm. 19 sobre la violencia por razón de género contra la mujer.

¹⁷⁸ INEC. Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres-ENVIGMU. Noviembre, 2019. Disponible en: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/Principales%20resultados%20ENVIGMU%202019.pdf

¹⁷⁹ World Health Organization. 2011. Intimate partner violence during pregnancy. Information sheet. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/70764/WHO_RHR_11.35_eng.pdf?sequence=1

Así, en la última encuesta de relaciones familiares, a nivel nacional a lo largo de la vida, 43 de cada 100 mujeres, experimentaron algún tipo de violencia por parte de su pareja¹⁸⁰. por lo que se puede inferir que las mujeres que cursan embarazos, sufren por esa causa violencia intrafamiliar.

d) La penalización del aborto vulnera el derecho a la igualdad formal de mujeres, niñas y personas gestantes porque implica la subordinación jurídica de la mujer y está basada en estereotipos de género

Los estereotipos son preconceptos o prejuicios sobre personas o grupo de personas con fundamento en sus atributos, características, condiciones, etc.¹⁸¹ Los estereotipos de género constituyen “creencias generalizadas o preconcebidas de la personalidad, comportamientos, roles, características físicas, apariencia, ocupaciones y presunciones sobre la orientación sexual de hombres y mujeres (...) que causen una afectación al libre desarrollo de los individuos”¹⁸².

Ciertos tipos de estereotipos de género limitan o anulan la capacidad de las mujeres para el goce y ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales, como, por ejemplo, los relativos a sus roles en la sociedad¹⁸³. Al respecto, la CCE señaló que:

(...) los papeles, expectativas y normas que se espera que las mujeres y los varones cumplan en una sociedad, los cuales son establecidos social y culturalmente, y que dictan pautas sobre la forma como deben ser, sentir y actuar unas y otros dependiendo en principio, del sexo al que pertenecen¹⁸⁴.

En el mismo sentido, la jurisprudencia interamericana ha señalado sobre los estereotipos y los roles de género que:

[e]l modelo de identidad de género es definido socialmente y moldeado por la cultura; su posterior naturalización obedece a determinantes socioeconómicos, políticos, culturales e históricos. Según estos determinantes, las mujeres son criadas y socializadas para ser esposas y madres, para cuidar y atender el mundo íntimo de los afectos. El ideal de mujer aún en nuestros días se encarna en la entrega y el sacrificio, y como culminación de estos valores, se concreta en la maternidad y en su capacidad de dar a luz (...) la maternidad le ha sido asignada como una parte fundante de su identidad de género y transformada en su destino¹⁸⁵.

Los estereotipos de género en las normas jurídicas, vulneran el derecho a la igualdad formal sin discriminación y generan situaciones de subordinación jurídica. En efecto, el derecho constituye, entre otras acepciones, una forma de discurso social, cuyos enunciados son contruidos por los detentadores del lenguaje, esto es por los detentadores del poder, y constituyen herramientas para nombrar, limitar, explicar o juzgar y configurar el objeto del

¹⁸⁰ INEC. Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres-ENVIGMU. Noviembre, 2019. Ver: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/Principales%20resultados%20ENVIGMU%202019.pdf

¹⁸¹ CCE Sentencia 878-20-JP/24.Párr. 54

¹⁸² Ibid

¹⁸³ Ibid

¹⁸⁴ Ibid

¹⁸⁵ Corte IDH, en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.Párr. 298 Cita a la perita Neuburger Párr. 298

discurso¹⁸⁶. Así, esa praxis social argumentativa, que genera un sistema de normas, responde a una racionalidad expresada desde quienes detentan el poder, en tres dimensiones, la producción normativa, las teorías y doctrinas que resultan del uso y aplicación de la producción normativa y una tercera, las creencias y contenidos simbólicos -determinantes ideológicos- colocados en el imaginario social¹⁸⁷. Cada una de estas dimensiones permite identificar la situación de determinados grupos sociales, en una determinada época.¹⁸⁸

Por ejemplo, en el ámbito interamericano, cuando se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en 1948, dos instrumentos internacionales -la Convención Interamericana sobre concesión de los Derechos Civiles a la Mujer¹⁸⁹ y la Convención Interamericana sobre concesión de los Derechos Políticos a la Mujer¹⁹⁰ permiten evidenciar: a) que los derechos de las mujeres no se encontraban automáticamente reconocidos en la Declaración, b) que los derechos de las mujeres se concibieron como “concesiones” de los Estados y c) que una de las justificaciones para conceder derechos recalca el “cumplimiento” de roles de género. En los dos tratados internacionales, ratificados por el Ecuador en diciembre de 1948, se señala en los considerandos: “que la Mujer de América, **mucho antes de reclamar sus derechos, ha sabido cumplir noblemente todas sus responsabilidades como compañera del hombre**” y se dispone que “(...) los Estados Americanos **convienen en otorgar a la mujer** los mismos derechos [civiles o políticos] de que goza el hombre”¹⁹¹ (énfasis añadido).

La subordinación jurídica de las mujeres respecto de los hombres también se ha evidenciado históricamente en el Ecuador en diversas disposiciones civiles, penales, constitucionales y mercantiles, entre otras¹⁹². Así, por ejemplo, en el matrimonio las mujeres tenían jurídicamente el “deber de convivencia” y el marido tenía el derecho de obligar a la mujer a vivir con él y a seguirle donde quiera que traslade su residencia, eran “relativamente incapaces”¹⁹³. Esta subordinación ha sido evidenciada por la propia CCE al analizar disposiciones del Código Civil¹⁹⁴

La posición histórica de inferioridad de las mujeres en relación con los hombres, reafirmada por el derecho, también aparece en otras disposiciones normativas contenidas en los códigos penales de la historia ecuatoriana que, poco a poco han sido suspendidas y/o derogadas. Entre ellas y con relación a la vida de las mujeres y control de la sexualidad de las mujeres, está la excusa de sanción penal a padres, abuelos o hermanos que “maten, hieran o golpeen a la mujer, hija, nieta o hermana”¹⁹⁵, o la excusa de infracción al cónyuge que “mate, hiera o golpee al otro o al correo en instante de sorprenderlo en adulterio” o el infanticidio “honoris

¹⁸⁶ Garbay Mancheno, Susy Alexandra. 2021. Representaciones de las mujeres en el Derecho. Construcciones de las Identidades femeninas en el discurso jurídico penal ecuatoriano. Universidad Andina Simón Bolívar. Doctorado en Derecho. Pág. 19 y 39

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Ibid

¹⁸⁹ CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE CONCESION DE LOS DERECHOS CIVILES A LA MUJER (OEA, 1948). https://www.oas.org/DIL/ESP/Convencion_Interamericana_sobre_Concesion_Derechos_Civiles_a_la_Mujer.pdf

¹⁹⁰ CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE CONCESION DE LOS DERECHOS POLITICOS A LA MUJER (OEA, 1948). https://www.oas.org/dil/esp/convencion_interamericana_sobre_concesion_derechos_politicos_a_la_mujer.pdf

¹⁹¹ Ibid

¹⁹² García, Elizabeth. “La Situación de la Mujer en el Sistema Jurídico Ecuatoriano”. CEPAL. 1992. Ver en: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/3855cdda-6003-454d-8086-fa4332f7a885/content>

¹⁹³ Hasta las reformas de 1970 las mujeres eran consideradas “relativamente incapaces”.

¹⁹⁴ CCE Sentencia No. 11-18-CN/19. Párr. 157

¹⁹⁵ Normas suspendidas por el Tribunal de Garantías Constitucionales R.O. 224 de 3 de julio de 1989. Una derogada en 1998 y la otra reformada en el mismo año.

causa”¹⁹⁶. Otras normas penales que ponían de manifiesto la subordinación de las mujeres, y el control de la sexualidad son la referencia a la “honestidad” tanto en el estupro, como en el aborto consentido - referencias que fueron derogadas en el código integral penal de 2014-. El delito de adulterio, la homosexualidad, el concubinato, el matrimonio de la persona raptora con la raptada para señalar la inexistencia del delito, el exonerar de pena a los padres o maridos que sustraigan cartas dirigidas a sus hijos esposas o pupilos, el allanamiento cuando el marido reclame la entrega de la mujer raptada o plagiada por ejemplo¹⁹⁷

Con base en lo anterior, podemos comprobar que, históricamente, el derecho penal ha sido usado como instrumento de control y disciplinamiento social de las mujeres para el cumplimiento de roles de género que permiten la pervivencia de relaciones de subordinación y dominación, basándose en estereotipos de género.

Al respecto, cabe señalar que, en 2021, el Comité CEDAW manifestó su preocupación al país, pues había identificado la persistencia de estereotipos discriminatorios en la legislación que refuerzan los roles y responsabilidades de las mujeres y los hombres en la familia y en la sociedad¹⁹⁸.

En la tipificación del delito de aborto consentido, la legislación refuerza estereotipos de género, vulnerando la igualdad formal de las mujeres y personas gestantes. Desde que la mujer fue considerada como sujeto activo del delito de aborto consentido en 1872 hasta el día de hoy, las prohibiciones y mandatos previstos por el legislador no se han modificado, pese al reconocimiento de los derechos constitucionales y convencionales que garantizan la igualdad entre hombres y mujeres en el Ecuador y la prohibición de discriminación. Esto, en gran medida, por los estereotipos que atribuyen más valor a la vida desde la concepción que a los derechos de la mujer o persona gestante¹⁹⁹ y por el rol de maternidad y de cuidados.

En efecto, pese al avance de los derechos humanos de las mujeres, el delito de aborto consentido, salvo casos extremos²⁰⁰, sigue imponiéndose a todas las mujeres y personas con posibilidad de gestar embarazadas en el Ecuador, las mismas prohibiciones y obligaciones previstas en el Código Penal de 1872. Aunque haya cambiado el “bien jurídico protegido” de la moral pública a la protección de la vida desde la concepción.

Constitución de 1869 “Carta Negra”	Constitución de 2008 “Garantista”
Código Penal de 1872 ²⁰¹	Código Orgánico Integral Penal de 2014
Título VIII DE LOS CRÍMENES Y DELITOS CONTRA EL ORDEN DE	CAPÍTULO SEGUNDO DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE

¹⁹⁶García, Elizabeth. “La Situación de la Mujer en el Sistema Jurídico Ecuatoriano”. CEPAL. 1992.

¹⁹⁷ García, Elizabeth. “La Situación de la Mujer en el Sistema Jurídico Ecuatoriano”. CEPAL. 1992

¹⁹⁸ Comité de la CEDAW. Observaciones finales sobre el décimo informe periódico del Ecuador. Aprobadas por el Comité en su 80° período de sesiones (18 de octubre a 12 de noviembre de 2021). Doc. CEDAW/C/ECU/CO/10

¹⁹⁹ En el caso Artavia Murillo vs Costa Rica la Corte Interamericana se refirió al “el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre” en relación con el aplazamiento de la intervención quirúrgica citando al Comité de Derechos Humanos Caso L.C. vs. Perú, Com. Nº 22/2009,.Párr. 297 de la sentencia de 28 de noviembre de 2012 .

²⁰⁰ Art. 150 del COIP

²⁰¹ La redacción del articulado sobre aborto de 1872 (art. 371-376), incluyendo aborto no consentido y aborto letal es idéntica a la del código penal de 1971 y sus reformas (art. 441-446). Salvo que en este último el código se incorporaron las tres causales de no punibilidad que pervivieron intactas hasta el 2021: salud, vida y violación en una mujer “demente o idiota” (art. 471)

<p style="text-align: center;">LAS FAMILIAS Y CONTRA LA MORAL PÚBLICA Capítulo I DEL ABORTO</p>	<p style="text-align: center;">LIBERTAD SECCIÓN PRIMERA Delitos contra la inviolabilidad de la vida</p>
<p>Art. 373.- El que, por alimentos, bebidas, medicamentos o por cualquier otro medio hubiere hecho abortar a una mujer que ha consentido en ello, será condenado a una prisión de dos a cinco años y a una multa de veinticinco a cien pesos.</p>	<p>Art. 149.- Aborto consentido. - La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.</p>
<p>374.- La mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se la haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será castigada con una prisión de uno a cinco años y con una multa de veinte a cien pesos. Si lo hiciere para ocultar su deshonor, será castigada con seis meses a dos años de prisión</p>	<p style="text-align: center;">Art. 149 (segundo inciso)</p> <p>La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.</p>

Fuente: Elaboración propia a partir de los códigos penales de 1872 y 2008

Fue en el Código Penal de 1872 cuando se incorporó como delito el causar o consentir/permitir su aborto, en su momento para proteger el orden de las familias y la moral pública. Desde que se configuraron, las referidas prohibiciones y obligaciones han pervivido hasta el actual COIP, con la excepción de las tres causales incorporadas en 1938 y modificadas en 2021 a través de la sentencia de la Corte Constitucional 34-19-IN/21 y acumulados.

Resulta entonces contradictorio que la pervivencia de las disposiciones jurídicas *supra* señaladas en el Ecuador se mantenga pese a que el país ha adoptado, reconocido y/o ratificado numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen y garantizan la igualdad formal, material y el principio de no discriminación, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP el PIDESC, la CADH la Convención de Derechos del Niño, la CEDAW o la Convención Belem do Para Asimismo, pese a que, como hemos desarrollado en detalle, numerosos órganos de protección de derechos humanos han desarrollado de forma extensa el alcance del derecho a la igualdad y no discriminación y del principio de igualdad y no discriminación, y han afirmado expresamente que la tipificación del aborto consentido constituye una forma de violencia basada en género y por tanto una forma de discriminación que vulnera la igualdad formal de las mujeres y personas gestantes basada en estereotipos de género, las prohibiciones y los mandatos establecidos por el tipo penal se mantienen intactos hasta la fecha.

En este sentido, las disposiciones jurídicas a lo largo de la historia republicana del Ecuador han servido para mantener, perpetuar y determinar los roles estereotipados de hombres y mujeres. Como se vio *supra*, la subordinación jurídica de las mujeres se ha afirmado a través de normas legales, aunque algunas de ellas han sido cuestionadas, suspendidas, reformadas, resignificadas, expulsadas del ordenamiento jurídico o derogadas. Sin embargo, persiste la penalización del aborto consentido, evidenciando la menor valía de la categoría mujer/género en el ordenamiento jurídico.

A diferencia de otros tipos penales, el delito de aborto consentido impone a las mujeres y personas gestantes embarazadas, y solo a ellas, un mandato a través del derecho penal: el de continuar un embarazo no deseado, y, consecuentemente, de convertirse en madres²⁰², adecuándose al “ideal” de mujer que se encarna en la entrega y el sacrificio que se concreta en la maternidad y en el dar a luz, aun cuando se comprometa contra su voluntad sus derechos por las transformaciones que se producen en su integridad por el embarazo, parto y puerperio.

Así, se la conmina bajo amenaza de sanción penal a que enfrente riesgos no predecibles que pueden significar la muerte y/o condiciones de enfermedad; a que críe un hijo/a aún si sus condiciones de vida reflejen la situación de exclusión en la que se encuentran muchas mujeres del país por la discriminación estructural e histórica que viven y aún si en su plan de vida no está el maternar. El mandato de maternidad impuesto por el artículo 149 a las mujeres y personas gestantes las obliga a reproducir círculos de pobreza, a que se sometan a abortos riesgosos, a la maternidad forzada y produce afectaciones a su proyecto de vida. Con la penalización del aborto consentido, las mujeres y personas gestantes embarazadas pierden *de iure* su capacidad de decidir en contra del mandato de maternidad y deben someterse a él, salvo en las causales despenalizadas.

Asimismo, a través de la penalización del aborto consentido se refuerza el control de la sexualidad de las mujeres y personas gestantes a través del derecho penal. Como se señaló, en su origen, el aborto consentido se tipificó para proteger la familia, la moral y el orden público, no la vida desde la concepción. En tal sentido estuvo configurada para controlar el ejercicio de la sexualidad de las mujeres, para garantizar la descendencia y se orientaba al cumplimiento del rol reproductivo. En esa época este control también se expresaba y reforzaba con delitos como el adulterio que sólo podía ser cometido por la mujer y denunciado por el marido, el concubinato, así como con la legítima defensa del honor que facultaba a padres, hermanos e hijos asesinar a las hijas, hermanas o madres, si las encontraban teniendo relaciones sexuales fuera del matrimonio²⁰³. Como hemos mencionado, tales tipos penales han sido revisados a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos para decidir sobre su expulsión del ordenamiento jurídico.

La familia -ámbito privado- y el Estado -ámbito público- son espacios de disciplinamiento donde el ejercicio de la sexualidad de las mujeres y personas gestantes solo puede estar orientado a cumplir con el rol reproductivo que es controlado a partir de varios delitos, entre ellos, de la amenaza de sanción penal a las mujeres y personas gestantes que causen o consientan su aborto reduciéndoles la pena en el caso de que busquen cuidar su honra que es la honra de los varones de su familia. Así, el delito de aborto consentido, entre 1872 y 2014, establecía para las mujeres que consientan o causen su aborto una pena menor cuando era cometido para ocultar “su deshonor”. Paradójicamente, el asesinar a una mujer dependiente que se encontraba teniendo relaciones sexuales era un eximente de la infracción para los varones de la familia quienes estaban permitidos de matar para defender su honor mancillado por el ejercicio de la sexualidad de una mujer.

De acuerdo con el Instituto Guttmacher citado por Human Rights Watch, el aborto se encuentra estigmatizado porque:

(...)viola dos ideales fundamentales de la condición de mujer: maternidad y castidad. El deseo de ser madre es central para ser una ‘buena mujer’, y las nociones de que las

²⁰² Se señala que las personas trans lo reivindican como paternidad

²⁰³ Delito que si bien fue suspendido en 1989 por el Tribunal de Garantías Constitucionales no fue derogado hasta 1998

mujeres deberían tener relaciones sexuales solo si tienen intención de procrear refuerzan la idea de que el sexo por placer es ilícito para las mujeres (mientras que sí es aceptable para los hombres). De este modo, el aborto queda estigmatizado porque pone en evidencia que una mujer tuvo relaciones sexuales ‘sin fines procreativos’ y pretende ejercer control sobre su propia reproducción y sexualidad, que en ambos casos amenazan las normas de género existentes.²⁰⁴

Actualmente, las mujeres que consienten abortar, además, son estigmatizadas con base a estereotipos de género, por haber sido irresponsables al haber tenido relaciones sexuales, sin protección, imponiéndose con ello a las mujeres toda la carga del control de la natalidad.

Los estereotipos de género inciden en los roles que se le otorga a la mujer, debido a que ellas asumirán la responsabilidad de una posible anticoncepción no eficaz [y] como consecuencia de esto aparezca un embarazo no deseado. Y así asumirán los roles de la maternidad y el hombre seguirá con los ideales del patriarcado, donde la responsabilidad de las posibles consecuencias de las relaciones coitales sin cuidado será culpa de la mujer.²⁰⁵

En ese sentido, es revelador, por ejemplo, el reporte de la ENSANUT 2018 Vol. 5 titulado Planificación Familiar y Actividad Sexual, que se centra exclusivamente en analizar población de Mujeres en Edad Fértil (MEF) de 15 a 49 años, en aspectos relacionados a su salud sexual y salud reproductiva. En este reporte oficial son ellas las que “usan” métodos como el condón masculino o la vasectomía.²⁰⁶

Así, la tipificación del aborto consentido en el Ecuador no solo está basada en estereotipos y roles de género, sino que impone bajo sanción penal estereotipos de género, reafirmando relaciones de poder desiguales y la subordinación de las mujeres y personas gestantes ahondando las brechas de género entre hombres y mujeres. Como expondremos a continuación, la penalización del aborto consentido profundiza dichas brechas que ya existen, además, por condiciones específicas de discriminación estructural e interseccional que atraviesan a otros grupos poblacionales a los que pertenecen las mujeres y personas gestantes, relacionadas con: la edad, condición socioeconómica, origen étnico racial, condición migratoria, condición de discapacidad, orientación sexual, identidad de género, entre otras.

Vulneraciones al derecho a la igualdad sustantiva sin discriminación

A la subordinación jurídica histórica de las mujeres en el Ecuador a la que nos hemos referido en el apartado anterior, se suman otras condiciones estructurales que mantienen *de facto* relaciones desiguales de poder en las que las mujeres se encuentran en situación de inferioridad respecto del hombre. La brecha de género persiste en el país y las mujeres continúan enfrentando múltiples barreras que, más allá de lo jurídico, dificultan, anulan y/o menoscaban el desarrollo de sus capacidades, y/o el ejercicio de sus derechos. La brecha de género, como se mencionó al iniciar este acápite, se profundiza con la maternidad.

Al tener que recurrir a abortos inseguros que conllevan riesgos para la salud, vida e integridad personal y aumentan las tasas de mortalidad materna, impone prácticas coercitivas como la

²⁰⁴ Human Right Watch “¿Por qué me quieren volver hacer sufrir?” El impacto de la criminalización del aborto en Ecuador. 2021. pág. 79

²⁰⁵ Alay Molina, N y Rodríguez Rocha, I.(2021). Estereotipos de género sobre el uso de métodos anticonceptivos en adolescentes. Quito: UCE. Pág. 45

²⁰⁶ INEC (2018). Reportes de la ENSANUT 2018 Volumen N° 5. Actividad Sexual y Reproductiva y Planificación Familiar.pág. 30

continuidad forzada del embarazo y la maternidad forzada. Estas pueden llegar a constituir actos de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Además, al mantener la vigencia de la norma demandada, el Estado vulnera el derecho a la igualdad sustantiva en su dimensión positiva porque no cumple con su obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. A continuación, nos referiremos a como la penalización del aborto profundiza la discriminación estructural.

Las mujeres y personas gestantes en el Ecuador se encuentran en una situación de discriminación estructural

La CCE ha definido la discriminación estructural como:

(la) configuración sistemática que provoca la subordinación o explotación de cierto grupo de personas por parte de otro, con base en factores históricos, sociales o económicos” (...) **la discriminación estructural se vale de factores ideológicos y políticos para materializar la subordinación o explotación que persigue.** Para esto se vale de un discurso estandarizado de “deber ser”, mediante el cual se promueve la superioridad de un grupo específico de la sociedad, empleando categorías no justificadas (sospechosas) como la raza, la religión, el sexo o la nacionalidad del grupo que se reputa inferior. Y a la vez, se emplea instancias públicas y factores reales de poder para materializar de iure o de facto dicha subordinación²⁰⁷.

La CCE señaló algunos ejemplos de situaciones de discriminación estructural como la explotación laboral, la marginación, la carencia de autonomía o indefensión, la estereotipación, la violencia y el hostigamiento²⁰⁸.

A continuación, referiremos algunas cifras que permiten ilustrar que, las mujeres en el Ecuador enfrentan una situación de desigualdad y discriminación estructural. De acuerdo con el último censo de población y vivienda (2022), las mujeres en Ecuador constituyen más de la mitad de la población ecuatoriana, el 51,3%²⁰⁹. Sin embargo, de que las mujeres son la mayoría, no tienen las mismas oportunidades de acceso y control de recursos económicos, sociales, culturales y políticos, entre otros, que los hombres. Así, en 2023, Ecuador presentaba una brecha de género del 73.7%²¹⁰, brecha que ha aumentado de manera sostenida respecto de los años anteriores²¹¹.

La brecha se manifiesta en diversos aspectos de la vida económica, social y política. En lo político encontramos que, para diciembre de 2022, Ecuador obtuvo un puntaje de 59 sobre 100 puntos en el IPP (índice de paridad política), lo que representa una distancia de 41 puntos para alcanzar la participación política paritaria de las mujeres en el escenario democrático

²⁰⁷ CCE. Sentencia No. 983-18-JP/21. Párr. 215

²⁰⁸ Ibid. Párr. 217

²⁰⁹ INEC. Censo de Población y Vivienda 2022. Disponible en:

https://inec.censoecuador.gob.ec/public/BoletinNacional_SegundaEntrega_s3.html#4_POBLACION%3%93N

²¹⁰ Expansión. Datos macro. Índice de brecha de género para Ecuador. Informe de 2023. Disponible en:

<https://datosmacro.expansion.com/demografia/indice-brecha-genero-global/ecuador>

²¹¹ El índice de la brecha de géneros es un indicador del Foro Económico Mundial que analiza la división de los recursos y las oportunidades entre hombres y mujeres en 155 países y mide el tamaño de la brecha de dicha desigualdad de género en la participación en la economía y el mundo laboral cualificado, en política, acceso a la educación y esperanza de vida World Economic Forum. Global Gender Gap Report 2023. Disponible en:

<https://www.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2023/>

ecuatoriano²¹². En lo económico los datos revelan que las mujeres enfrentan mayores barreras para acceder al mercado laboral y recaen sobre ellas de manera desproporcionada las cargas derivadas del trabajo no remunerado y de la maternidad, como se señaló *supra*.

En línea con lo anterior, las mujeres presentan una tasa de ocupación significativamente menor que los hombres, independientemente de la presencia (o ausencia) de NNA dentro de los hogares. La tasa de ocupación más alta para los hombres se da en los hogares con niñas y niños entre 0 y 4 años, mientras que para las mujeres en este tipo de hogares se presenta la menor tasa de ocupación²¹³. Por otro lado, la tasa de desocupación para las mujeres es de un 11% mientras que para los hombres es de un 7,6%. El porcentaje del tiempo que dedican las mujeres a los cuidados domésticos es del 19,7% mientras que, en el caso de los hombres, es del 4,7%. Las diferencias en el mercado laboral se acentúan en relación con los ingresos. Así, solo 5 de cada 10 mujeres participa del mercado laboral en el primer quintil de ingresos²¹⁴, por contraposición a la participación de 8 de cada 10 hombres en dicho quintil²¹⁵.

Sobre este particular, en 2021, el Comité CEDAW manifestó su preocupación ante el hecho de que la tasa de desempleo femenina es 1,5 veces más alta que la masculina; y que la tasa de empleo a tiempo completo de las mujeres es 11,9 puntos porcentuales inferior a la de los hombres²¹⁶.

Por otro lado, las mujeres también están más expuestas al empobrecimiento. Según las cifras del INEC, en el 2021, la tasa de pobreza de las mujeres es 1,4 puntos porcentuales mayor que la de los hombres, mientras que la tasa de pobreza extrema de las mujeres es 0,3 puntos porcentuales mayor que la de los hombres. Tanto el índice de la feminidad de la pobreza (116,5) como el índice de feminidad de la pobreza extrema (115,8) aumentaron en 2021²¹⁷.

En relación a la educación las cifras muestran que, a pesar de que se han reducido los niveles de analfabetismo, en el caso de las mujeres sigue siendo mayor (4,3%)²¹⁸. Cabe señalar que esto se debe, en gran medida, a que experimentan mayores barreras para acceder y mantenerse en el sistema educativo, como es el embarazo adolescente y la maternidad adolescente. Al respecto, en 2021, el Comité CEDAW manifestó su preocupación ante el acceso limitado a la educación de las niñas y mujeres indígenas y afrodescendientes del país y la baja calidad de la educación en todos los niveles en las zonas rurales²¹⁹. Asimismo, se refirió al escaso acceso de las niñas y mujeres indígenas a centros educativos indígenas, que reciben poca financiación pública y a escuelas convencionales, que suelen estar lejos de las

²¹² ONU Mujeres, PNUD, IDEA Internacional 2023. Índice de Paridad Política (IPP) en Ecuador 2022 DIAGNÓSTICO NACIONAL "DESAFÍOS DE LA DEMOCRACIA PARITARIA EN ECUADOR" | ÍNDICE DE PARIDAD POLÍTICA (IPP) EN ECUADOR 2022. Disponible en: https://ecuador.unwomen.org/sites/default/files/2023-08/indice_de_paridad_politica_ipp_2022_ecuador.pdf

²¹³ CEPAL. Ficha Ecuador. https://oig.cepal.org/sites/default/files/ficha_ecuador_0.pdf

²¹⁴ Los hogares con menos ingresos

²¹⁵ CEPAL. Ficha Ecuador. https://oig.cepal.org/sites/default/files/ficha_ecuador_0.pdf

²¹⁶ Comité de la CEDAW. Observaciones finales sobre el décimo informe periódico del Ecuador. Aprobadas por el Comité en su 80° período de sesiones (18 de octubre a 12 de noviembre de 2021). Doc. CEDAW/C/ECU/CO/10

²¹⁷ Índice que muestra las disparidades en la incidencia de la pobreza (indigencia) entre mujeres y hombres. Un valor superior a 100 indica que la pobreza (indigencia) afecta en mayor grado a las mujeres que a los hombres; un valor inferior a 100, la situación contraria. <https://oig.cepal.org/es/indicadores/indice-feminidad-hogares-pobres#:~:text=%C3%8Dndice%20que%20muestra%20las%20disparidades,a%20100%2C%20la%20situaci%C3%B3n%20contraria.>

²¹⁸ INEC. Censo de Población y Vivienda 2022.

https://inec.censoecuador.gob.ec/public/BoletinNacional_SegundaEntrega_s3.html#4_POBLACI%C3%93N

²¹⁹ Comité de la CEDAW. Observaciones finales sobre el décimo informe periódico del Ecuador. Aprobadas por el Comité en su 80° período de sesiones (18 de octubre a 12 de noviembre de 2021). Doc. CEDAW/C/ECU/CO/10

comunidades indígenas²²⁰. Aunado a lo anterior, llamó la atención sobre las elevadas tasas de deserción escolar entre las niñas de zonas rurales, las niñas indígenas, así como entre las adolescentes y las jóvenes debido a los embarazos precoces²²¹

Lo anterior resulta particularmente grave si se toman en consideración las tasas de embarazo de niñas y adolescentes en el país. Las tasas oficiales de maternidad infantil en Ecuador señalan que en el 2021 se registraron 1843 nacidos vivos de partos de niñas de entre 10 y 14 años; y, 39.486 nacidos vivos de partos de adolescentes entre 15 y 19 años²²²

En 2022, las cifras de nacidos vivos de partos de niñas entre 10 y 14 años aumentaron a 1.921; mientras que se registró un leve descenso de embarazos en adolescentes entre 15 y 19 años (38.087)²²³. Numerosos estudios demuestran que, en la mayoría de los casos, los embarazos infantiles son producto de violación²²⁴. Por otra parte, en 2022 se registraron 2.384 egresos hospitalarios en niñas de entre 10 y 14 años por causas asociadas al aborto.²²⁵

La despenalización del aborto por violación en Ecuador no ha tenido incidencia real en las vidas de miles de niñas y adolescentes en el Ecuador. Así, mientras el número de niñas y adolescentes madres aumentó en 2022 respecto de 2021, los abortos legales por causal violación entre los años 2021 y noviembre de 2023 luego de la despenalización, fueron solamente 93 en todo el país²²⁶. En relación con las otras causales (salud y vida), según las cifras del Registro Estadístico de Camas y Egresos Hospitalarios del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), en 2021 hubo 750 egresos hospitalarios relacionados con aborto médico, y en 2022 hubo 541²²⁷.

Como se señaló al inicio de este acápite, los embarazos y maternidades adolescentes están relacionados con la perpetuación de los ciclos de pobreza y de exclusión y con la permanencia de prácticas coercitivas como las uniones tempranas.

En cuanto a la violencia basada en género (VBG), las cifras también demuestran que afecta de manera desproporcionada a las mujeres, personas gestantes y niñas, sobre todo, aquellas que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad por factores de discriminación que convergen en ellas. La VBG a lo largo de todos los ciclos de vida constituye uno de los

²²⁰ Comité de la CEDAW. Observaciones finales sobre el décimo informe periódico del Ecuador. Aprobadas por el Comité en su 80° período de sesiones (18 de octubre a 12 de noviembre de 2021). Doc. CEDAW/C/ECU/CO/10

²²¹ Comité de la CEDAW. Observaciones finales sobre el décimo informe periódico del Ecuador. Aprobadas por el Comité en su 80° período de sesiones (18 de octubre a 12 de noviembre de 2021). Doc. CEDAW/C/ECU/CO/10

²²² https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Poblacion_y_Demografia/Nacimientos_Defunciones/Nacidos_vivos_y_def_fetales_2022/Presentacion_ENV_y_EDF_2022.pdf

²²³ https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion_y_Demografia/Nacimientos_Defunciones/Nacidos_vivos_y_def_fetales_2022/Presentacion_ENV_y_EDF_2022.pdf

²²⁴ Por ejemplo: CONSEJO NACIONAL PARA LA IGUALDAD INTERGENERACIONAL – CNII Francisco Cevallos Tejada, Secretario Técnico FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS – UNFPA Markus Behrend, Representante Uniones tempranas forzadas, embarazo en adolescentes, violencia sexual y suicidio: vínculos y correlaciones en la frontera norte de Ecuador Agosto 2021 Quito -

²²⁵ Consultoría IC-2023-034. Fondo de Población de las Naciones Unidas – UNFPA. Informe de análisis del indicador Embarazo en niñas y adolescentes en el Distrito Metropolitano de Quito

²²⁶ Comité CEDAW. Información suministrada por el Ecuador en relación con el seguimiento de las observaciones finales sobre su décimo informe periódico. 8 de diciembre de 2023. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2FC%2FECU%2FCO%2F10&Lang=es

²²⁷ Estos datos se extrajeron de la revisión al Registro Estadístico de Camas y Egresos Hospitalarios del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), correspondientes a los tres últimos años. Disponibles en: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/camas-y-egresos-hospitalarios/>

problemas más graves y estructurales del país, con repercusiones económicas, sociales, políticas y culturales que configuran la reproducción de un modelo basado en relaciones de poder que subordina, excluye y discrimina a las mujeres y personas de la diversidad sexo-genérica con base en marcas corporales o estereotipos. Además, constituye una forma de disciplinamiento de los cuerpos y las ideas de las mujeres, con el fin de que se mantengan la situación de subordinación de un grupo las mujeres, en relación con otro grupo los hombres.

La VBG a la que están expuestas en Ecuador es un riesgo generalizado para toda la población de mujeres y personas gestantes²²⁸. Según las cifras de 2019 de la “Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género” aplicada por el INEC y el Consejo Nacional de Igualdad de Género, el 64,9% de las mujeres en Ecuador ha vivido algún tipo de violencia basada en género a lo largo de su vida; y, el 32,5% violencia sexual específicamente²²⁹ El 71,5% de las mujeres afroecuatorianas, el 65,1% de mujeres mestizas, el 64% de mujeres indígenas y el 58,4% de mujeres montubias han sufrido algún tipo de VBG²³⁰ El 2023 cerró con 321 casos de feminicidios la forma más extrema de violencia contra las mujeres²³¹

En relación con las personas de las diversidades sexo genérica, según el INEC (2013) el 70,9% reportó que vivieron alguna experiencia de discriminación en su entorno familiar de los cuales el 72,1% sufrió algún tipo de experiencia de control, el 74,1% experimentó algún tipo de imposición, el 65,9% sufrió rechazo y el 61,4% violencia. Asimismo, el 65,6% manifestó haber sufrido violencia y el 55,8% discriminación en espacios públicos.²³²

En 2021 el Comité CEDAW manifestó su preocupación ante: i) las elevadas tasas de feminicidios; ii) el alto índice de embarazos precoces, a menudo resultantes de violaciones; iii) los niveles de trata y explotación sexual de mujeres, en particular, en zonas fronterizas, la inexistencia de datos desglosados sobre este fenómeno y los niveles de impunidad frente al mismo; iv) la escasez de servicios públicos especializados de apoyo a las víctimas, como los centros de acogida para víctimas de violencia de género; iii) el bajo índice de denuncia de los casos de violencia intrafamiliar debido al estigma social y a la falta de confianza de las víctimas en el sistema de justicia; iv) los bajos índices de enjuiciamiento y condena de los delitos de violencia sexual, cuyos autores quedan impunes; v) la falta de datos desglosados sobre la violencia de género contra las mujeres, en particular con respecto a las mujeres en contextos de racionalización, las indígenas, las mujeres con discapacidad y las mujeres migrantes y solicitantes de asilo²³³.

En este contexto, la norma que penaliza el aborto profundiza el contexto estructural de desigualdad y discriminación, pues al imponer un mandato estereotipado de maternidad y al obligar a continuar con los embarazos no deseados, supone otra barrera que se interpone para revertir los niveles de analfabetismo, baja escolaridad, brecha de trabajo, pobreza, entre otros y constituye en sí misma una forma de violencia en razón de género.

²²⁸ No existen diferencias significativas en cuanto al nivel de instrucción de las mujeres que han sido víctimas de algún tipo de violencia de género. No obstante, las mujeres que solo han asistido a un centro de alfabetización (70,55%), sufren ligeramente más violencia que aquellas que cuentan con educación superior (62,5%).

²²⁹ Dirigida a mujeres de 15 años de edad o más, y realizada en el año 2019 como actualización de la primera encuesta realizada en el año 2011.

²³⁰ INEC. Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres-ENVIGMU. Noviembre, 2019.

²³¹ Ver: <https://www.fundacionaldea.org/noticias-aldea/mapa2023>

²³² INEC. 2013. Primera Investigación (estudio de caso) sobre Condiciones de Vida, Inclusión Social y Derechos Humanos de la población LGBTI en Ecuador. Ver: https://www.ecuadorencifras.gob.ec//documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/LGBTI/Presentacion-LGBTI.pdf

²³³ Comité de la CEDAW. Observaciones finales sobre el décimo informe periódico del Ecuador. Aprobadas por el Comité en su 80° período de sesiones (18 de octubre a 12 de noviembre de 2021). Doc. CEDAW/C/ECU/CO/10

La penalización del aborto vulnera el derecho a la igualdad sustantiva al propiciar el uso de estereotipos de género para criminalizar

La CCE señaló que existen “múltiples factores estructurales que perpetúan la discriminación contra las mujeres e incrementan su situación de riesgo, tales como: el machismo, la estructura social patriarcal, así como la prevalencia de estereotipos sexistas, con base, entre otros, en el ejercicio del rol reproductivo”²³⁴.

Por su parte, el Comité de la CEDAW indicó que la discriminación contra la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género, y por lo tanto, puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Por lo tanto, los Estados deben no solo reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación, sino también su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas²³⁵.

En este caso, la norma demandada perpetua y profundiza la discriminación contra las mujeres y personas gestantes, al someterlas a procesos de criminalización. Esto ocurre pues la misma norma que penaliza el aborto, impone un mandato de maternidad a toda mujer embarazada, así como el estereotipo de que su vida y su proyecto de vida es menos valioso que la vida del feto.

En esta sección nos ocuparemos de argumentar cómo la norma demandada genera un contexto propicio para la criminalización generalizada de las mujeres que acuden a los establecimientos sanitarios por motivos relacionados con el aborto, debido a que son denunciadas por parte del personal médico por desinformación, prejuicios o ante el temor de sufrir represalias en vulneración de sus derechos a la privacidad y confidencialidad de la información en salud y el secreto profesional en relación con el derecho a la intimidad y vida privada.

De cara a este argumento señalamos que conforme lo ha reportado una investigación de Human Rights Watch²³⁶ los procesos de criminalización por aborto en Ecuador están plagados de estereotipos de género, y generan violencia y estigma contra las mujeres y personas con posibilidad de gestar quienes son tratadas por parte del personal de salud y los operadores de justicia como “asesinas de bebés” y “mentirosas”. Tampoco se les cree cuando informan que han sufrido una emergencia obstétrica, que fueron obligadas a abortar, que lo hacen amparadas por la ley o incluso cuando existen denuncias preexistentes de violencia.

Según lo recoge el mismo estudio, en los procesos judiciales se pone de manifiesto el mandato/estereotipo de género de “buena madre”, que, si no es cumplido, se utiliza como argumento para demostrar su intención dolosa. Esto se desprende de algunas frases que se pueden leer en el marco de las acusaciones y sentencias, tales como “adoptó una actitud indiferente cuando se le mostró el feto muerto”²³⁷, “si una madre puede matar a su propio hijo,

²³⁴ CCE en la Sentencia Nro.108-14-EP/20.

²³⁵ CEDAW. Recomendación General No. 28. 2010. Párr. 18. CEDAW/C/GC/28

²³⁶ Human Right Watch ¿Por qué me quieren volver hacer sufrir? El impacto de la criminalización del aborto en Ecuador. Ver: <https://www.hrw.org/es/report/2021/07/14/por-que-me-quieren-volver-hacer-sufrir/el-impacto-de-la-criminalizacion-del>

²³⁷ SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

¿qué razones queda a la humanidad para poder matarnos los unos a los otros?”²³⁸ “si quieren hablar de derechos era que piensen en los derechos del bebé que asesinaron.”²³⁹

Asimismo, se puede identificar que en estos procesos, opera el estereotipo de que la vida en gestación es más valiosa que la vida de la mujer o persona gestante²⁴⁰

La penalización del aborto consentido, como señalamos afirma el mandato de maternidad y por lo tanto reproduce los estereotipos de género que sostienen la discriminación estructural que sufren la mujeres y personas gestantes atravesadas por otras múltiples condiciones de discriminación.

La penalización del aborto vulnera la igualdad sustantiva al imponer prácticas coercitivas como la maternidad y el embarazo forzados; o la obligación de recurrir a abortos inseguros

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), en la Recomendación General 35, señala que la vulneración del derecho a la salud, los derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres y personas gestantes, como la continuación forzada del embarazo, son “formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante”²⁴¹ Así también, el Comité Contra la Tortura ha reiterado que la continuidad forzada del embarazo puede constituir tortura o maltrato porque pone a las mujeres y personas gestantes en riesgo de mortalidad materna evitable²⁴².

Esta CCE ha considerado que la maternidad forzada es una violación de derechos humanos que genera fuertes impactos en la vida de las mujeres y personas gestantes, que pueden afectar su salud e integridad²⁴³.

Al penalizar el aborto consentido, el Estado se atribuye el poder arbitrario de decidir sobre los proyectos de vida de las mujeres y personas de disidencias sexo genéricas, instrumentalizándolas como objetos de reproducción, contribuyendo así a mantener la violencia estructural que se ejerce en contra de más de la mitad de la población ecuatoriana.

En Ecuador, la norma demandada genera que también que las niñas y adolescentes se vean obligadas a continuar con el embarazo y ser madres por las barreras que encuentran para acceder al aborto voluntario, aun cuando concurren las causales legales. En consecuencia, se ven forzadas a interrumpir sus proyectos de vida, su infancia y su adolescencia. Las afectaciones son mayores entre más joven sea la mujer, ya que la maternidad supone una serie de responsabilidades y compromisos que la aleja de la realidad de las otras niñas y

²³⁸Human Right Watch ¿Por qué me quieren volver hacer sufrir?” El impacto de la criminalización del aborto en Ecuador.

²³⁹ https://www.inredh.org/archivos/pdf/informe_mujeres_cidh.pdf

²⁴⁰ Human Right Watch ¿Por qué me quieren volver hacer sufrir?” El impacto de la criminalización del aborto en Ecuador.

²⁴¹ 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. Párr. 18.

²⁴² CAT/C/TLS/CO/1 (CAT 2017); CAT/C/BGD/CO/1 (CAT 2019)

²⁴³ CCE. Sentencia 34-19IN y acumulados.

adolescentes. Se ha comprobado que el embarazo temprano provoca deserción escolar²⁴⁴, agudiza la carencia de recursos, las enfrenta a la responsabilidad de asumir solas la crianza²⁴⁵.

En muchos casos las jóvenes también pasan a ser “esposas” (aunque no estén legalmente casadas), lo que supone otra serie de modificaciones en sus proyectos de vida. Las decisiones propias acerca de su futuro y sus planes de vida fuera de la maternidad se ven limitadas o deben ser aplazadas, lo que implica una menor autonomía. Según los datos del último censo de 2022 en Ecuador 5.217 NNA de entre 12 y 14 años viven con su pareja, 3.600 son niñas.²⁴⁶

Al respecto, en el estudio “El embarazo de las adolescentes atendidas en el centro de salud N.1 de la ciudad de Loja y su impacto en la calidad de vida”, se verifica que:

(...) el 66.66% de las madres adolescentes reconocen que la maternidad ha desmejorado su calidad de vida, pues ha significado un cambio drástico que ha generado consecuencias, psicológicas, sociales, educativas, laborales y económicas²⁴⁷.

Así, las adolescentes que resultan embarazadas ven afectado también su derecho a la vida digna, que significa en su caso, la vulneración de varios derechos.

En este contexto, para evitar la posibilidad de judicialización y encarcelamiento al que se ven expuestas las mujeres o personas gestantes si deciden interrumpir un embarazo no deseado, se ven expuestas a recurrir a abortos inseguros, los cuales, como hemos señalado, constituyen un riesgo para la vida por los niveles de mortalidad que implican. En 2019, por ejemplo, se informó de forma oficial que el 15.6% de las muertes maternas se debieron a abortos inseguros²⁴⁸. Asimismo, según datos arrojados por la Encuesta Ensanut (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 años. Esto implica que la probabilidad de que las mujeres atraviesen un aborto es mayor si las mismas son menores de 15 años.²⁴⁹

Aunado a lo anterior, como señalamos, la penalización del aborto consentido resulta altamente discriminatoria porque afecta desproporcionadamente a mujeres y personas gestantes embarazadas en contextos racializados que pertenecen a sectores urbanos marginales o rurales, que acuden a los servicios de salud públicos donde son denunciadas, y

²⁴⁴ Ver por ejemplo en: Londoño, S., & Sánchez, A. (2016). El Impacto de la Maternidad Adolescente en Colombia: Efectos sobre el mercado laboral y la asistencia escolar a corto plazo. Universidad EAFIT. Recuperado de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/11969/Santiago_LondonoMartinez_Andres_SanchezSierra_2016.pdf?sequence=2&isAllowed=y

²⁴⁵ MSP (s.f.). Antecedentes – Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes 2018-2025, disponible

²⁴⁶ INEC. Censo Ecuador 2022. Resultado. Tabulados Estado Conyugal. <https://www.censoecuador.gob.ec/resultados-censo/>

²⁴⁷ Leon Quizhpe, María Elizabeth; Conde Tinizaray, Claudia Yadira. “El embarazo de las adolescentes atendidas en el centro de salud N.1 de la ciudad de Loja y su impacto en la calidad de vida”. Universidad Nacional de Loja. 2013. Disponible en:

<https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/3663/1/CONDE%20TINIZARAY%20%20CLAUDIA.pdf>

²⁴⁸ Plan V. Ecuador: 15% de las muertes maternas se deben a abortos clandestino. 16 de septiembre de 2019 Ver: <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuador-15-muertes-maternas-se-deben-abortos-clandestinos>

²⁴⁹ 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. Ver: <https://www.unicef.org/ecuador/media/5606/file/MILENA-Consecuencias-socioeconomicas-del-Embarazo-Adolescente-en-Ecuador.pdf.pdf>

que no cuentan con el apoyo social, legal, ni los recursos ni la información necesaria para acceder a abortos seguros y a una defensa técnica de calidad.

La criminalización del aborto perjudica a todas las mujeres y niñas, pero no por igual. En los casos que consultó Human Rights Watch, las mujeres y niñas que viven en la pobreza tenían muchas más posibilidades de verse afectadas. Las mujeres de bajos ingresos mostraban más probabilidades de ser procesadas, incluso en casos de aborto espontáneo o cuando necesitaron atención postaborto.

En los casos abordados por Human Rights Watch, la mayoría de las mujeres y niñas procesadas por someterse a abortos eran de regiones con presencia considerable de poblaciones indígenas o afrodescendientes, como así también jóvenes. De los 78 casos de mujeres y niñas en los cuales se pudo determinar su edad, la mayoría, 48 (el 61 por ciento), tenían entre 18 y 24 años, 16 (el 21 por ciento) tenían entre 25 y 29 años, 5 (el 6 por ciento) tenían entre 30 y 39, y 9 (el 12 por ciento) eran niñas de menos de 18 años. Una cantidad desproporcionada procedía de zonas rurales del país.²⁵⁰

Con la penalización del aborto el Estado ecuatoriano no garantiza condiciones de igualdad real o sustantiva frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados

El artículo 2 de la CEDAW identifica los principales deberes de los Estados para conseguir “por todos los medios adecuados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”. En particular señala que el deber de adecuación normativa implica: i) adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; y ii) derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer²⁵¹.

El artículo 3 del mismo instrumento establece la obligación estatal de adoptar “todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarles el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”²⁵².

Por su parte, el Comité de la CEDAW, también señaló en su Recomendación General No. 8 (e) que los Estados deben adoptar medidas en todas las esferas para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, entre ellas: i) aquellas que se orienten directamente a eliminar las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que alimenten los prejuicios y perpetúen la noción de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y los roles estereotipados de los hombres y las mujeres; y ii) medidas para asegurar que la mujer y el hombre gocen *de jure* y *de facto* de los mismos derechos, lo que entraña obligaciones en cuanto a los medios o las conductas y obligaciones en cuanto a los resultados²⁵³.

²⁵⁰HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ Comité CEDAW. Recomendación General No. 8. Aplicación del artículo 8 de la Convención. Séptimo periodo de sesiones, 1988. Disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

Asimismo, el Comité de la CEDAW señaló que los Estados están obligados a reaccionar activamente ante la discriminación contra la mujer, provenga esta de actores estatales como de actores privados²⁵⁴. El Comité ha sido claro en señalar que la discriminación puede ocurrir cuando los Estados no adoptan las medidas legislativas necesarias para asegurar la plena efectividad de los derechos de la mujer²⁵⁵

Por su parte, el Comité DESC en su Observación General Nro. 16 reconoce que la VBG constituye una forma de discriminación que menoscaba el disfrute de los derechos y libertades. Por ello, sostiene que los Estados deben tomar disposiciones apropiadas para eliminar VBG y actuar con debida diligencia para prevenir, investigar, castigar y obtener reparación por los actos de violencia cometidos, tanto por parte de agentes estatales como por parte de por actores privados²⁵⁶

En particular, el Comité DESC señaló que obligación de proteger exige que los Estados tomen disposiciones encaminadas directamente a la eliminación de los prejuicios, las costumbres y todas las demás prácticas que perpetúan la noción de inferioridad o superioridad de uno u otro sexo y las funciones estereotipadas del hombre y la mujer²⁵⁷.

En el caso que nos ocupa, hemos demostrado que las altas cifras de VBG en el país denotan que existe un contexto generalizado de naturalización de la violencia hacia las mujeres, así como una marcada desigualdad que posibilita esa violencia, frente a la cual, el Estado no ha tomado medidas efectivas que corrijan esta realidad.

Asimismo, hemos demostrado que la penalización del aborto consentido es una forma de violencia basada en género que vulnera, de *iure y de facto* el derecho a la igualdad sustantiva y el principio no discriminación de mujeres y personas con posibilidad de gestar.

Al mantener el tipo penal de aborto consentido vigente, el Estado también vulnera la dimensión positiva del derecho a la igualdad y no discriminación porque no cumple con su obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados²⁵⁸

Test de igualdad

La CCE ha precisado que a través de este test se debe evaluar que: i) el fin sea legítimo; ii) que el trato desigual sea idóneo y necesario para satisfacer dicho fin y iii) que el grado de satisfacción del fin sea al menos equivalente a la intensidad de la limitación al derecho a la igualdad y no discriminación conexamente con el principio a ser elegido, es decir, que haya proporcionalidad en sentido estricto²⁵⁹

²⁵⁴ Comité CEDAW. Recomendación General No. 19. La violencia contra la mujer. Párr. 9. Disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

²⁵⁵ Comité CEDAW. Observación General No. 35. Párr. 24. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

²⁵⁶ Comité DESC. Observación general N° 16: La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Párr. 27. Disponible en: <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-16-igualdad-derechos-del-hombre-y-mujer-al-disfrute-derechos#:~:text=Los%20Estados%20Partes%20tienen%20la,derechos%20econ%C3%B3micos%2C%20sociales%20y%20culturales.>

²⁵⁷ Comité DESC. Observación General No. 16. Párr. 19

²⁵⁸ Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246. Párr. 267

²⁵⁹ Caso No. 4-19-RC. 21 de agosto de 2019. Párr. 21 (señalar la fuente completa).

Sobre el último elemento del test, esto es, la proporcionalidad en sentido estricto, la CCE ha indicado que se debe evaluar “el grado de sacrificio del derecho” conexamente con el derecho afectado por la diferencia de trato y “el grado de afectación a los fines perseguidos”²⁶⁰, para luego evaluar la equivalencia de estos grados de sacrificio y determinar si la diferencia de trato es proporcional en sentido estricto.

Por su parte, la Corte IDH ha utilizado el test de proporcionalidad para analizar si existen violaciones a la igualdad derivadas de las diferencias de trato establecidas por una norma o conducta, señalando que éste opera de manera particularmente estricta cuando la diferencia de trato perjudica a un grupo tradicionalmente desaventajado o históricamente discriminado²⁶¹. Al respecto, La Corte Interamericana ha señalado que:

(...) los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías [protegidas por el artículo 1.1 de la CADH], la Corte debe aplicar un **escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis**, esto es, **que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso**. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. **El medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo**. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de **proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma**²⁶² (énfasis añadido).

Como mencionamos en acápites anteriores, la jurisprudencia interamericana ha considerado que el test de proporcionalidad debe ser aplicado de manera particularmente estricta cuando se analizan diferencias de trato que perjudican a grupos tradicionalmente desaventajados o históricamente discriminados²⁶³, como hemos demostrado que ocurre en el Ecuador con las mujeres, niñas, adolescentes y personas gestantes. En dicho apartado, demostramos que, a la luz del referido test, la penalización del aborto consentido no resultaba una medida idónea ni necesaria para alcanzar un fin imperioso. Tampoco el medio escogido (el derecho penal) resultaba adecuado, efectivamente conducente, ni necesario, pues podía ser reemplazado por otros medios menos lesivos.

²⁶⁰ *Ibíd*, párrafo 29.

²⁶¹ Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párrafo 256. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafos 107 – 146.

²⁶² Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párrafo 241.

²⁶³ Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párrafo 256. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafos 107 – 146

Consideramos oportuno hacer una referencia a la aplicación del test de igualdad para evaluar la norma demandada a la luz del principio de igualdad y no discriminación. Lo anterior debido a que, de acuerdo con la Corte Constitucional, si se analiza una diferencia de trato establecida con base una categoría sospechosa (por ejemplo, en la categoría sexo-mujer), se debe aplicar el test de igualdad en conjunto con el test de proporcionalidad de escrutinio estricto, lo que implica analizar que:

- (i) el fin de la distinción es constitucionalmente imperioso; no sólo constitucionalmente legítimo o válido; además, se debe evaluar que: (ii) la medida sea perfectamente diseñada para el fin, en cuanto a su idoneidad; (iii) la medida sea la única idónea y la menos gravosa en lo referente a su necesidad y (iv) la medida adopte un equilibrio preciso entre la protección y restricción constitucional en lo alusivo a la proporcionalidad²⁶⁴

En este caso, al estar involucradas categorías sospechosas (sexo e identidad de género, la condición de salud que implica el embarazo²⁶⁵, entre otras), el test de igualdad debe realizarse sobre la base de tres elementos: i) la comparabilidad de los sujetos o titulares de derechos; ii) la constatación si existe un trato diferenciado, con base en una de las categorías contempladas en el artículo 11.2 de la CRE²⁶⁶; y, iii) la verificación de si la diferencia resulta discriminatoria bajo un escrutinio estricto.

En primer lugar, respecto a la comparabilidad de las personas titulares de derechos y el establecimiento de un trato diferenciado con base a las categorías contempladas en el artículo 11.2 de la CRE, como señalamos *supra*, el delito de aborto consentido es la única norma penal que no solamente impone prohibiciones, sino también mandatos dirigidos a mujeres y personas gestantes. El derecho penal ecuatoriano no impone a los hombres mandato alguno de paternidad. Es decir, existe una diferencia de trato fundada en características físicas (sexo), culturales (género) y condición de embarazo de la mujer o persona gestante. Todas ellas categorías sospechosas.

La segunda diferencia de trato aparece *de facto*, puesto que, como hemos señalado y quedará ampliamente demostrado a lo largo de esta acción, en la práctica la penalización del aborto afecta de manera desproporcionada a quienes se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad y encajan dentro de las categorías enunciadas por el art. 11.2 (etnia o identidad cultural, edad, condición socio-económica, condición migratoria, lugar de residencia, nivel de acceso a la educación, pertenencia a pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos o montubios, entre otras).

Al tratar mujer y hombres a partir de categorías sospechosas es fundamental determinar que el fin que se persiga sea constitucionalmente imperioso y no sólo constitucionalmente legítimo o válido, resaltamos que, según el legislador la medida está orientada a la protección de la vida desde la concepción en concordancia con lo establecido por el artículo 45 de la CRE.

²⁶⁴ CCE Sentencia No. 28-15-IN/21. Párr. 151

²⁶⁵ CCE Sentencia No. 1894-10-JP/20. Párr. 28

²⁶⁶ CRE. Art.11.2 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

Al respecto, es preciso señalar que las prohibiciones y mandatos que establece el tipo penal no han variado en lo sustantivo desde 1872, cuando lo que se buscaba proteger era el orden de las familias y la moral pública. Es decir, el aborto consentido aparece en una época en la cual el sujeto activo (las mujeres) no eran ciudadanas, no podían votar ni elegir ni ser elegidas, eran consideradas “incapaces relativas”, debían sumisión y obediencia al marido, no existía ni el divorcio ni el matrimonio civil, podían ser asesinadas por su padre, marido, hermano o cónyuge en caso de ejercer su sexualidad fuera del matrimonio, etc.

Posteriormente, se produjo una suerte de “acomodo histórico” respecto a los bienes jurídicos que se pretende proteger, al vincular la penalización del aborto a la finalidad de la protección de la vida desde la concepción. Este acomodo histórico permitiría sugerir que lo que se busca proteger es el viejo orden de las familias y la moral públicas, lo que ya no resulta coherente con los desarrollos sobre libertad de creencia y laicidad del Estado.

A nuestro juicio, concurren elementos para sostener que el fin de la norma no es proteger la vida desde la concepción, sino controlar y moralizar el ejercicio de la sexualidad de las mujeres y personas gestantes, y enviar un mensaje pedagógico a la sociedad y a ellas de que es más importante la vida desde la concepción que la vida y vida digna, la dignidad, la autonomía y los derechos de las mujeres y personas gestantes, lo que contribuye a perennizar las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres/personas gestantes en la sociedad ecuatoriana. En tal sentido, la penalización del aborto no tiene un fin constitucionalmente válido.

Suponiendo sin conceder que el fin de la penalización del aborto fuera la protección de la vida desde la concepción, la Corte Constitucional a través de la sentencia 34-19-IN/21, ya dijo que la misma no es idónea, necesaria, ni proporcional.

Al ser tantas y tan graves las afectaciones a varios derechos constitucionales, el impacto en las vidas de miles de mujeres de esta norma, el Comité de la CEDAW consideró que la tipificación del aborto es una forma de violencia basada en género y por lo tanto una forma de discriminación. Por lo anterior, la penalización del aborto consentido es una norma discriminatoria que debe ser expulsada del ordenamiento penal ecuatoriano.

Vulneraciones al derecho a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad, al ejercicio de libertad reproductiva en relación con el derecho a la dignidad

Los estándares definidos en el marco internacional de los derechos humanos reconocen de forma explícita la relación que existe entre el aborto legal y la garantía del derecho fundamental de las mujeres y personas gestantes al libre desarrollo de la personalidad, vinculado a su reconocimiento como sujetos de derechos y el ejercicio de su ciudadanía en condiciones de igualdad y en interdependiente relación con la autonomía personal, la autonomía reproductiva y la dignidad; configurando obligaciones de respeto, protección y cumplimiento estatal del derecho a la vida íntima de las mujeres y personas gestantes, con el fin de garantizar que estas puedan construir su proyecto de vida, perseguir su realización integral, conducir su vida.

En su expresión más general la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad como un derecho humano está directamente relacionado con la posibilidad de decidir con libertad e igualdad sobre aspectos personalísimos, tiene que ver con “la capacidad para decidir con

autonomía el proyecto de vida conforme al cuál se quiere vivir”²⁶⁷. En el marco de la garantía de los derechos humanos de las mujeres y personas gestantes, este derecho podría identificarse a partir de dos momentos: primero, la autonomía de las mujeres y personas gestantes como una manifestación del derecho a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, los derechos sexuales y los derechos reproductivos. Esto es, las decisiones sobre el cuerpo como condición mínima para su reconocimiento. Segundo, las implicaciones de materializar este derecho, es decir, la garantía de ciertas condiciones prácticas que evitan su restricción e implican su verdadera efectividad.

Esto es, garantizar que puedan decidir sobre las opciones y circunstancias que dan sentido a su existencia conforme a sus convicciones para elegir quién quieren ser, lo que incluye la posibilidad o no de maternar y los tiempos y formas para aquello, pues en la maternidad subyace la noción de voluntad, del deseo de que la vida personal atraviese por tal faceta²⁶⁸.

La Corte Constitucional de Colombia, señaló:

(...)el derecho a ser madre, o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una «opción de vida» corresponde al fuero interno de cada mujer. En consecuencia, no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimulan o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre, así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable.²⁶⁹

La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.

En este acápite desarrollaremos los motivos por los cuales la penalización del aborto vulnera el derecho a la libertad y autonomía reproductiva en relación con la dignidad, porque somete a las mujeres y personas gestantes de forma obligatoria a las transformaciones físicas y psicológicas que ocurren durante el embarazo; y, porque implica una forma de coerción moral que impone una única visión ética y moral sobre la reproducción y la sexualidad, limitando la capacidad de las personas para tomar decisiones de acuerdo con sus propias creencias y valores.

Estándares aplicables en materia de dignidad en relación con el libre desarrollo de la personalidad

Los derechos humanos se sostienen sobre tres principios fundamentales: la dignidad, la igualdad y la autonomía de la persona humana. Así se desprende del artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos DUDH que reconoce que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

²⁶⁷ Bergallo, P., & González Vélez, A. C. (2012). Interrupción Legal del Embarazo por la Causal Violación: enfoques de salud y jurídico. La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. Página 48. 2012ib

²⁶⁸ Párr. 47

²⁶⁹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-355, 2006

En el mismo sentido, tanto el PIDCP como el PIDESC establecen que “conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”²⁷⁰.

La Convención Belém do Pará protege expresamente el derecho a la dignidad de la mujer,²⁷¹ debiendo entenderse incluidas las personas de diversidades sexuales, y, reconoce que “toda mujer podrá ejercer libremente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos”²⁷².

Por su parte, la CRE, en su preámbulo establece que su objetivo es construir una sociedad que promueva una nueva forma de “convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*” y que “respete en todas sus dimensiones la dignidad de las personas y las colectividades”.

De igual manera, el numeral 7 del artículo 11 de la CRE, prevé que el reconocimiento de los derechos humanos garantizados en la Constitución no excluye a aquellos derivados de la dignidad humana de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, estableciendo con claridad la importancia del concepto dignidad humana para determinar los derechos y las obligaciones del Estado.

Garantizar el ejercicio de los derechos humanos sin discriminación que, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 3 de la CRE, constituye uno de los deberes fundamentales del Estado, se encuentra fuertemente vinculado al respeto a la dignidad humana en todas sus dimensiones. En el Ecuador a partir de la noción de dignidad se encuentran protegidos incluso derechos humanos que a nivel interno no estén reconocidos siempre que sean necesarios para garantizar la dignidad de los seres humanos.

Así, el artículo 84 de la CRE establece el deber de adecuación normativa respecto de los derechos que sean necesarios para garantizar la dignidad en su dimensión individual y colectiva:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

De acuerdo con la Corte Constitucional, la dignidad humana se encuentra en la Constitución como valor fundante y transversal de la sociedad, como principio regulador del ejercicio y reconocimiento de derechos, como principio básico y presupuesto de las garantías normativas de la Constitución y como cualidad obligatoria y condicionante del ejercicio pleno de algunos derechos²⁷³. Así, la dignidad es expresada como principio, como valor y como norma.

²⁷⁰Preámbulo PIDCP y PIDESC párrafo 1.

²⁷¹Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará” artículo 4 <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

²⁷²Ibid. Art. 5.

²⁷³CCE Sentencia No. 116-12-JH/21 Párr. 17.

La dignidad humana ha sido entendida por la CCE como aquella condición inherente a la esencia misma de las personas que, en una íntima relación con el libre desarrollo de su personalidad, su integridad y su libertad, le dotan de características especiales que trascienden lo material y que tienen una profunda consolidación en el más alto nivel de la tutela, protección y ejercicio de los derechos humanos²⁷⁴.

Así, la dignidad humana, en tanto valor absoluto, dota de sentido a todos los atributos y derechos fundamentales, en especial al libre desarrollo de la personalidad, pues es la propia concepción de la vida, desde la libertad de autodeterminación, la que permite individualizar al sujeto como ente único, capaz de realizarse, proyectar su presente y planificar su futuro. Uno de los aspectos que permite entender de forma objetiva la dignidad humana es la autonomía o posibilidad personal y colectiva de diseñar un proyecto de vida y determinarse según sus características íntimas²⁷⁵.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México²⁷⁶, al decidir sobre un caso similar al planteado en esta acción, ha establecido que la dignidad humana, en tanto derecho “reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna”²⁷⁷. Este derecho configura un mandato dirigido tanto a las autoridades como a los particulares, por lo que en su parte pertinente dicha Corte, manifestó:

(...) respetar y proteger la dignidad de todo ser humano, entendida –en su núcleo más esencial— como el interés inherente a todo individuo, por el mero hecho de serlo, a ser tratado como tal y no como un objeto, a no ser humillado, degradado, envilecido o cosificado²⁷⁸.

Asimismo, en relación con las mujeres y personas gestantes, la Corte mexicana consideró que el derecho a la dignidad:

(...) adquiere los matices connaturales a sus rasgos y a las características que las definen, de manera que su dignidad funge como precondition para que puedan decidir sobre sí mismas y su proyección hacia los demás. Así, la maternidad como posibilidad exclusiva de la mujer y de las personas gestantes, no puede desvincularse de su dignidad, la cual se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, y que lleva consigo la pretensión de ser respetada por las demás personas”²⁷⁹.

Así, el derecho a la dignidad humana en el caso de las mujeres y personas gestantes, parte de reconocer “la especificidad de esas condiciones singulares” y afirma la idea central de que ellas “pueden disponer libremente de su cuerpo y pueden construir su identidad y su destino autónomamente, libres de imposiciones o transgresiones”²⁸⁰.

²⁷⁴ Ibid. Párr. 18.

²⁷⁵ Sentencia No. 133-17-SEP-CC (pp. 32-33)

²⁷⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo en revisión 267/2023.

²⁷⁷ Ibidem párrafo 31

²⁷⁸ Ibidem párrafo 35

²⁷⁹ Ibidem párrafos 35 y 37.

²⁸⁰ Ibidem párrafo 38.

Estándares aplicables al libre desarrollo de la personalidad o autonomía personal

El derecho al libre desarrollo de la personalidad o autonomía personal está establecido en el numeral 5 del artículo 66 de la CRE.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador, citando al jurista Carlos Santiago Nino, ha señalado que la autonomía personal:

[...] prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo interferencia mutua en el curso de tal persecución. Éste es el principio que subyace al principio más específico y menos fundamental que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros; tal interferencia es objetable en tanto y en cuanto ella puede implicar abandonar la neutralidad respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuos. En este contexto, la CCE ha concluido que la autonomía de los seres humanos implica el derecho al libre desarrollo de la personalidad²⁸¹. (énfasis añadido)

Este derecho también está protegido por diversos tratados internacionales de derechos humanos de los que Ecuador es parte. En la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se contempla como parte del derecho a la libertad.²⁸² Asimismo, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) reconoce el derecho a la protección contra la interferencia arbitraria en la privacidad, la familia, el hogar y la correspondencia²⁸³, lo que incluye el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En ámbito interamericano, está protegido por el artículo 11.2 de la CADH²⁸⁴

Sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad la Corte IDH considera que la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y como decide proyectarse hacia los demás y es una condición indispensable para el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad²⁸⁵.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador ha considerado que el libre desarrollo de la personalidad protege la capacidad de las personas para autodeterminarse siempre y cuando no afecten derechos de terceros e implica la posibilidad de manifestar y preservar libremente, aquellos elementos físicos y psíquicos inherentes a cada persona, los cuales la individualizan y permiten ser quien es acorde a su voluntad²⁸⁶. Es decir, este derecho reconoce la capacidad

²⁸¹ Corte Constitucional del Ecuador Sentencia No. 133-17-SEP-CC, caso No. 0288-12-EP de 10 de mayo de 2017, pág. 34 y Sentencia No. 751-15-EP/21 Párr. 116 y 117,

²⁸² Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

²⁸³ PIDCP. Artículo 17.- 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

²⁸⁴ OEA. Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 11.2

²⁸⁵ Corte IDH. Caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica. Párrafo 143.

²⁸⁶ Sentencia No. 751-15-EP/21 Párr. 116 y 117 y Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 133-17-SEP-CC, caso No. 0288-12-EP de 10 de mayo de 2017, pág. 34.

de cada persona para desarrollar su propia identidad, determinar libremente su proyecto de vida y tomar decisiones autónomas sobre diversos aspectos de su existencia. Además, implica que cada persona tiene la libertad de definir sus propios valores, creencias, preferencias sexuales, opiniones políticas y demás aspectos que conforman su personalidad, sin interferencias injustificadas por parte del Estado u otros actores.

Asimismo, la Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia Nro. 67-23-IN/24 en la que despenalizó la eutanasia desarrolló el derecho al libre desarrollo de la personalidad en los siguientes términos:

- a. Es un derecho que protege la capacidad de las personas para autodeterminarse y tomar sus propias decisiones que le permitan llevar a cabo su proyecto de vida.
- b. La única justificación legal para limitar este derecho es impedir perjudicar a terceros. Por lo tanto, si una persona de manera libre y voluntaria toma decisiones que sólo le afectan a sí misma no puede ser obligada a actuar según lo que terceros consideren adecuado para ella ya que dicha decisión es eminentemente personal.
- c. El derecho al libre desarrollo de la personalidad implica la capacidad de cada individuo para llevar a cabo su propio proyecto de vida según sus valores, creencias, visión del mundo y circunstancias. Por lo tanto, cuando a una persona se le impide en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su proyecto de vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia se considera que se ha vulnerado su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México señaló que:

(...) el libre desarrollo de la personalidad y la protección al ámbito más íntimo de la persona tienen un rol protagónico dentro de la narrativa de la dignidad humana, pues permiten que la persona tenga la capacidad de elegir y materializar de forma libre y autónoma sus planes de vida e ideales de excelencia humana, sin la intervención injustificada de terceros o del propio poder estatal²⁸⁷.

Así, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho personalísimo que “parte del reconocimiento de la facultad de cada persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos”²⁸⁸. Sin ser una lista taxativa, comprende aspectos como la libertad de contraer matrimonio o no, de procrear o no y decidir cuántos hijos e hijas tener, de decidir sobre su apariencia personal, su profesión, su actividad laboral, de vivir de acuerdo con su orientación sexual e identidad de género, entre otros aspectos que configuran “la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida, por lo que sólo a ella le corresponde decidir autónomamente sobre ellos”²⁸⁹.

En el ámbito interamericano, la Corte IDH se ha pronunciado respecto al libre desarrollo de la personalidad en relación con la vida privada en los siguientes términos:

²⁸⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo en revisión 267/2023 párrafo 39.

²⁸⁸ Ibid. Párr 40

²⁸⁹ Ibidem párrafo 41.

[...]El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. Asimismo, la vida privada comprende la forma en que la persona se ve a sí mismo y como decide proyectarse hacia los demás, siendo esto una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad²⁹⁰.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se fundamenta en el principio axiológico de la dignidad humana. Este derecho se interpreta como el derecho de las personas a decidir sobre la forma en que ejercen sus derechos y llevan a cabo sus proyectos de vida, sin interferencia del Estado o la sociedad. Este enfoque reconoce la autonomía individual como un principio constitucional, donde los poderes públicos no pueden intervenir en asuntos que son exclusivamente de la persona, ya que hacerlo sería privarla de su condición ética y cosificarla al convertirla en un medio para objetivos ajenos a su voluntad. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que:

[...] Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente sus opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que lo convierta en un medio para fines ajeno a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención. De esta forma, de conformidad con el principio del libre desarrollo de la personalidad o la autonomía personal, cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con su valores, creencias, convicciones e intereses²⁹¹.

Este derecho se aplica en una amplia gama de situaciones, incluyendo decisiones relacionadas con la orientación sexual, la identidad de género, la reproducción, la sexualidad entre otras. En resumen, el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza que cada persona tenga la capacidad y la libertad para ser quien realmente es, sin temor a la discriminación, a ser sujeto de coerción o represión por parte de terceros o del Estado. Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es, en esencia, el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser²⁹².

Aunado a lo anterior, el mismo Tribunal señaló que:

[...] la primera y más importante de todas las consecuencias del derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía, consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle su condición ética, reducirla a su condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por

²⁹⁰Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

²⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24

²⁹² Corte Constitucional de Colombia, 1993. Sentencia No. T-594/93.

fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejar que decida sobre su propia vida, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia²⁹³.

Asimismo, manifestó que el libre desarrollo de la personalidad implica:

realizarse según sus particulares valores, aspiraciones, aptitudes, expectativas, tendencias, gustos, ideas y criterios trazando su propia existencia, en los variados aspectos de la misma, las directrices que mejor le convenga y agrade en cuanto no choquen con los derechos de los demás ni perjudiquen el bienestar colectivo²⁹⁴. (Énfasis añadido)

Como ha afirmado la Corte Constitucional de Colombia, este derecho condensa la libertad *in nuce*, ya que cualquier libertad se reduce a ella. Por ello, se trata del derecho a la libertad general de actuación, que va más allá de los derechos de libertad reconocidos en la Constitución o en los tratados e instrumentos internacionales, se trata del ámbito de autonomía individual no protegido por ninguno de estos derechos. Es decir, es un derecho que no opera en un ámbito específico, ni ampara una conducta determinada por lo que se podría hablar más bien de una cláusula general de libertad²⁹⁵.

En este mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de México, citando a la Corte IDH, señala que “(...) la decisión de ser o no madre forma parte de la vida privada de una persona y la efectividad de este derecho es decisiva para poder ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona” y que el derecho a la autonomía reproductiva, protegido por el artículo 16 de la Convención, se vulnera cuando se obstaculizan los medios que permiten a una mujer o persona gestante controlar su fecundidad²⁹⁶.

La Corte Constitucional ecuatoriana, en el caso referido al libre desarrollo de la personalidad en relación con la vestimenta, estableció que es “asunto muy personal respecto del cual el Estado o los particulares deben argumentar razones poderosas para cualquier interferencia”. Estas razones, ha dicho la Corte, no pueden estar basadas en estereotipos de género o en patrones discriminatorios.²⁹⁷

No cabe duda de que, si como ha sostenido esta Corte, el atuendo o vestimenta es un asunto muy personal que requiere para su restricción de un fin imperioso, un análisis sobre el libre desarrollo de la personalidad en relación a la decisión de la maternidad y el embarazo, condiciones que generan un sinnúmero de obligaciones e impactos en el proyecto de vida de una mujer o persona gestante es trascendente. Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como el derecho a la autonomía e identidad personal busca proteger la autonomía del individuo para autodeterminarse²⁹⁸ la penalización del aborto constituye una violación a esa autonomía y, por lo tanto, al libre desarrollo de la personalidad.

²⁹³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C-355/06 de 10 de mayo de 2006

²⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-624/95.

²⁹⁵ Suprema Corte de Justicia de México. Amparo en revisión 267/2023 párrafo 43.

²⁹⁶ Suprema Corte de Justicia de México. Acción de inconstitucionalidad Nro. 148/2017 párrafos 74 – 79

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn_documento/2021-08/AI%20148.2017.pdf

²⁹⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 751-15-EP/21. 17 de marzo de 2021. Párrafos 120 y 121

²⁹⁸ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-336, 2008

Amenazar con una pena o imponer dicha pena a la mujer o persona gestante que aborta coarta la decisión libre de dicha mujer y persona sobre su cuerpo, sobre su proyecto de vida sin intromisiones indebidas, sobre sus decisiones vitales, que incluyen tener o no hijos e hijas, cuándo y cómo tenerlos.

Estándares sobre autonomía reproductiva en relación con vida privada y dignidad

El derecho a la autonomía reproductiva forma parte de la esfera más íntima de la vida privada y familiar y está protegido por el artículo 11.2 de la CADH. Está íntimamente ligado con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad, a la integridad personal, a la vida entendida como existencia y a la vida digna, a la salud, que comprende la salud reproductiva, entre otros.

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que un aspecto central del reconocimiento de la dignidad constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones²⁹⁹.

El derecho de las personas gestantes y de las mujeres a decidir sobre su sexualidad y reproducción está reconocido expresamente en la Constitución ecuatoriana, en el artículo 66 numerales 9 y 10, que precisa:

Se reconoce y garantizará a las personas: 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

La Corte Constitucional del Ecuador, además, ha establecido que el efectivo goce de los derechos sexuales y derechos reproductivos implica el ejercicio del principio de autonomía del cuerpo, de la siguiente manera:

El contenido de los derechos sexuales y reproductivos tiene relación directa con aspectos esenciales de los seres humanos: sus libertades, sus formas de comunicación y afectos. Así, **el efectivo goce de estos derechos implica el ejercicio del principio de autonomía del cuerpo**, es decir de la potestad de las personas de sentar sus propias normas sobre su cuerpo, de ejercer una completa soberanía sobre el mismo, libre de principios normalizadores fundamentados en meras consideraciones médicas, histórico-políticas, legales o de otra índole distinta de la autonomía de la persona.³⁰⁰(énfasis añadido)

Específicamente sobre el principio de autonomía del cuerpo, la CCE ha establecido:

(...) Corte reconoce y enfatiza que las mujeres, como titulares de los derechos a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a tomar decisiones libres

²⁹⁹Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Párr.150.Ver también: Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 136, y Caso Flor Freire Vs. Ecuador, párr. 103

³⁰⁰Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro.003-18-P.JO-CC. Párrafo 50.

sobre su sexualidad y vida sexual, ejercen autonomía para adoptar decisiones informadas, libres, responsables, sobre su propio cuerpo, así como respecto a su salud, vida sexual y reproductiva, y a su vez se encuentran protegidas de interferencias arbitrarias por parte del Estado o de terceros.³⁰¹

Así, de acuerdo con la Corte Constitucional, el reconocimiento del principio de autonomía sobre el cuerpo y de derechos sexuales y derechos reproductivos, rompe la “perspectiva reproductivista” con la que se solía abordar la sexualidad admitiendo su ejercicio únicamente para efectos de la reproducción, especialmente en el caso de la mujer. Asimismo, ha señalado que ambos parten de supuestos similares: la toma de decisiones libres, informadas y responsables³⁰² y “(...) tienen como presupuesto básico la libertad de decidir, lo cual implica el derecho de toda persona a ejercer autonomía sobre su cuerpo, a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad y resolver sobre ellas, sin ser coaccionada ni sometida a discriminación o violencia de ninguna clase”³⁰³.

La penalización del aborto vulnera el derecho a la libertad y autonomía reproductiva en relación con la dignidad porque somete de forma obligatoria a las transformaciones físicas, psicológicas y sociales que ocurren durante el embarazo

El derecho al libre desarrollo de la personalidad implica que las personas tienen el derecho fundamental a tomar decisiones autónomas sobre su propio cuerpo y su vida reproductiva. La penalización del aborto limita esta autonomía reproductiva, al imponer restricciones legales y amenazas de sanciones penales sobre las decisiones de las personas respecto a su salud reproductiva. Forzar a una mujer o persona gestantes a continuar un embarazo en contra su voluntad, implica una violación grave de su autonomía reproductiva y su capacidad para tomar decisiones sobre su propio cuerpo y futuro. Esto altera su proyecto de vida al negarle el derecho fundamental a determinar si desea o no tener hijos o hijas y cuándo y cuántos hijos o hijas desea tener.

Además, el embarazo produce en las mujeres y personas gestantes transformaciones físicas, fisiológicas, psicológicas y sociales sobre las cuales no tienen control, además de someterlas a posibles riesgos médicos vinculados a complicaciones derivadas del embarazo y la labor de parto³⁰⁴.

Asimismo, en la sentencia citada, la Corte Constitucional del Ecuador señaló:

(...) resulta oportuno recordar que el parto es un proceso fisiológico único en el que la mujer embarazada finaliza su gestación, ya sea vaginal o por cesárea. La Organización Mundial de la Salud (“OMS”) define el parto vaginal como aquél que se desarrolla y termina sin mayores complicaciones hasta el nacimiento. Por otro lado, la cesárea es una cirugía que permite el nacimiento del bebé a través de una incisión en el abdomen de la madre. No obstante, “como en cualquier otra cirugía, la cesárea está asociada a riesgos a corto y a largo plazo que pueden perdurar por muchos años después de la intervención y afectar a la salud de la mujer (...) El posparto o puerperio es el tiempo que necesita el cuerpo de la mujer para recuperar progresivamente su condición antes del embarazo, se caracteriza por una serie de transformaciones

³⁰¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 34-19-IN/21 y Acumulados. Párr 137.

³⁰² Ibid. 58

³⁰³ Ibid 59

³⁰⁴ CCE Sentencia 34-19-IN y Acumulados. Parr. 134

psicológicas y fisiológicas progresivas y simultáneas que comienzan después del alumbramiento –expulsión de la placenta– hasta un límite variable, que depende de la persona y del tipo de parto, pues como se determinó en el párrafo anterior, en los partos por cesárea, al ser una cirugía, podrían suscitarse complicaciones posteriores³⁰⁵.

En relación con los cambios fisiológicos, estos pueden dividirse en tres grupos: aquellos evidentes para la persona gestante, aquellos que solo son evidentes durante la exploración física y aquellos detectados mediante estudios paraclínicos. Al respecto, estudios médicos señalan que:

Los cambios que se experimentan van desde cambios metabólicos y bioquímicos que pueden no ser evidentes, hasta cambios anatómicos macroscópicos evidentes, e incluso cambios conductuales y emocionales. Todos estos cambios suponen una exigencia aumentada (estrés) para la fisiología normal del cuerpo de la mujer, y si estos cambios se combinan con enfermedades previas o una condición predisponente, esto puede traducirse en distintos estados patológicos durante el embarazo como preeclampsia, diabetes gestacional, insuficiencia cardíaca, etcétera³⁰⁶.

Entre los principales cambios fisiológicos en la mujer y persona gestante por un embarazo *normal* están los cambios cardiovasculares, pulmonares y respiratorios, gastrointestinales, hematológicos, renales y urinarios, endocrinos y metabólicos, que pueden evidenciarse en la siguiente tabla³⁰⁷:

³⁰⁵ Ibid. Párr. 43

³⁰⁶ Rev. Fac. Med. (Méx.) vol.64 no.1 Ciudad de México ene./feb. 2021E pub 06-Jul-2021. Cambios fisiológicos durante el embarazo normal. Ver en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0026-17422021000100039#:~:text=Cambios%20que%20resultan%20evidentes%20para,piel%20en%20algunas%20zonas%2C%20etc.

³⁰⁷ Ibidem.

Tabla 2. Resumen de los principales cambios fisiológicos durante el embarazo y sus síntomas y signos asociados

Aparato o sistema	Cambio fisiológico	Signos, síntomas o consecuencia relacionada	Comentarios
Cardiovascular	<ul style="list-style-type: none"> Relajación de músculo liso vascular/reducción de las resistencias vasculares periféricas 	<ul style="list-style-type: none"> Edema de miembros inferiores Acentuación de venas varicosas en extremidades inferiores o hemorroides Reducción de la tensión arterial media 	<ul style="list-style-type: none"> La dilatación venosa Además de la hipercoagulabilidad, pueden favorecer el desarrollo de trombosis venosa en miembros inferiores
Cardiovascular/hematológico	<ul style="list-style-type: none"> Incremento del volumen plasmático y del gasto cardíaco 	<ul style="list-style-type: none"> Anemia fisiológica del embarazo por hemodilución (volúmenes eritrocitarios normales) Aumento de la frecuencia cardíaca Tercer ruido de Korotkoff (S3). 	<ul style="list-style-type: none"> En casos de deficiencia previa de hierro o falta de aporte puede presentarse anemia por deficiencia de hierro
Respiratorio	<ul style="list-style-type: none"> Ensanchamiento capilar en las mucosas nasal, orofaríngea y laríngea 	<ul style="list-style-type: none"> Mayor producción de moco 	<ul style="list-style-type: none"> Puede presentarse epistaxis
Respiratorio	<ul style="list-style-type: none"> Aumenta el volumen de reserva inspiratoria y disminuye la capacidad funcional residual, capacidad total; ascenso diafragmático 	<ul style="list-style-type: none"> Sensación de falta de aire (disnea), esta progresa conforme aumenta la presión abdominal sobre el tórax Aumento de la frecuencia respiratoria 	<ul style="list-style-type: none"> Los cambios de postura o realizar ejercicio leve pueden disminuir la sensación de disnea
Gastrointestinal	<ul style="list-style-type: none"> Relajación del músculo liso del esófago y esfínter esofágico superior Compresión gástrica 	<ul style="list-style-type: none"> Náuseas Pirosis Regurgitación Estreñimiento Distensión abdominal 	<ul style="list-style-type: none"> Considerar incremento en el riesgo de broncoaspiración en decúbito o en procedimientos anestésicos Aumento del riesgo de colecistitis por estasis biliar
Hematológicos	<ul style="list-style-type: none"> Estimulación de la médula ósea y aumento en los niveles de cortisol Aumento en la síntesis de factores de la coagulación a nivel hepático por efecto de estrógenos 	<ul style="list-style-type: none"> Leucocitosis; aumento de los factores VII, VIII, X, XII, factor de von Willebrand y del fibrinógeno; reducción del tiempo parcial de tromboplastina 	<ul style="list-style-type: none"> El estado de hipercoagulación favorece los eventos trombóticos
Renal y urinario	<ul style="list-style-type: none"> Aumento de la tasa de filtración glomerular por la expansión del volumen plasmático Compresión del útero sobre la vejiga reduciendo su capacidad 	<ul style="list-style-type: none"> Poliuria Poliaquiuria Reducción de los niveles séricos de urea y creatinina Proteinuria Glucosuria 	<ul style="list-style-type: none"> Se debe vigilar que los niveles de proteinuria no rebasen los 300 mg/24 horas
Renal y urinario	<ul style="list-style-type: none"> Relajación de músculo liso ureteral Compresión mecánica del uréter por el útero grávido 	<ul style="list-style-type: none"> Hidronefrosis del embarazo 	<ul style="list-style-type: none"> Existe predisposición al desarrollo de infección de vías urinarias
Endocrino/ Metabólico	<ul style="list-style-type: none"> Aumento en los niveles de cortisol y de hormonas "diabetogénicas": lactógeno placentario, prolactina, cortisol, progesterona, etc. 	<ul style="list-style-type: none"> Producción y secreción de leche en glándulas mamarias Aumento de los depósitos de grasa Resistencia a la insulina Aumento en los niveles de colesterol y triglicéridos 	<ul style="list-style-type: none"> En mujeres con obesidad o resistencia previa a la insulina se favorece el desarrollo de diabetes gestacional

Fuente: Revista de la Facultad de Medicina de la Ciudad de México ver nota al pie 337.

Los cambios fisiológicos que se producen durante el embarazo relacionados con las enfermedades o condiciones preexistentes conocidas o desconocidas³⁰⁸ inciden en que las mujeres, niñas, adolescentes y personas gestantes estén expuestas a mayores riesgos que podrían generar impactos en su integridad, su salud y su vida³⁰⁹.

³⁰⁸ Ministerio de Salud Pública. Adolescencia y embarazos a edad tardía; anemia; obesidad y desnutrición; enfermedades del corazón e hipertensión arterial; enfermedades venosas; enfermedades renales o hepáticas (riñones o hígado); enfermedades maternas transmisibles; cáncer; violencia de género; discapacidades y problemas de salud mental; número de partos previos; uso de medicamentos en enfermedades crónicas. Ver en: <https://www.salud.gov.ec/enfermedades-o-condiciones-preexistentes-que-pueden-complicar-un-embarazo/>

³⁰⁹ Ibidem.

Tal como reconoce el Estado ecuatoriano, hay “riesgos que no se pueden predecir y pueden presentarse complicaciones durante el parto”³¹⁰ de manera que no todas las muertes maternas pueden ser evitadas. Sin embargo, enfatiza la detección de señales de peligro pueden evitar la mayoría:

(...) la mayoría de las muertes maternas pueden ser evitadas si la mujer, su pareja, su familia y la comunidad aprenden a reconocer las señales de peligro a tiempo. El no demorar en la identificación de estas señales de peligro, el no demorar en acudir a un servicio de salud y el no demorar en recibir la atención calificada y oportuna son los principales factores que marcan la diferencia entre la vida y la muerte.

Las cifras recogidas por la Gaceta de Mortalidad Materna de Ecuador señalan que en 2022, el 65.35% de las muertes maternas ocurridas tuvieron controles prenatales³¹¹. Los datos provisionales sobre 2023 indican que el porcentaje de mujeres fallecidas que sí tuvieron controles prenatales es del 79,78%³¹².

En relación con la edad de las defunciones, se tienen los siguientes cuadros tanto del año 2022 como del año 2023. Estas cifras no incluyen las muertes maternas en periodo puerperal.

Tabla N° 10 Edad vs trimestre de gestación al momento que fallece SE 1 a SE 52

	1er trimestre	2do trimestre	3er trimestre	Embarazo a término	Total
10 a 14 años	1				1
15 a 19 años	3	3	1	6	13
20 a 24 años	4	6	10	8	28
25 a 29 años		5	6	7	18
30 a 34 años	2	1	4	5	12
35 a 39 años	2	2	6	14	24
40 a 44 años	1		2	2	5
Total	13	17	29	42	101

Tabla N° 7 Edad vs trimestre de gestación al momento que fallece SE 1 a SE 52

	1er trimestre	2do Trimestre	3er Trimestre	Embarazo a término	En investigación	Total
15 a 19 años		1	3	5		9
20 a 24 años	1	4	9	8		22
25 a 29 años	2		8	10		20
30 a 34 años		5	8	7		20
35 a 39 años		1	5	3		9
40 a 45 años	1	2	2	3	1	9
Total	4	13	35	36	1	89

Fuente: Gacetas de Mortalidad Materna

Como puede apreciarse, las cifras recogidas para ambos años demuestran que **las mujeres que más han fallecido se ubican entre el rango de edad de 20-29 años.**

En 2021, el Comité CEDAW manifestó a Ecuador su preocupación ante el nivel de muertes maternas, señalando que se estima que el 15,6 % de las muertes maternas son causadas por abortos en condiciones de riesgo.³¹³

Por otra parte, la mortalidad materna representa la punta del iceberg de los riesgos que corren las mujeres, niñas, adolescentes y personas gestantes por su condición de embarazo, que no están reflejados en estas cifras. Así, “(...) por cada muerte materna, muchas otras mujeres han sobrevivido complicaciones severas durante el embarazo, parto y puerperio que no se han

³¹⁰ Ministerio de Salud Pública. Información sobre Muerte Materna. Señales de peligro en el embarazo. Enfermedades o condiciones preexistentes que pueden complicar un embarazo. Ver en <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/01/Muerte-materna.pdf>

³¹¹ Ver en: <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2022/01/Gaceta-MM-SE-51.pdf>

³¹² Ver en: <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2023/02/Gaceta-de-MM-SE-1.pdf>

³¹³ CEDAW 2021.

documentado y que llevan a diferentes niveles de secuelas”³¹⁴. En el año 2022 del que se tienen datos entre las principales causas de morbilidad en el Ecuador se registraron, 11.481 casos correspondientes a “(o)tras enfermedades maternas clasificables en otra parte, pero que complican el embarazo, el parto y el puerperio.”³¹⁵

En relación con los riesgos asociados al aborto la OMS ha enfatizado que “(c)uando el aborto se realiza con un método recomendado por la OMS, adecuado a la duración del embarazo y asistido por alguien con la información o las cualificaciones necesarias, es un procedimiento sencillo y extremadamente seguro”³¹⁶. Así, “las complicaciones son poco frecuentes, tanto en el aborto médico como en el quirúrgico, cuando el aborto se realiza de forma segura”³¹⁷. Lo anterior demuestra que los riesgos de abortar, como aparece en el imaginario social, están asociados a condiciones inseguras.

En definitiva, como hemos demostrado, las niñas, adolescentes, mujeres y personas gestantes experimentan en sus cuerpos cambios importantes de todo orden por el embarazo, lo que conlleva adicionalmente una serie de riesgos para su vida, salud e integridad personal según sus propias condiciones. Aunado a lo anterior, las condiciones y enfermedades preexistentes, conocidas o no, constituyen factores de riesgo que, si bien pueden ser identificadas de forma previa y se pueden manifestar a través de señales de peligro, no evitan la ocurrencia de muertes maternas, que suceden en su mayoría, al término del embarazo; ni tampoco previenen la aparición de enfermedades asociadas a la maternidad. Las cifras relativas a las muertes maternas ocurridas en el país aun cuando tuvieron acceso a controles prenatales previos, demuestran que esto ocurre en el Ecuador.

Respecto de la salud mental la depresión y la ansiedad constituyen los problemas mentales más frecuentes durante el embarazo. También se han observado exacerbaciones de enfermedades como la esquizofrenia o el trastorno bipolar. Según datos del Royal College of Psychiatrists de Inglaterra de 10 a 15 de cada 100 mujeres embarazadas experimentan problemas de salud mental durante la gestación. Se sugiere que la fisiopatología que condiciona este fenómeno comprende una asociación entre los cambios hormonales y las alteraciones de los neurotransmisores, así como una adaptación anormal a los cambios hormonales en mujeres o personas gestantes, la presencia de depresión durante el embarazo se relaciona con resultados fetales, obstétricos y neonatales adversos³¹⁸, además de ser un factor de riesgo para la depresión postparto. A pesar de que la depresión postparto es una entidad bastante mencionada, en ocasiones no se identifica la diferencia entre los síntomas anímicos comunes durante el postparto y que constituyen lo que se le llama tristeza postparto y una depresión como tal o incluso una psicosis postparto. Estas diferencias son muy importantes en el ámbito clínico, ya que podrían llevar a la medicalización innecesaria de mujeres sin una entidad clara o al infradiagnóstico de entidades que son graves y tienen consecuencias importantes como la psicosis postparto³¹⁹. De igual manera, existe una serie de factores psicológicos, sociales y culturales que hacen a la mujer o personas gestantes más

³¹⁴ Morbilidad materna extremadamente grave y mortalidad, indicadores de calidad de la atención obstétrica. Ver en: <https://revmultimed.sld.cu/index.php/mtm/article/download/544/886>

³¹⁵ INEC. Junio 2023. Boletín Técnico. Camas y Egresos Hospitalarios. Disponible en: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Camas_Egresos_Hospitalarios/Cam_Egre_Hos_2022/Boletin_tecnico_ECEH_2022.pdf

³¹⁶ La OMS en los lineamientos 2022: Directrices sobre la atención para el aborto [Abortion care guideline]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2022. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO <https://www.who.int/es/news/item/09-03-2022-access-to-safe-abortion-critical-for-health-of-women-and-girls>

³¹⁷ Ibidem.

³¹⁸ Alder J, Fink N, Bitzer J, Hösli L, Holzgreve W. Depression and anxiety during pregnancy: a risk factor for obstetric, fetal and neonatal outcome? A critical review of the literature. *J Matern Fetal Neonatal Med.* 2007; 20: 189-209

³¹⁹ Trucco M. Desórdenes mentales en el puerperio. *Rev Chil Neuro-psiquiatra.* 1987; 25: 18-28.

vulnerable en relación con los problemas emocionales durante diferentes etapas de la vida reproductiva.³²⁰

La Organización Mundial de la Salud, de igual manera, ha mostrado la relación entre salud mental y salud reproductiva. En un reporte elaborado por este organismo, se hace hincapié en las consecuencias que tienen los problemas de la salud mental sobre la salud reproductiva, tales como falta de decisión por parte de las mujeres en situaciones reproductivas, embarazos sin atención, abortos inseguros, enfermedades de transmisión sexual y complicaciones perinatales, entre otras.³²¹ La falta de libertad para elegir la maternidad, el aborto inseguro, las enfermedades de transmisión sexual, la infertilidad, las pérdidas de un embarazo, los partos prematuros, la fístula genital causan sufrimiento y desazón en las mujeres y personas gestantes, que eventualmente pueden manifestarse como ansiedad, depresión u otros trastornos.³²²

La depresión, que afecta en los países de bajos y medianos ingresos entre 15 a 40% de mujeres y personas gestantes embarazadas, es un trastorno mental con base neurobiológica, incapacitante, de curso recidivante, que se acompaña de otras condiciones físicas y mentales y que puede dar lugar a la muerte por suicidio. Interfiere significativamente con el funcionamiento adaptativo de las personas afectadas y disminuye, en el caso de niñas, adolescentes, mujeres y personas gestantes jóvenes, las posibilidades de realizar plenamente el potencial personal, académico y laboral³²³.

Tanto los controles médicos como el cambio de hábitos que implica sobrellevar un embarazo demandan de recursos económicos, pero también de involucramiento mental y sentimental por parte de la persona gestante. Durante el embarazo, es frecuente que las personas gestantes experimenten miedo, preocupaciones e inquietudes derivadas de los cambios físicos, psicológicos y sociales experimentados³²⁴.

Sin embargo, debido a la penalización del aborto consentido establecida por la norma demandada, por un lado, las niñas, adolescentes, mujeres y personas gestantes que no se encuentran dentro de las causales mínimas previstas por el COIP tienen prohibido decidir sobre la interrupción voluntaria de su embarazo, y consecuentemente decidir de forma libre y segura sobre los cambios fisiológicos y psicológicos que se producen en su cuerpo. Asimismo, están imposibilitadas de tomar decisiones frente a los riesgos no predecibles que pueden presentarse en el embarazo y parto, inclusive si realizan controles prenatales y que pueden significar su muerte o constituir condiciones de morbilidad. Por otro lado, como queda ampliamente establecido a lo largo de esta acción, quienes se encuentran dentro de las causales mínimas previstas por la ley también experimentan en la práctica numerosas barreras para poder acceder a este servicio, lo que puede llegar a tornar ilusorio el ejercicio de su derecho a la autonomía reproductiva en relación con su derecho a la salud y a la vida.

Tal como se generan afectaciones a la salud física y mental existen también impactos relativos al ámbito social tanto para las mujeres/personas gestantes como para su entorno familiar-

³²⁰ Flores RM. Los trastornos mentales relacionados a la edad reproductiva de la mujer: una nueva propuesta en el campo de la salud mental. *Gac Med Mex.* 2011; 147: 33-7

³²¹ Department of Reproductive Health and Research, World Health Organization, WHO. *Mental health aspects of women's reproductive health. A global review of the literature.* Geneva, Switzerland: World Health Organization; 2009.

³²² Patel V, *Mental health matters too: gynaecological morbidity and depression in South Asia.* *Reprod Health Matters.* 1999;7:30-8

³²³ Berndt ER, Koran IM, Finkelstein Sn, Gelenberg AJ, Kornstein SG, Miller MI, Thase ME, Trapp GA, Keller MB. *Lost human capital from early-onset chronic depression.* *Am J Psychiatry.* 2000;157(6):940-7

³²⁴ UNICEF. (2014) "Creceer" <https://www.unicef.org/ecuador/media/2541/file/Cartilla%201.pdf>

social inmediato dado que los mandatos de género condicionan la maternidad como destino de la mujer, y por ende el aborto como un elemento disruptivo de esa expectativa y, por lo tanto, sujeto a condena social.

Hombres, mujeres y personas gestantes reciben y replican la inmensa presión social respecto de la reproducción y la conformación de una familia. Si bien el estigma en todas sus dimensiones está presente en contextos de legalidad y de ilegalidad del aborto, la prohibición legal lo magnifica, reafirma y legitima. El estigma asociado al aborto se expresa en el clima sociocultural negativo en torno al tema y en el silenciamiento de esa práctica, tanto por parte de las niñas, adolescentes, mujeres y personas gestantes que la atraviesan como de los profesionales que la brindan.

Para las niñas, adolescentes mujeres y personas gestantes el estigma, entre otros, condiciona la voluntad de buscar atención médica, inhibirse de revelar sus decisiones o experiencias de aborto en consultas médicas posteriores, incrementa sufrimiento psicológico respecto de la posibilidad de verse o de temer verse estigmatizada por la decisión tomada.

Entre los prestadores de servicios de salud el estigma está relacionado, entre otros, con deslegitimación y exclusión de su comunidad profesional; asocia su rol a un "trabajo sucio", aumenta el estrés y promueve situaciones de hostigamiento y violencia. Bajo estas condiciones, muchos optan por no involucrarse en la práctica del aborto o, si lo hacen, no lo comentan abiertamente en su entorno social y profesional. Esto genera un círculo vicioso que refuerza la idea del aborto como un evento de rara ocurrencia y deslinda a los médicos "respetables" de tal práctica. La criminalización del aborto genera actitudes evasivas y de poco compromiso, ancladas en el temor de los profesionales a ser denunciados y a sufrir consecuencias de índole judicial o administrativo. Existen testimonios de prestadores de salud que derivado de procesos de estigmatización se han declarado objetores de conciencia, más como forma de evadir los impactos antes señalados que con base en fundamentos de conciencia auténticos.³²⁵

Aunado a lo anterior, durante el embarazo, las mujeres o personas gestantes tampoco pueden ejercer adecuadamente sus derechos reproductivos, que atribuyen la potestad a todo ser humano de decidir las condiciones bajo las cuales va a ejercer su posibilidad reproductiva y la manera de hacerlo en caso de que optara por esa posibilidad³²⁶. Sobre este particular, nos referiremos en detalle en el acápite sobre derecho a la salud y derechos sexuales y derechos reproductivos. Sin embargo, reiteramos a efectos de este cargo que las violaciones a la salud y los derechos sexuales, derechos reproductivos de las mujeres y personas gestantes (entre ellas, el embarazo forzado o la continuidad forzada del embarazo) constituyen violencia por razón de género³²⁷, vulneran su derecho a la autonomía reproductiva en relación con la dignidad y la igualdad.

La penalización del aborto vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía reproductiva

La penalización del aborto implica una forma de coerción moral que impone una única visión ética y moral sobre la reproducción y la sexualidad, limitando la capacidad de las personas

³²⁵ IPFF y FUSA. Percepciones de los profesionales de la salud sobre el estigma relacionado a la práctica de aborto no punible en el contexto argentino.

<https://clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/712/Percepcionprof.salud.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

³²⁶ Ibidem.

³²⁷ 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. Párr. 18.

para tomar decisiones de acuerdo con sus propias creencias y valores. Esto socava su dignidad y su derecho a vivir de acuerdo con sus propias convicciones personales. Es decir, vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de quienes tienen posibilidad de gestar, pues las obliga a tener que enfrentar consecuencias negativas por ejercer su derecho a tomar decisiones acordes a sus propias convicciones éticas y morales.

Como señalamos *supra* la decisión de continuar con un embarazo y ejercer la maternidad va más allá de un evento biológico al que las mujeres y personas gestantes están destinadas. Constituye una decisión que implica cambios profundos en el proyecto de vida de la mujer o persona gestante, y genera una serie de responsabilidades afectivas, económicas y sociales que debe asumir para poder asegurar las mejores condiciones de vida al nuevo ser humano, tales como cuidarle, criarlo y educarlo. Por ello, la maternidad requiere una decisión consciente, una planificación y una preparación adecuada.

Durante la deliberación interna mediante la cual las mujeres o personas gestantes evalúan el continuar o no con un embarazo, a menudo se deben considerar aspectos como la estabilidad emocional, económica y social; o la disponibilidad de recursos suficientes y adecuados para cuidar del nuevo ser; entre otras, siendo estas consideraciones las razones por las que en ocasiones deciden no continuar con el embarazo. A más de aquellos casos en los que la mujer o persona gestante no contempla en su proyecto de vida la maternidad.

Decidir gestar y en lo posterior asumir roles de cuidado y crianza, implica el desarrollo de una nueva identidad y la asunción de roles adicionales en la vida de una persona. Lo anterior influye no solo en la forma en que una persona se percibe a sí misma, sino en cómo es percibida por los demás miembros de una sociedad. Este nuevo rol también afecta las relaciones interpersonales y el entorno social de la mujer o persona gestante, derivados del establecimiento de vínculos emocionales con su descendencia, lo que a su vez modifica las relaciones familiares y sociales.

Históricamente, la división sexual del trabajo ha asignado generalmente un rol reproductivo a las mujeres. Es decir, aquellas tareas destinadas al cuidado y reproducción de la vida³²⁸. Sin embargo, en unas sociedades productivistas en las que se valora principalmente la capacidad de hacer dinero y de producir, es claro que dicha asignación genera que las mujeres o personas gestantes enfrenten importantes desventajas, que traen como consecuencias violencia, feminización del trabajo de cuidado y de la pobreza³²⁹.

Debido a lo anterior, las mujeres o personas gestantes que son madres no tienen las mismas oportunidades laborales que las personas que no tienen hijos o hijas. Los estereotipos de género que operan en la sociedad, implican a menudo la consideración de que las mujeres o personas que tienen hijos o hijas tendrán menos compromiso o menos disponibilidad horaria en el trabajo productivo, limitando su acceso al mundo laboral en igualdad de condiciones.

Producto de estas ideas se ha conceptualizado el “techo de cristal” para hacer referencia a aquellas situaciones en las que las mujeres o personas gestantes, por más mérito y esfuerzo

³²⁸ Yáñez, Pamela. (2019) “Roles de género en la maternidad y paternidad en Ecuador: un estudio del género en el derecho”: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

<https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/16006/8/TFLACSO-2019PAYC.pdf>

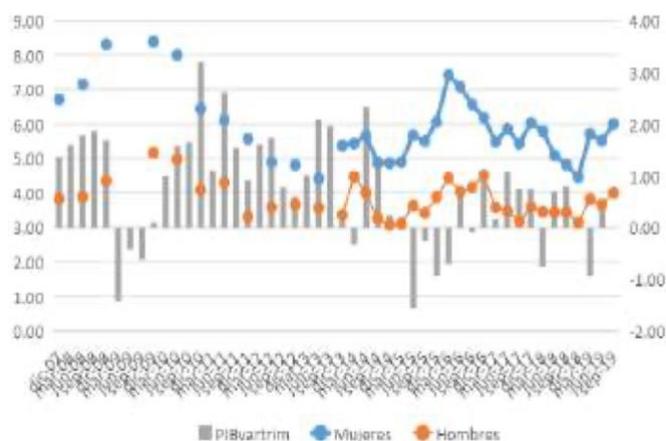
³²⁹ Naciones Unidas - CEPAL. 2004 “Entender la pobreza desde una perspectiva de género”, Henao, Ana. (2022) “De la violencia económica a la feminización de la pobreza”.

<https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/19206>

que realicen en sus actividades laborales, no podrán llegar a posiciones de liderazgo por ser madres, real o potencialmente³³⁰.

En efecto, según la información levantada por el Instituto Ecuatoriano de Censos y Estadística para el período 2017-2019, las mujeres tienen más probabilidad de permanecer en el desempleo que los hombres³³¹.

Gráfico 6. Tasa nacional de desempleo y variación del PIB (%)



Fuente: Consejo Nacional para la Igualdad de Género

Aunado a lo anterior, cabe señalar, que como se vio, también existen grandes diferencias en la distribución del uso del tiempo entre hombres y mujeres, derivadas de las responsabilidades asumidas en las actividades de cuidado. Aunque se han tratado de fomentar políticas de conciliación, lo cierto es que, en la vida cotidiana, las mujeres siguen siendo las principales responsables de realizar el trabajo no remunerado y de cuidados³³².

La Encuesta de Uso del Tiempo del Instituto Ecuatoriano de Censos y Estadística revela que, a nivel nacional, el tiempo total de trabajo es de 66:27 horas a la semana. Las mujeres reflejan una mayor carga en el trabajo no remunerado, con una diferencia de 22:40 horas frente a los hombres³³³.

A esto hay que sumar que, cuando una mujer se convierte en madre, aumentan sus probabilidades de encontrarse en una situación de dependencia económica, lo que se relaciona directamente con la generación de ciclos de VBG en su contra y la perpetuación de situaciones de pobreza³³⁴.

³³⁰ Cárdenas, Elizabeth (2016) "El techo de cristal en el mercado laboral femenino: caso de la Universidad de las Fuerzas Armadas - ESPE en la ciudad de Quito en el periodo 2009-2014": Universidad Andina Simón Bolívar.

Disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5327/1/T2070-MDTH-Cardenas-El%20techo.pdf>

³³¹ Consejo Nacional para la Igualdad de Género. Resumen Ejecutivo: Situación económica y laboral de las mujeres en el Ecuador: contextos y condiciones período 2017-2019. Disponible en: <https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/05/Resumen-Ejecutivo-Derechos-Econ%C3%B3micos-Mujeres-17-10.pdf>

³³² Molina, Andrea & Carrasco Luis. (2020) "Diferencias de género en el uso y en la pobreza del tiempo: un estudio de Ecuador". Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales - Ecuador. Página 70. Disponible en: <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/16545/2/TFLACSO-2020ARVA.pdf>

³³³ Instituto Ecuatoriano de Censos y Estadística. Encuesta de Uso del Tiempo.

https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Usos_Tiempo/Presentacion_%20Principales_Resultados.pdf

³³⁴ Ibid. Página 70.

En este sentido, la maternidad no planificada puede tener repercusiones negativas en las oportunidades educativas y laborales de una mujer. Obligar a una persona gestante a continuar con un embarazo no deseado puede interrumpir sus estudios, limitar sus oportunidades de desarrollo profesional y económico, y perpetuar ciclos de pobreza y desigualdad, alterando así su proyecto de vida a largo plazo.

En efecto, en nuestro país, el embarazo no planificado es la cuarta causa de deserción escolar. En el año 2018 las cifras revelan que al menos 2.500 adolescentes abandonaron sus estudios por esta razón³³⁵. Además, en un estudio realizado en el Carchi se pudo determinar que el 63% de mujeres madres que cursaban una carrera universitaria, tuvieron que suspender sus estudios debido a cargas del cuidado relacionados con la maternidad³³⁶. En otro estudio se determinó que, para que las mujeres madres universitarias pudieran retomar sus estudios, fue necesario contar con un sistema de apoyo³³⁷.

Lo que evidencian estas investigaciones es que de la maternidad se derivan consecuencias que afectan el proyecto de vida de una mujer o persona gestante. Por un lado, surge en muchos casos la necesidad de contraer matrimonio o de establecer una unión. También se ha evidenciado que la maternidad tiene una relación con la deserción escolar en colegios y universidades³³⁸. Lo que a su vez resta competitividad a las mujeres en el mercado laboral.

Incluso aquellas mujeres que han logrado concluir sus estudios enfrentan nuevas barreras en el mercado laboral por el simple hecho de ser madres. Como señalamos, cuando una mujer es madre, se asume que tendrá el rol principal de cuidado y que, por lo tanto, no podrá dedicar el mismo tiempo, recursos y empeño a su trabajo que un hombre o una mujer que no es madre. Producto de esto es más probable que las mujeres no logren alcanzar puestos de liderazgo o que no puedan continuar con el crecimiento laboral esperado.

Por lo expuesto, obligar a una mujer o personas gestante a continuar con un embarazo no deseado limita su desarrollo personal, profesional y social al impedirle la exploración de otras áreas de su vida, el desarrollo de sus talentos y habilidades, y la búsqueda de sus propios intereses y pasiones. Esto puede llevar a sentimientos de frustración, resentimiento y arrepentimiento, alterando su bienestar emocional y su capacidad para alcanzar su máximo potencial en la vida y a perpetuar ciclos de violencia y pobreza.

Vulneraciones al derecho fundamental a la salud, incluyendo la salud sexual y salud reproductiva

El derecho a la salud sexual y salud reproductiva forma parte integral del derecho a la salud, y es un derecho indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Así, está

³³⁵ El Telégrafo. “2500 adolescentes dejaron de estudiar por quedar embarazadas”. Noticia de 25 de septiembre de 2018. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Uso_Tiempo/Presentacion_%20Principales_Resultados.pdf

³³⁶ Ortega, Karla. (2018) “Madres y estudiantes universitarias: Relación entre deserción y/o interrupción escolar. El caso de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato-Ecuador”. Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj--sqHkaWEAxWCTDABHbNHBPwQFnoECBsQAQ&url=https%3A%2F%2Frevistas.uta.edu.ec%2Frevista%2Findex.php%2Fbcocyu%2Farticle%2Fdownload%2F680%2F546%2F1344&usg=AOvVaw3rrDydEIV68hYr6Wzpqecr&opi=89978449>

³³⁷ Reina, Johanna, Criollo, Cristina & Fernández-D’Andrea, Karina. “El apoyo social en la maternidad indeseada de estudiantes universitarias ecuatorianas: análisis desde la perspectiva de género”. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/5742/574262076005/html/>

³³⁸ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. Sexagésimo noveno periodo de sesiones 01 de septiembre de 2014. Párr. 41.

íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona; a no ser sometido a tortura ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; a la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad³³⁹. Sin perjuicio de lo anterior, en este apartado nos enfocaremos en analizar las vulneraciones al derecho a la salud, la salud sexual y la salud reproductiva derivadas de la penalización del aborto y el sistema de causales.

Por su parte, el aborto voluntario, además de ser necesario para garantizar la dignidad de las niñas, adolescentes, mujeres y personas gestantes como ha sido demostrado *supra* es un componente del derecho a la salud, específicamente de la salud reproductiva,³⁴⁰ debiéndose incluso considerar la perspectiva de la relación del aborto como asunto de salud pública que involucre entre otros la educación sobre derechos sexuales y derechos reproductivos y el acceso a servicios médicos ya que la criminalización del aborto como está recogida en el COIP empuja a la práctica de abortos inseguros, lo que se traduce en un grave problema de salud pública. Esta situación tiene un mayor impacto respecto de aquellas mujeres y personas gestantes en situación de mayor vulnerabilidad que, por tener escasos recursos, residir en el sector rural o contextos racializados, encontrarse en situación de movilidad humana, etc. acuden preferentemente a estos procedimientos riesgosos.

Derivado de sus obligaciones generales de cumplir, proteger y respetar en relación con el derecho a la salud sexual y salud reproductiva, los Estados deben:

1. No discriminar y promover la igualdad sustantiva de las mujeres en el acceso a servicios de salud, salud sexual y salud reproductiva³⁴¹
2. Adoptar medidas necesarias para facilitar, promover y afirmar el derecho a la salud, salud sexual y salud reproductiva con el máximo de los recursos disponibles³⁴²
3. Adoptar medidas afirmativas para erradicar los obstáculos legales, procedimentales, prácticos y sociales al disfrute del derecho a la salud, salud sexual y salud reproductiva³⁴³
4. Garantizar los niveles mínimos esenciales del derecho a la salud, salud sexual y reproductiva.
5. Adoptar medidas deliberadas y concretas en aras de la plena realización del derecho a la salud.
6. Realizar acciones de promoción de salud.

El acceso al aborto consentido³⁴⁴ tienen dos abordajes jurídicos distintos. Por un lado, existen casos en los cuales se configura como un derecho fundamental relacionado con el ejercicio del derecho a la salud reproductiva, en su calidad de derecho humano y servicio esencial³⁴⁵, a

³³⁹ Comité DESC, Observación General Nº22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, Doc. de la ONU E/C.12/GC/22, párr. 10.

³⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-096 de 2018. M.P. José Fernando Reyes. Párr. 35.v. Ver también: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Causa Justa C-055 de 2022 es una sentencia emitida por la Corte Constitucional en febrero 21 del 2022.

³⁴¹ Comité DESC. Observación General No. 22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/22. 2016. Párr. 27 y 28

³⁴² *Ibid.* Párr. 61.

³⁴³ *Ibid.* Párr. 63.

³⁴⁴ En Ecuador existe varios tipos penales relacionados con aborto, los principales son el aborto consentido y el aborto no consentido. La diferencia entre los dos radica en que en el primero la mujer o persona gestante decide abortar, mientras que en el segundo (aborto no consentido) es obligada a hacerlo. Esta acción solicita la eliminación del delito de aborto consentido pues decidir sobre la vida reproductiva personal no debería ser algo punible.

³⁴⁵ Directrices sobre la atención para el aborto [Abortion care guideline]. Ginebra:

saber: 1) cuando el embarazo pone en riesgo la salud o la vida de la mujer o persona gestante; y 2) cuando el mismo es consecuencia de violación³⁴⁶. En todos los demás casos, el aborto consentido sigue siendo considerado un delito, con base en la norma demandada.

La penalización del aborto, en la práctica, constituye una barrera estructural que obstaculiza arbitrariamente el acceso a los servicios de salud reproductiva incluso en las causales permitidas por la ley, lo que vulnera las obligaciones estatales de respeto y garantía del derecho a la salud. Esta barrera, propiciada y promovida por el mismo Estado, implica el ejercicio de una forma de violencia institucionalizada contra las mujeres y otras personas gestantes, debido a que genera restricciones indebidas en la atención a complicaciones obstétricas derivadas del aborto; e, incluso promueve el aborto inseguro pues obliga a las mujeres y personas gestantes a buscar servicios de aborto fuera del Sistema Nacional de Salud.

En este acápite, desarrollaremos los argumentos que demuestran que, a través de la penalización del aborto, el Estado vulnera sus obligaciones en materia de protección, respeto y garantía de los derechos a la salud y a la salud reproductiva de las mujeres y personas gestantes; así como su deber de adecuación de la normativa interna a los estándares internacionales de derechos humanos por varios motivos.

En primer lugar, expondremos que la penalización del aborto vulnera la obligación estatal de respeto porque constituye una injerencia arbitraria del Estado sobre el derecho a la salud sexual y salud reproductiva de las mujeres y personas gestantes que implica una forma de violencia institucional basada en género.

En segundo lugar, demostraremos que la penalización del aborto vulnera la obligación estatal de garantía porque obstaculiza la prestación adecuada de este servicio esencial de salud, incluso en las causales previstas por la ley, al generar e imponer barreras formales y materiales para el acceso a este servicio de salud reproductiva. Los estereotipos de género que este tipo penal réplica y profundiza, generan hostilidad institucional desde los servicios de salud, obstaculizando o impidiendo el acceso digno por parte de las mujeres y personas gestantes. Entre otras cosas, al generar incertidumbre entre el personal médico sobre cuándo pueden proveer legalmente este servicio, se producen dilaciones indebidas.

En tercer lugar, nos referiremos a cómo la penalización del aborto propicia la generación de estigmas que fomentan prácticas institucionalizadas de violencia obstétrica y otras formas de VBG desde los establecimientos médicos, incluida la criminalización de las mujeres y personas gestantes. Asimismo, también genera condiciones para la criminalización contra el personal de salud que garantiza el servicio de aborto.

En cuarto lugar, expondremos en detalle que la penalización del aborto vulnera la obligación de garantizar el acceso a los servicios de atención en salud en sus cuatro elementos esenciales *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad* sin discriminación. En este apartado, enfatizaremos, *inter alia*, las barreras a la disponibilidad y accesibilidad del servicio, en particular, en zonas rurales, afectando de manera desproporcionada a mujeres y personas

Organización Mundial de la Salud; 2022. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.

³⁴⁶ Una compilación de los estándares internacionales sobre las obligaciones estatales respecto al derecho a la salud puede verse en: Gómez Comi, María Luisa. "El derecho a la salud a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos". En: Mejía, Joaquín (Coord.) El derecho a la salud en Estados Unidos, México y Centroamérica en el contexto de la Covid-19. Abril de 2021. Págs. 21 a 47. Disponible en: https://drive.google.com/file/d/1ncHgmGXoDy_aMDG5Ng59IhsMwXuv1i0y/view

gestantes que ya de por sí, enfrentan diversos factores de opresión y discriminación estructural interseccional. Asimismo, profundizaremos sobre cómo la penalización del aborto genera una falta de acceso a información fidedigna sobre el servicio.

Obligaciones estatales inmediatas y progresivas sobre el derecho a la salud

El derecho a la salud se encuentra reconocido y garantizado por el artículo 32 de la CRE, que establece:

La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

Al respecto, la CCE, en su sentencia 904-12-JP/19, manifestó que el derecho a la salud:

(...) ocupa un lugar especial en la Constitución y en el sistema jurídico ecuatoriano. La salud es uno de los deberes primordiales del Estado (artículo 3.1). (...) La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. (...) El derecho a la salud comprende la atención oportuna y apropiada en salud, así como el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación de salud (...) El derecho a la salud conforme los instrumentos internacionales y la normativa nacional tiene cuatro elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad³⁴⁷.

Por otro lado, el artículo 3 de la Ley Orgánica de Salud, define a la salud como:

(...) el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables.

La Organización Mundial de la Salud define a la salud de la siguiente manera: "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"³⁴⁸.

³⁴⁷ CCE. Sentencia 904-12-JP/19.

³⁴⁸ <https://www.who.int/es/about/accountability/governance/constitution>

Este reconocimiento de la salud como el estado de bienestar físico, mental y social³⁴⁹ y no solamente ausencia de enfermedades o afecciones, que tiene varias dimensiones, componentes y ámbitos, también se encuentra contenido en varios instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos universales y regionales que forman parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriana. Entre ellos, podemos destacar: el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁵⁰, el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña³⁵¹, el artículo 12 del PIDESC³⁵² artículos 11.f y 12 de la CEDAW³⁵³, artículo 25 de la CDPD³⁵⁴; artículo 5.d.iv de la CERD³⁵⁵; artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁵⁶, el artículo 26 de la CADH³⁵⁷; y artículo 10 del Protocolo de San Salvador³⁵⁸. Asimismo, está reconocido en la Constitución de la OMS³⁵⁹

Asimismo, los distintos órganos de supervisión de derechos humanos, a través de sus sentencias, informes y observaciones, han desarrollado el contenido y alcances del derecho a la salud, puntualizando que sus dimensiones deben ser entendida de forma integral y que sus dimensiones no pueden ser jerarquizadas y precisando las obligaciones estatales derivadas de sus deberes generales de respeto, protección y garantía³⁶⁰.

En particular, las Observaciones generales del Comité DESC³⁶¹ han desarrollado las obligaciones fundamentales que deben ser cumplidas por los Estados para avanzar hacia su garantía plena, las cuales han sido ampliamente retomadas por la Corte IDH en sus sentencias a la hora de establecer los alcances del derecho a la salud, no solo con base en el artículo 26 de la CADH, sino también en relación con los derechos a la vida y a la integridad personal contenidos en los artículos 4 y 5 del mismo instrumento³⁶².

³⁴⁹ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946

³⁵⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Art. 25.1.

³⁵¹ Convención sobre los derechos del niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Artículo 24.

³⁵² *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

³⁵³ *Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*

³⁵⁴ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

³⁵⁵ Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (CERD por sus siglas en inglés).

³⁵⁶ Declaración Americana sobre los derechos y deberes del hombre. Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948. Art. IX.

³⁵⁷ Convención Americana de Derechos Humanos

³⁵⁸ Protocolo de San Salvador

³⁵⁹ Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946.

³⁶⁰ En este sentido ver, *inter alia*: Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina, op. cit., párr. 76; Caso Cuscul Pivaral Vs. Guatemala, op. cit., párr. 105; Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298; Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009.

³⁶¹ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/69/299. 11 de agosto de 2014. Párr. 8 y 10. Ver también: Comité DESC. Observación General No. 14.

³⁶² Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 del 11 de agosto de 2000. La observación analiza el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

La Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁶³, establece que el derecho a la salud entraña libertades y derechos, entre las que figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica y el derecho a no padecer injerencia arbitrarias, y no ser sometidos a torturas, siendo fundamental de acuerdo a la misma que exista "un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud"³⁶⁴.

La penalización del aborto consentido atenta contra estos derechos y libertades, pues no permite a las personas controlar su salud, su cuerpo, su sexualidad y su reproducción, las somete a tratos que pueden ser considerados crueles o tortura (discriminación y tratos homo y transfóbicos) y los excluye del sistema de protección en salud que les garantice iguales oportunidades de disfrutar del más alto nivel posible de salud.

De acuerdo con la Observación General Nro. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) -como las directrices de atención al aborto (2022)³⁶⁵-, el acceso o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.

En el caso que discutimos en esta demanda, el derecho a la salud de las personas se relaciona con la posibilidad de contar con un procedimiento público, seguro y accesible para poder interrumpir un embarazo, no obstante, la ley en cuestión es un obstáculo para garantizar el mismo.

Esta observación igual contempla que el ejercicio del derecho a la salud está estrechamente vinculado y depende de otros derechos para su ejercicio, señalando como derechos especialmente vinculados con el derecho a la salud, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, entre otros. En el caso concreto es fundamental, la relación entre el derecho a la salud y la dignidad humana, pues la penalización del aborto causa que las personas no accedan al proceso de salud y ese no acceso irrespete su dignidad como personas, generando que sean tratadas como instrumentos, sujetas de tratos crueles inhumanos y degradantes o tortura, sean sujetas de discriminación, u otras vulneraciones que afecten su dignidad. En el caso concreto la dignidad humana de las mujeres y personas de la diversidad sexo genérica es vulnerada por la penalización del aborto, que las transforma nuevamente en instrumentos para la reproducción en detrimento de sus deseos y sus proyectos de vida.

Así, la salud es un derecho inclusivo e indispensable para el ejercicio de los demás derechos, cuyo contenido mínimo debe ser inmediatamente garantizado por los Estados (obligaciones de carácter inmediato) mientras se avanza progresivamente hacia el establecimiento de las condiciones que permitan su ejercicio pleno (obligaciones de desarrollo progresivo)³⁶⁶.

Dentro de las obligaciones estatales de efecto inmediato derivadas de la obligación general de cumplir se incluyen: i) tomar medidas para garantizar los niveles esenciales del derecho la

³⁶³ Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 del 11 de agosto de 2000. La observación analiza el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

³⁶⁴ Organización Mundial de la Salud. Directrices sobre la atención para el aborto <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/352351/9789240045767-spa.pdf>

³⁶⁵ Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina, párr. 81.

³⁶⁶ Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, párr. 143. Ver también: Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú, párr. 103.

salud sin discriminación ii) facilitar el ejercicio del derecho a la salud, promover la salud y proporcionar acceso a servicios esenciales de atención en salud bajo los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; iii) adoptar medidas deliberadas y concretas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para realizar y dar plena efectividad al derecho a la salud³⁶⁷.

Asimismo, derivada de la obligación de cumplir, la Corte IDH ha reiterado que los Estados tienen la obligación inmediata de regular, supervisar y fiscalizar permanentemente la prestación de servicios de salud públicos y privados, orientada a que los mismos cumplan con los requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad³⁶⁸. El deber de regulación implica, *inter alia* la obligación estatal de: i) contar con normas sanitarias específicas en el ámbito sanitario, y en particular, el deber de contar con normativa sobre mala praxis médica³⁶⁹; ii) disponer de un marco normativo que garantice la conducción de investigaciones efectivas ante denuncias sobre conductas que vulneren los derechos de las personas en la prestación de servicios de salud³⁷⁰. En cuanto al deber de supervisión y fiscalización, implica que los Estados deben prever mecanismos concretos para controlar la prestación de servicios ofrecidos a través de instituciones de salud públicas y privadas³⁷¹. Esta obligación también incluye el deber estatal específico de prever mecanismos para otorgar licencias a instituciones de salud privadas, a efectos de controlar su funcionamiento³⁷². Asimismo, existen obligaciones reforzadas de regular, supervisar y fiscalizar específicamente ciertas actividades relativas a la prestación de servicios de salud que entrañan riesgos significativos para la salud de las personas³⁷³.

Las obligaciones inmediatas derivadas del deber de respeto exigen que los Estados se abstengan de injerir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud de forma arbitraria. Y las obligaciones inmediatas derivadas del deber de proteger requieren que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en el ejercicio del derecho a la salud³⁷⁴.

En cuanto a la obligación de protección progresiva los Estados tienen la obligación concreta y constante de avanzar de forma expedita y eficaz hacia la plena realización del derecho a la salud, por la vía legislativa o cualquier otro medio adecuado, en la medida de sus recursos disponibles³⁷⁵. Derivado de lo anterior, los Estados deben implementar políticas públicas que, de iure y de facto, permitan avanzar hacia la plena efectividad del derecho a la salud,

³⁶⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/69/299. 11 de agosto de 2014. Párr. 8 y 10. Ver también: Comité DESC. Observación General No. 14.

³⁶⁸ Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, párr. 119; Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, párr. 106; Caso Gonzales Lluy Vs. Ecuador, párrs. 173 y 177, y Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 90.

³⁶⁹ Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No.171, párrs. 134 y ss.

³⁷⁰ Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador, op. cit., párr.123.

³⁷¹ Corte IDH. Caso Poblete Vilches Vs. Chile, párr. 124; Caso Suarez Peralta Vs. Ecuador, párrs. 150 y ss.

³⁷² Corte IDH. Caso Poblete Vilches Vs. Chile, párr. 124; Caso Gonzales Lluy Vs. Ecuador, párr. 184.

³⁷³ Por ejemplo, respecto al manejo de bancos de sangre o sobre las condiciones de internamiento en instituciones médicas relativas a la salud mental de las personas. Ver: Corte IDH. Caso Gonzales Lluy Vs. Ecuador, párr. 178; Corte IDH. Caso Gonzales Lluy Vs. Ecuador, párr. 178. Igualmente, el caso Rodríguez Pacheco y otra vs. Venezuela (2023) reitera este estándar de supervisión y fiscalización para servicios relacionados con la salud reproductiva, párr. 116

³⁷⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/69/299. 11 de agosto de 2014. Párr. 8 y 10. Ver también: Comité DESC. Observación General No. 14.

³⁷⁵ Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina, párr. 81. En el mismo sentido: Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, párr. 142.

propendiendo con ellas hacia la corrección de las desigualdades sociales y facilitando la inclusión de quienes se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad³⁷⁶.

En este sentido, si bien la Corte IDH ha reconocido que, se requiere de cierta flexibilidad en los plazos y medios para garantizar la realización progresiva del derecho a la salud, puntualiza que los Estados tienen la obligación constante de ejecutar acciones adecuadas, concretas y eficaces para impulsar la mejora ininterrumpida de las condiciones de salud de la población,³⁷⁷ la inactividad estatal para lograr la protección integral del derecho a la salud está expresamente prohibida³⁷⁸.

Finalmente, existe una obligación estatal de no regresividad frente a la realización del derecho a la salud, que resulta justiciable³⁷⁹. En consecuencia, la adopción de medidas de carácter deliberadamente regresivo deberá ser sometida a un estricto escrutinio para evaluar si es compatible con los estándares internacionales³⁸⁰.

Obligaciones estatales sobre el derecho a la salud sexual y salud reproductiva

La salud sexual y salud reproductiva, es parte integral del derecho a la salud y también está expresamente protegida por el artículo 363.6 de la CRE³⁸¹ y diversos tratados internacionales de los que Ecuador es parte³⁸². En consecuencia, todas las obligaciones estatales a las que nos hemos referido *supra* resultan aplicables a este derecho, sin perjuicio de lo cual nos referiremos a las obligaciones estatales específicas en materia de SSySR.

De acuerdo con los pronunciamientos de los organismos de protección de derechos humanos, la SSySR constituye una expresión del derecho a la salud con implicaciones específicas para las mujeres y personas gestantes, debido, *inter alia*, a su capacidad biológica para el embarazo y parto³⁸³. En consecuencia, no sólo entraña la posibilidad de procrear y la libertad para decidir si se desea hacerlo o no, cuándo o con qué frecuencia, sino también la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos³⁸⁴. Cualquier violación a los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos (DSyR), incluido el embarazo forzado, la continuidad forzada del embarazo y la tipificación como delito del aborto, constituyen una forma de violencia de género.

Al respecto, la CCE estableció que el Estado ecuatoriano está obligado a garantizar la SSySR a todas las personas dentro de su territorio, en los siguientes términos:

[...] la salud sexual y la salud reproductiva están estrechamente relacionadas. La salud

³⁷⁶ Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, párr. 146.

³⁷⁷ Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina, párr. 81. En el mismo sentido: Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, párrs. 104 y 118.

³⁷⁸ Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, párrs. 146 y 147. En el mismo sentido: Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, op. cit., párr. 102.

³⁷⁹ Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina, párr. 81.

³⁸⁰ Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, párr. 143. Ver también: Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, párr. 103.

³⁸¹ CRE. Artículo 363.6: (...) el Estado será responsable de “(...) asegurar acciones y servicios de salud sexual y reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto.

³⁸² Convención de la CEDAW. Artículos 11 y 12.

³⁸³ Corte IDH. Caso Artavia Murillo (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica, párr. 148. Ver también: Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia, párr. 157

³⁸⁴ CEDAW. Recomendación General N°35

sexual es “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad”, lo cual implica un “acercamiento positivo y respetuoso a la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de tener experiencias sexuales placenteras y seguras, sin coacción, discriminación ni violencia”. La salud reproductiva se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad para adoptar decisiones informadas, libres, responsables, sobre la salud y vida reproductiva en los términos previstos en la Constitución, sin coacciones, ni violencia. Esta última condición lleva implícito “el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan embarazos y partos sin riesgos, y brinden las máximas posibilidades de tener hijas e hijos sanos”. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones sobre su comportamiento reproductivo. (...) Por todo lo dicho, el Estado tiene la obligación de dedicar los recursos que fueren necesarios para promover y proteger los derechos a la salud sexual y reproductiva, incluidos los programas de salud materna y atención del parto, puerperio y lactancia³⁸⁵.

Asimismo, los órganos internacionales de protección de derechos humanos han desarrollado las obligaciones estatales específicas respecto a la SSySR derivadas de las obligaciones generales de respeto, protección y garantía³⁸⁶. Para proteger este derecho, los Estados deben respetar y garantizar otros derechos como la autonomía y la libertad reproductiva de las mujeres, que implica su derecho a manejar y tomar decisiones sobre sus propios cuerpos, planes de vida y su SSySR, sin injerencias arbitrarias, libres de toda violencia, coacción y discriminación³⁸⁷.

Los Estados deben: i) abstenerse de limitar o denegar a nadie el acceso a la salud sexual y salud reproductiva, en particular mediante leyes que tipifiquen como delito los servicios y la información de salud sexual y salud reproductiva; ii) abstenerse de promulgar leyes y políticas que obstaculicen o impidan el ejercicio del derecho a la salud sexual y salud reproductiva, por ejemplo, las leyes por las que se penaliza el aborto; o el acceso a los servicios de salud sexual y salud reproductiva³⁸⁸.

Respecto al derecho a la SSySR, los Estados deben asegurar la satisfacción de los niveles esenciales mínimos garantizando el acceso a establecimientos, bienes, servicios e información bajo los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad³⁸⁹.

A efectos de las obligaciones anteriores los Estados deben: i) eliminar todas las formas de discriminación, especialmente aquella basada en estereotipos de género en la atención en salud, salud sexual y salud reproductiva³⁹⁰; ii) adecuar la normativa interna para garantizar el libre desarrollo de los DSyDR, derogando 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 SSySR; iii) garantizar el acceso universal y equitativo, en condiciones de igualdad y sin discriminación a servicios, bienes y establecimientos asequibles, aceptables y de calidad en materia de SSySR,

³⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados de 5 de agosto de 2020

³⁸⁶ Comité DESC, Observación General N°22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, Doc. de la ONU E/C.12/GC/22

³⁸⁷ Ibid

³⁸⁸ Ibid

³⁸⁹ Comité DESC (2016). Observación General No. 22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/22.

³⁹⁰ Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia, párrs. 185. Ver también: CEDAW. Recomendación General N° 24.

en particular para las mujeres pertenecientes a los grupos más desfavorecidos y marginados³⁹¹; iv) 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; v) velar por que todas las personas y grupos tengan acceso a una educación e información integrales sobre la SSySR que no sean discriminatorias, que sean imparciales, que tengan una base empírica y que tengan en cuenta las capacidades evolutivas la niñez y adolescencia³⁹²; v) garantizar el acceso en condiciones de igualdad a servicios de atención, información y educación en salud³⁹³.

Así, se configura el incumplimiento de las obligaciones *inter alia*, cuando los Estados: i) discriminan en el acceso a los derechos sexuales y derechos reproductivos: i) no adoptan todas las medidas necesarias para facilitar, promover y afirmar el derecho a la SSySR con el máximo de los recursos disponibles; ii) no adoptan medidas afirmativas (leyes, políticas y prácticas) para erradicar todos los obstáculos legales, procedimentales, prácticos y sociales al disfrute del derecho a la SSySR; incluido el acceso a servicios, bienes, educación e información integrales en materia de salud sexual y salud reproductiva dirigidas a mitigar las desventajas inherentes que experimentan las mujeres y otras personas gestantes en el ejercicio de sus DSyDR³⁹⁴, especialmente en el caso de aquellas pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos como los de las migrantes, las refugiadas y las desplazadas internas, las niñas y las ancianas, las mujeres que trabajan en la prostitución, las mujeres autóctonas, las mujeres empobrecidas, las personas gestantes de la diversidad sexogenérica y las mujeres con discapacidad física o mental³⁹⁵.

Aunado a lo anterior, los artículos 35 y 43 de la CRE establecen que las mujeres embarazadas son sujetas de protección especial y se encuentran dentro de los grupos de atención prioritaria. En particular, se les debe garantizar: la no discriminación en todos los ámbitos, la gratuidad de servicios de salud materna, la protección prioritaria, el cuidado de su salud integral y la recuperación adecuada después del parto, postparto o eventos obstétricos.

Al respecto, la CCE estableció: “(...) partiendo de los contenidos del derecho a la salud para todas las personas es necesario destacar una dimensión específica de dicho derecho, dirigida a la garantía del mismo para las mujeres embarazadas y el efectivo goce de otros derechos”³⁹⁶. Así, la Corte retoma la necesidad de que los Estados eliminen la discriminación contra la mujer en la esfera de atención en salud, y, en el caso de mujeres embarazadas que les garanticen el acceso a servicios apropiados y libres de violencia obstétrica. En este sentido la Corte considera que la garantía del derecho a la salud de las mujeres embarazadas requiere que se les brinden los servicios que soliciten sin dilaciones innecesarias, sin tratos deshumanizados, respetando su derecho a decidir sobre sus cuerpos y su autonomía y sin causar dolor o sufrimiento”³⁹⁷.

En el mismo sentido, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos contemplan la necesidad de garantizar atención en salud y protección especial a las mujeres

³⁹¹ CEDAW. Recomendación General Nº 24.

³⁹² Comité DESC. Observación General No. 22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/22. 2016.

³⁹³ CEDAW. Recomendación General Nº 24.

³⁹⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011. Párrs. 15 y 16.

³⁹⁵ Comité sobre los Derechos del Niño. Observación General Nº15 emitida en el año 2013.

³⁹⁶ Comité DESC, Observación General Nº22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, Doc. de la ONU E/C.12/GC/22, párr. 40.

³⁹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011.

durante el embarazo parto, postparto y complicaciones obstétricas³⁹⁸. Así, la Convención de la CEDAW establece la obligación estatal de eliminar todo tipo de discriminación contra la mujer en el ejercicio de este derecho y en el acceso a atención médica, enfatizando en la necesidad de poner a su disposición servicios específicos de salud sexual y salud reproductiva, sobre todo aquellos relacionados con el embarazo, parto, post-parto, planificación familiar, así como servicios de atención que sean exclusivos para mujeres³⁹⁹ y la obligación de que los Estados garanticen el derecho a las mujeres, niñas y adolescentes de acceder a servicios gratuitos de maternidad y de emergencia obstétrica y que éstos cuenten con todos los recursos necesarios⁴⁰⁰.

En esta línea, el Comité CEDAW, en su Recomendación General No. 24, plantea como prioridades: i) la prevención de embarazos no deseados mediante la planificación de la familia y la educación sexual; ii) la promoción de la maternidad sin riesgos y la asistencia prenatal; iii) enmendar la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos; y iv) garantizar que los servicios de salud certifiquen los derechos humanos de las mujeres principalmente el derecho a “la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa”, vinculando de esta manera la despenalización del aborto y acceso a servicios en estos casos con el derecho a la salud⁴⁰¹.

A la luz de los estándares internacionales *supra* desarrollados, la Corte Constitucional de Colombia consideró que el aborto además de ser un derecho autónomo basado en una multiplicidad de derechos fundamentales⁴⁰², es un componente del derecho a la salud reproductiva⁴⁰³. Por ello, especificó que este derecho:

(...) no se agota en la realización de un procedimiento médico; este derecho tiene también componentes referidos a: (i) la información adecuada sobre el derecho para la mujer; (ii) la accesibilidad a los servicios médicos, psicológicos y de trabajo social, entre otros, necesarios para la realización del mismo; y (iii) la disponibilidad de los servicios en caso de configurarse las causales establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006⁴⁰⁴.

³⁹⁸ Comité CEDAW. Observación General No. 24.

³⁹⁹ CEDAW. Recomendación General Nº35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19. 26 de julio de 2017. Doc. No. CEDAW/C/GC/35. Párr.29.c.i)

⁴⁰⁰ Comité de Derechos del Niño. Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. Párr. 60

⁴⁰¹ Dictamen en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño. Comunicación núm. 136/2021 Párr. 8.4. En dicha Comunicación señaló que: (...) En este sentido, el Comité ha instado a los Estados a que despenalicen el aborto para que las niñas puedan, en condiciones seguras, abortar y ser atendidas tras hacerlo, así como a que revisen su legislación para asegurar que se atienda el interés superior de las adolescentes embarazadas y se escuche y se respete siempre su opinión en las decisiones relacionadas con el aborto.

⁴⁰² MESECVI (2015). Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI, Doc. de la OEA OEA/Ser.L/II.

⁴⁰³ A/HRC/52/5/Add.1

⁴⁰⁴ Al respecto ver, inter alia: Corte IDH. Caso Manuela Vs. El Salvador, párr. 183; Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador, párr. 117 y Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, párr. 171.

En consecuencia, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁴⁰⁵, comparada⁴⁰⁶ e interamericana⁴⁰⁷, el Estado y los particulares que son parte del Sistema de Salud están en la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de abortos voluntarios (obligación de respeto) y tienen el deber de desarrollar todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres y personas gestantes que soliciten un aborto accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad (obligación de garantía).

Diversos órganos de protección de derechos humanos se han pronunciado expresamente respecto a las leyes que limitan o restringen la salud sexual y salud reproductiva, y entre ellas específicamente las leyes que penalizan el aborto, considerando que pueden vulnerar el derecho a la salud y a la dignidad⁴⁰⁸, especialmente en el caso de niñas y adolescentes⁴⁰⁹; y que constituyen una injerencia arbitraria de los Estados que vulnera su obligación de respetar el derecho a la salud, y pueden vulnerar otros derechos fundamentales de las mujeres y personas gestantes⁴¹⁰.

Debido a lo anterior, como señalamos *supra*, numerosos organismos internacionales de protección de derechos humanos han **recomendado expresamente la derogación de las leyes y disposiciones jurídicas que penalizan el aborto, entre ellos**: el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud (2011)⁴¹¹; el Comité CEDAW (1999⁴¹², 2017)⁴¹³; el Comité sobre los Derechos del Niño y de la Niña (2016⁴¹⁴, 2021⁴¹⁵); el MESCEVC (2015)⁴¹⁶.

Aunado a lo anterior, reiteramos que el propio Estado ecuatoriano reconoció que los DSyDR son vulnerados por la penalización del aborto y la falta de acceso universal y seguro a la SSySR, al aceptar las recomendaciones realizadas sobre este particular en el marco del último Examen Periódico Universal⁴¹⁷

Siendo ampliamente reconocido en el *corpus iuris* sobre la materia que los derechos a la salud,

⁴⁰⁵ Corte IDH. Caso Lakha Hornat Vs. Argentina.

⁴⁰⁶ Comité Derechos del Niño. Observación General Nº15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud. (artículo 24). Disponible en: <https://bienestaryproteccioninfantil.es/observacion-general-no-15-2013-del-comite-de-los-derechos-del-nino-sobre-el-derecho-del-nino-al-disfrute-del-mas-alto-nivel-posible-de-salud-articulo-24-crc-c-gc-15/>

⁴⁰⁷ Comité de Derechos del Niño. Observación general Nº 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud

⁴⁰⁸ Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI, Doc. de la OEA OEA/Ser.L/II (2015).

⁴⁰⁹ Al respecto ver, inter alia: Comité CEDAW. Párr. 18. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>. Ver también: OMS. Directrices sobre Aborto de 2022; Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud. Relatoría especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Reporte temático 25 (A/HRC/22/53)

⁴¹⁰ Comité de Derechos del Niño. Observación general Nº 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud

⁴¹¹ Comité de Derechos del Niño. Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. Párrafo 60. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/404/49/PDF/G1640449.pdf?OpenElement>

⁴¹² Respecto de la comunicación núm. 136/2021.- 6

⁴¹³ A/HRC/38/36 (10 de abril de 2018), párrs. 19 y 75. A/HRC/44/48/Add.1 (6 de mayo de 2020), párr. 50 A/76/172 (16 de julio de 2021),

⁴¹⁴ MESECVI (2015). Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI, Doc. de la OEA OEA/Ser.L/II.

⁴¹⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011. Párr. 28

⁴¹⁶ Informe DESC. Observación General No. 22.

⁴¹⁷ Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. de la ONU A/HRC/31/57 (2016), párr. 44.

a la SS y SR están íntimamente ligados a los derechos a la vida y a la integridad personal⁴¹⁸, entre otros derechos conexos⁴¹⁹. Los organismos de protección de derechos humanos han reconocido que, durante el embarazo, el parto y los períodos prenatal y posnatal pueden surgir situaciones de riesgo que pueden repercutir a corto y a largo plazo en la salud y el bienestar de la mujer y él/la hija; especialmente en el caso de niñas y adolescentes⁴²⁰, llegando incluso a poner en peligro su vida e integridad. Para evitar estos riesgos y vulneraciones derivadas a los derechos a la vida e integridad, es fundamental “que los Estados garanticen el acceso al aborto en condiciones de seguridad y a servicios posteriores al aborto, independientemente de si el aborto es en sí legal”⁴²¹.

Asimismo, distintos organismos han señalado que algunas violaciones a los DSyDR de las mujeres y personas con posibilidad de gestar pueden constituir actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, como por ejemplo: i) la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto; ii) la continuación forzada del embarazo⁴²², especialmente en casos en los que es producto de una violación o haya riesgo para la vida o la salud de la madre; iii) el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y servicios reproductivos; las infracciones del secreto médico y de la confidencialidad en entornos de atención de la salud y las denuncias contra mujeres presentadas por personal de salud⁴²³.

En el caso de las niñas y adolescentes el Comité de los Derechos del Niño ha abordado la relación entre el derecho a la salud y la interrupción legal del embarazo en sus comentarios a la Convención sobre los Derechos del Niño. En la Observación General Nro.15 emitida en 2013, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, el Comité entendió que durante el embarazo, el parto y los períodos prenatal y posnatal pueden surgir situaciones de riesgo que repercuten a corto y a largo plazo en la salud y el bienestar de la mujer y la/el niño. A partir de ello, dicho Comité recomendó “que los Estados garanticen el acceso al aborto en condiciones de seguridad y a servicios posteriores al aborto, independientemente de si el aborto es en sí legal”. Además, estableció que el acceso a servicios de aborto para niñas, niños, niñas y adolescentes debe ser confidenciales y se deben brindar sin necesidad del consentimiento de sus padres o custodios⁴²⁴.

En la Observación General Nro. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia de 2016, el Comité instó a los Estados a generar condiciones para que las niñas y adolescentes puedan abortar en condiciones seguras y ser atendidas tras hacerlo. Al respecto, el Comité aclaró que es indispensable que no se generen obstáculos de acceso para la niñez, y no se condicione el acceso a autorizaciones de terceras personas. Al respecto, el Comité planteó expresamente que:

60. El acceso a los productos básicos, a la información y al asesoramiento sobre la salud y los derechos sexuales y reproductivos no debería verse obstaculizado por,

⁴¹⁸Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. de la ONU A/HRC/31/57 (2016), párr. 43

⁴¹⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011. Párr. 25

⁴²⁰ Ibid. Párr. 25

⁴²¹ Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. de la ONU A/HRC/31/57 (2016), párr. 44.

⁴²²https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/2022/05/observaciones_finales_sobre_el_decimo_informe_periodico_del_ecuador_-cedaw-1.pdf

⁴²³CCE. Sentencia 34-19IN y acumulados. Párr. 144.

⁴²⁴ <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2024/01/Gaceta-MM-SE-52-2023.pdf>

entre otros factores, el requisito de consentimiento o la autorización de terceros. Además, es necesario poner un especial interés en superar las barreras del estigma y el miedo que dificultan el acceso a esos servicios a, por ejemplo, las adolescentes, las niñas con discapacidad y los adolescentes gais, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales. **El Comité insta a los Estados a que despenalicen el aborto para que las niñas puedan, en condiciones seguras, abortar y ser atendidas tras hacerlo, así como a que revisen su legislación para asegurar que se atienda el interés superior de las adolescentes embarazadas y se escuche y se respete siempre su opinión en las decisiones relacionadas con el aborto.** (Énfasis añadido)⁴²⁵

El referido Comité ha mantenido esta postura en distintas Observaciones Finales, en las que ha reiterado que los Estados deben despenalizar el aborto y garantizar servicios. En el año 2023, emitió un Dictamen en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el cual:

8.4 El Comité recuerda que el derecho de los niños y niñas al disfrute del más alto nivel posible de salud reconocido por el artículo 24, párrafo 1, de la Convención incluye el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo, incluida la libertad sexual y reproductiva para adoptar decisiones responsables. Recuerda asimismo que, en vista de las altas tasas mundiales de embarazo en la adolescencia y de los consiguientes riesgos de morbilidad y mortalidad, los Estados han de velar por que los sistemas y servicios sanitarios puedan atender las necesidades de los y las adolescentes en materia de salud sexual y reproductiva, **incluido mediante servicios de planificación familiar y aborto en condiciones de seguridad. En este sentido, el Comité ha instado a los Estados a que despenalicen el aborto para que las niñas puedan, en condiciones seguras, abortar y ser atendidas tras hacerlo, así como a que revisen su legislación para asegurar que se atienda el interés superior de las adolescentes embarazadas y se escuche y se respete siempre su opinión en las decisiones relacionadas con el aborto.** (...) ⁴²⁶.

Igualmente, la relatora especial sobre el derecho a la salud ha establecido que la penalización de servicios de salud únicamente necesarios para las mujeres dificulta la realización del derecho a la salud sin discriminación⁴²⁷.

En el ámbito interamericano, en 2015, el MESECVI recordó que la protección efectiva del derecho a la salud de las niñas y adolescentes requiere la legalización del aborto y garantizar el acceso a servicios de atención en salud sin discriminación⁴²⁸.

Análisis en el caso concreto: la penalización del aborto vulnera el derecho a la salud sexual y reproductiva y las obligaciones estatales de respeto, protección y garantía

La penalización del aborto impone barreras que imposibilitan el acceso a servicios de SSy SR seguros para las mujeres, niñas, adolescentes y personas gestantes que se encuentran fuera

⁴²⁵Freddy Paúl Llerena Pinto. "Derechos Reproductivos: Los abortos hospitalarios en el Ecuador, un análisis para el período 2015-2020"

⁴²⁶<https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2024/01/Gaceta-MM-SE-52-2023.pdf>

⁴²⁷A/HRC/38/36 (10 de abril de 2018), párrs. 19 y 75. A/HRC/44/48/Add.1 (6 de mayo de 2020), párr. 50 A/76/172 (16 de julio de 2021),

⁴²⁸A/HRC/38/36 (10 de abril de 2018), párrs. 19 y 75. A/HRC/44/48/Add.1 (6 de mayo de 2020), párr. 50 A/76/172 (16 de julio de 2021),

de las causales legales - y los dificultan para quienes se encuentran dentro de las mismas-, obligándolas a tener que elegir entre una maternidad forzada o un aborto peligroso, con las graves implicaciones que ello conlleva sobre su derecho a la salud y derechos conexos. Ello implica una injerencia arbitraria del Estado sobre sus derechos que constituye una forma de violencia institucional basada en el género.

Por otro lado, la penalización del aborto genera e impone barreras estructurales e institucionales formales e informales que afectan a las mujeres, niñas, adolescentes y personas gestantes que se encuentran dentro de las causales legales de acceso al aborto que vulneran su derecho a la salud y sus DSyDR entre otros respecto de obligaciones internacionales de respeto y protección. Ello debido a que la existencia de una regulación dual del aborto (derecho y delito a la vez) genera inseguridad jurídica y provoca que la provisión de servicios dependa de interpretaciones subjetivas de las normas por parte de las instituciones de salud y el personal sanitario, las cuales, en la práctica, limitan tanto el acceso de las mujeres y personas gestantes al servicio esencial de salud de aborto, como la posibilidad de garantizar derechos de profesionales de salud por el miedo y el estigma derivado de atender abortos. Lo anterior, a su vez, genera un contexto propicio para que se criminalice a mujeres y personas gestantes desde los establecimientos de salud a los que acuden por causas relacionadas con el aborto, como a las y los profesionales que brindan este servicio.

A continuación, analizaremos las violaciones derivadas de la penalización del aborto, a la luz de las obligaciones estatales de respetar, proteger y cumplir el derecho a la salud sexual y salud reproductiva *supra* desarrolladas.

El incumplimiento de la obligación de respetar lo analizaremos en función de las barreras institucionales que genera la penalización del aborto, argumentando que constituye una injerencia arbitraria y una forma de violencia institucional basada en género que fomenta los abortos inseguros, la maternidad forzada y la mortalidad materna. Asimismo, la imposición de trabas burocráticas o de barreras generadas por el desconocimiento de la ley también vulneran esta obligación.

El incumplimiento de la obligación de proteger lo analizaremos en función de los efectos e impactos que la penalización del aborto genera en profesionales de la salud, pues genera desconocimiento sobre la provisión del servicio y los casos en los que pueden proveerlo, causando restricción del acceso a abortos por las causales legales.

Y finalmente, expondremos que se vulnera la obligación de cumplir al mantener la vigencia de la ley que penaliza el aborto, al no adoptar medidas para prevenir los abortos en condiciones de riesgo y no velar por el acceso a educación e información integrales sobre la salud sexual y salud reproductiva que no sean discriminatorias.

a) La norma demandada vulnera la obligación de respetar y proteger el derecho a la salud reproductiva .-

Para cumplir con su obligación de respetar y proteger, el Estado tiene el deber de adoptar medidas de protección para garantizar el derecho a la salud sexual y salud reproductiva incluso frente a vulneraciones cometidas por terceras partes⁴²⁹. Al respecto, la Observación General No. 22 del Comité DESC recuerda que “las violaciones de la obligación de proteger

⁴²⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011. Párr. 28

se producen cuando un Estado no adopta medidas efectivas para impedir que terceros menoscaben el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva⁴³⁰.

b) La ley que penaliza el aborto fomenta los abortos inseguros, mortalidad materna y violencia institucional

Numerosos organismos internacionales de protección de derechos humanos, tales como el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud (2011), el Relator Especial contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (2016)⁴³¹ han señalado la penalización del aborto, fomenta los abortos inseguros realizados en condiciones peligrosas y antihigiénicas, aumentando los niveles de morbilidad y mortalidad materna⁴³².

En 2011, el ex Relator Especial sobre la Salud señaló que se estimaba que alrededor de un 13% de las muertes derivadas de la maternidad registradas en todo el mundo obedece a abortos practicados en condiciones peligrosas⁴³³ y más de 5 millones de mujeres y niñas sufren lesiones a corto y largo plazo debidas a abortos practicados en condiciones peligrosas, tales como hemorragias, septicemias, traumatismos de vagina, útero y órganos abdominales, desgarros en el cuello del útero, peritonitis, infecciones del sistema reproductor, enfermedad inflamatoria de la pelvis y dolor pélvico crónico, conmoción e infertilidad⁴³⁴. En un sentido similar, en su informe de 2016, el ex Relator Especial contra la Tortura reconoció que el aborto practicado en condiciones de riesgo ocupaba el tercer lugar entre las principales causas de muerte materna en todo el mundo⁴³⁵.

La OMS en sus directrices de 2022, reconoce que 6 de cada 10 embarazos no planeados y 3 de cada 10 embarazos terminan en un aborto provocado en el mundo, y que el 45% de los mismos son peligrosos. De acuerdo a esta organización el aborto peligroso se concentra en un 97% de los casos en países en desarrollo y en grupos en situación de marginación y vulnerabilidad. Estableciendo que entre el 4,7% y el 13,2% de todas las muertes maternas en el mundo se atribuyen a abortos peligrosos.

En el caso de Ecuador, la penalización del aborto y los obstáculos al acceso a los servicios de aborto fomenta la práctica de abortos peligrosos. En 2015, el Comité CEDAW manifestó su preocupación ante los niveles de abortos inseguros practicados en el país y su incidencia en los niveles de mortalidad materna, recomendando al Estado ofrecer “a las mujeres servicios seguros de aborto y cuidados posteriores, sobre todo cuando se presenten complicaciones a raíz de abortos practicados en condiciones de riesgo”⁴³⁶.

A pesar de ello, la problemática ha continuado hasta nuestros días. Como ya pudo comprobar esta Corte en 2021, conforme a los datos Ministerio de Salud Pública para esa fecha, un

⁴³⁰ Comité DESC. Observación General No. 22.

⁴³¹ Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. de la ONU A/HRC/31/57 (2016), párr. 44.

⁴³² Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. de la ONU A/HRC/31/57 (2016), párr. 43

⁴³³ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011. Párr. 25

⁴³⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011. Párr. 25

⁴³⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011. Párr. 25

⁴³⁶ Ibid. Párr. 25

15.6% del total de muertes maternas corresponden a abortos realizados de forma insegura⁴³⁷. Esta tendencia se mantiene hasta la fecha. Según las cifras más recientes del MSP, en año 2023 se produjeron 4 muertes maternas relacionadas con abortos inseguros⁴³⁸, mismas que pudieron haber sido evitadas,

Al respecto, además, es importante mencionar que existe una alta probabilidad de subregistro respecto a esta cifra derivado de la práctica de abortos extrahospitalarios o realizados en centros médicos privados que no son registrados, así como por el temor del personal sanitario de registrar abortos y muertes por aborto. Así, de acuerdo con la investigación realizada por Llerena:

(...) las estadísticas relacionadas a los registros de abortos que ocurrieron en los hospitales del Ecuador, representa únicamente un proporción de las atenciones en los establecimientos de salud debido a que la fuente primaria de información registra aquellas atenciones en establecimientos con capacidad de internación (Hospitales), dejando fuera de este registro otras atenciones que pudieran haberse hecho en consultorios médicos particulares o en establecimientos públicos sin capacidad de internación, e incluso abortos practicados por fuera del sistema de salud público o privado⁴³⁹.

En el mismo sentido, se ha demostrado que la penalización del aborto también aumenta las tasas de mortalidad materna indirecta, la cual, de acuerdo a la definición del MSP consiste en aquella que "resulta de una enfermedad existente desde antes del embarazo de una enfermedad que evoluciona durante el mismo, no debida a causa obstétrica directa, pero si agravadas por los efectos fisiológicos propios del embarazo"⁴⁴⁰.

Según cifras registradas por el MSP, en el 2023 se han producido al menos 46 muertes maternas por causas indirectas, todas ellas probablemente evitables si hubieran tenido acceso a información de calidad sobre sus alternativas ginecológicas para poder realizar una elección libre e informada sobre el acceso a un aborto por casual salud y vida⁴⁴¹.

En este punto, resulta fundamental para el propósito de esta acción de inconstitucionalidad analizar cómo la penalización del aborto vulnera la prohibición de ejercer violencia por razón de género y de discriminación contra las mujeres y otras personas gestantes en relación con el deber de respeto del derecho a la salud; sin perjuicio de lo establecido en profundidad en los cargos sobre violación al derecho a la igualdad y no discriminación; para determinar los motivos por los cuales supone una vulneración de su derecho a la salud reproductiva, y, por ende, una injerencia arbitraria estatal.

Al respecto, recordamos que, como hemos señalado *supra*, la penalización del aborto ha sido ampliamente reconocida como una forma de violencia basada en género que vulnera la salud y los derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres y personas gestantes⁴⁴². Asimismo, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo; las dilaciones indebidas en la atención posterior al aborto; la continuación forzada del embarazo especialmente (pero no

⁴³⁷ Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. de la ONU A/HRC/31/57 (2016), párr. 44.

⁴³⁸ <https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp->

⁴³⁹ Freddy Paúl Llerena Pinto. "Derechos Reproductivos: Los abortos hospitalarios en el Ecuador, un análisis para el período 2015-2020"

⁴⁴⁰ <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2024/01/Gaceta-MM-SE-52-2023.pdf>

⁴⁴¹ <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/defunciones-generales-2021/>

⁴⁴² Comité CEDAW. Párr. 18. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>.

solo) cuando es producto de una violación, o cuando la vida o la salud de la mujer está en riesgo⁴⁴³; y el abuso y/o maltrato a las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y salud reproductivos, según las circunstancias, “pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante”,⁴⁴⁴ importante reiterar que la norma demandada no resulta idónea, ni necesaria ni proporcional para proteger la vida desde la concepción, constituyendo una injerencia desproporcionada, arbitraria e inconstitucional sobre el derecho a la salud reproductiva de las mujeres y personas gestantes convirtiéndose en una forma de violencia institucional basada en género.

c) La ley que penaliza el aborto vulnera la obligación de prevenir y proteger el derecho a la salud reproductiva porque fomenta riesgos para la vida y la integridad personal de las mujeres, niñas y personas gestantes embarazadas.-

Muy en línea con lo anterior, cabe señalar que tal injerencia arbitraria sobre la salud reproductiva de las mujeres y personas gestantes resulta particularmente grave, si se considera la íntima relación entre el derecho a la salud, la vida y la integridad personal⁴⁴⁵.

Los derechos a la vida y a la integridad personal están ampliamente protegidos por la Constitución Ecuatoriana⁴⁴⁶ y numerosos tratados internacionales de derechos humanos, como la CADH (arts. 4 y 5⁴⁴⁷), la Convención Belem Do Pará⁴⁴⁸, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6 y 7), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanas y Degradantes (art. 1), entre otros.

Al respecto, la Corte IDH ha precisado que el derecho a la vida implica no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino que, además, el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que evite cualquier amenaza al derecho a la vida.

Asimismo, la Corte IDH ha señalado que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar su vulneración⁴⁴⁹.

Por su parte, diversos organismos internacionales de protección de derechos humanos se han referido expresamente a la forma en que se debe regular el aborto para que esta regulación no vulnere el derecho a la vida e integridad personal de la mujer embarazada, aclarando que las reglamentaciones sobre aborto no pueden poner en peligro sus vidas, exponerlas a dolores o sufrimientos físicos o psíquicos, obligarlas a recurrir a abortos

⁴⁴³Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI, Doc. de la OEA OEA/Ser.L/II (2015).

⁴⁴⁴Párr. 18. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>.

⁴⁴⁵Corte IDH. Caso Gonzalez Lluy Vs. Ecuador.

⁴⁴⁶Art. 66 numerales 1, 2 y 3.

⁴⁴⁷El artículo 4.1 de la CADH señala que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

El artículo 5.1 de la CADH, referido al derecho a la integridad personal, establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

⁴⁴⁸Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en todos sus ámbitos. Art. 4.a. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

⁴⁴⁹Corte IDH. Caso Gonzalez Lluy Vs. Ecuador.

inseguros o poco seguros, establecer requisitos onerosos o humillantes para las mujeres que deseen someterse a un aborto⁴⁵⁰. En palabras del Comité de Derechos Humanos:

(...) todas las restricciones jurídicas que limiten la capacidad de las mujeres para someterse a un aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro sus vidas ni exponerlas a dolores o sufrimientos físicos o psíquicos por cuanto ello supondría una vulneración del artículo 7 del Pacto. Los Estados partes deben facilitar un acceso seguro al aborto para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas, y en las situaciones en que llevar a término el embarazo causaría a la mujer graves dolores o sufrimientos (...). Los Estados partes no deben regular el embarazo ni el aborto de manera contraria a su deber de velar por que las mujeres no tengan que recurrir a abortos peligrosos. [Por ejemplo, no deben adoptar medidas como penalizar los embarazos de las mujeres solteras, ni aplicar sanciones penales a las mujeres que se someten a un aborto o a los médicos que las asisten para hacerlo, cuando se prevea que la adopción de esas medidas va a suponer un aumento significativo de los abortos peligrosos.] Los Estados parte tampoco deben establecer requisitos excesivamente onerosos o humillantes para las mujeres que deseen someterse a un aborto. La obligación de proteger la vida de las mujeres contra los riesgos para la salud relacionados con los abortos peligrosos exige que los Estados parte garanticen a mujeres y hombres, y en particular a los adolescentes, acceso a información y educación sobre las opciones reproductivas y a toda una serie de métodos anticonceptivos. Los Estados parte también deben velar por que las mujeres embarazadas tengan acceso a servicios de atención de la salud adecuados, tanto prenatales como con posterioridad al aborto⁴⁵¹.

En 2015, el Comité de la CEDAW reconoció que prácticas como la esterilización forzada, 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 salud reproductivos, no solo constituyen violencia de género sino que **“según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante”**⁴⁵². (Énfasis añadido)

Por su parte, en 2016, el Relator Especial contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, reconoció que restringir el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo provoca muertes innecesarias de mujeres⁴⁵³. Asimismo, señaló que: **“denegar el acceso al aborto seguro y someter a las mujeres y niñas a actitudes humillantes y sentenciosas en esas situaciones de extrema vulnerabilidad y en las que es esencial acceder en el plazo debido a la asistencia sanitaria equivale a tortura y malos tratos”**⁴⁵⁴. En el mismo sentido, puntualizó que “la práctica de obtener confesiones, para emplearlas en juicios, de mujeres que precisan asistencia médica urgente tras haberseles practicado un aborto clandestino es constitutiva de tortura o malos tratos”⁴⁵⁵. (Énfasis añadido)

⁴⁵⁰Comité de Derechos Humanos (CDH), Observación general Nº38. Artículo 6: derecho a la vida, Doc. de la ONU CCPR/C/GC/36 (2018), párr. 9.

⁴⁵¹Comité de Derechos Humanos (CDH), Observación general Nº38. Artículo 6: derecho a la vida, Doc. de la ONU CCPR/C/GC/36 (2018), párr. 9.

⁴⁵²Comité 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. Párr. 18

⁴⁵³Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. de la ONU A/HRC/31/57 (2016), párr. 43.

⁴⁵⁴Ibid. Párr. 44.

⁴⁵⁵Ibid. Párr. 44.

De la misma manera, la Corte IDH también ha establecido en su jurisprudencia que los Estados tienen la obligación de proteger a las mujeres y personas de la diversidad sexogenérica de forma prioritaria, de cualquier forma de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en el tratamiento médico, particularmente en el caso de las decisiones relacionadas con la reproducción, pues el contexto de servicios de salud implica un mayor riesgo para ellas, ellos y ellos de estar expuestos a estereotipos de género negativos o perjudiciales, incluyendo la asignación social y cultural de las mujeres como encargadas de la función reproductora y responsables de la anticoncepción⁴⁵⁶.

A lo largo de esta demanda se demuestra que la penalización del aborto en nuestro país aumenta el riesgo de que se produzcan abortos inseguros e incide en los niveles de mortalidad materna, impactando con ello su derecho a la salud reproductiva en relación con la vida, integridad personal y dignidad humana.

Aunado a lo anterior, las distintas barreras formales (de índole institucional y administrativo) y materiales para el acceso a la aborto voluntario bajo los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad generan dilaciones innecesarias en la atención en salud de mujeres y personas gestantes, someten a discriminación y malos tratos provocados por los estereotipos de género que operan entre el personal de salud que está llamado a atenderlas, criminalizan a mujeres y personas gestantes exponiéndolas a duras condiciones carcelarias y al abuso del derecho penal.

d) La penalización del aborto vulnera la obligación de respetar y proteger porque obstaculiza la prestación adecuada de este servicio esencial de salud, incluso en las causales previstas por la ley

La penalización del aborto genera, impone y replica barreras formales y materiales que, en la práctica, obstaculizan y restringen el acceso al aborto voluntario incluso bajo los supuestos permitidos en el Ecuador de distintas maneras.

En cuanto a la causal de salud y vida prevista por el artículo 150 del COIP, a pesar de que su regulación es amplia y se debería permitir el acceso a abortos legales en un amplio espectro de situaciones⁴⁵⁷, la interpretación de las causales por parte del personal sanitario es restringida.

En segundo lugar, en el caso específico de la causal por violación, de acuerdo con el estudio realizado por el Centro de Apoyo y Protección de Derechos Humanos Surkuna, se

⁴⁵⁶Corte IDH. Caso IV vs Bolivia

⁴⁵⁷De acuerdo a la Guía de Aborto Terapéutico vigente, "no existe una lista referencial de enfermedades debido a la complejidad potencial de las indicaciones por las que se puede realizar AT. Por esta razón, cada caso debe considerarse particularmente sobre la base de un análisis minucioso, y de acuerdo al criterio de los profesionales de la salud en conjunto con la mujer embarazada". La Guía asimismo establece: "Se debe garantizar la prevención de cualquier riesgo para la vida o salud integral de la mujer, razón por la que aquellas patologías que no consten específicamente en ninguna Atención del aborto terapéutico¹⁷ lista internacional deberán ser valoradas por los profesionales de salud en el marco de la Legislación Ecuatoriana para AT, basados en los principios bioéticos de la beneficencia, la no maleficencia, la justicia y la autonomía. Para la aplicación de la GPC de AT, la definición de salud que se utiliza es la establecida en nuestra Ley Orgánica de Salud: "Art. 3.- La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables." Esta definición hace referencia a una interpretación integral de la salud, que incluye el cuidado de la misma en todos los aspectos". Ver: Guía de Aborto Terapéutico. Disponible en: <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2016/09/Aborto-terap%C3%A9utico.pdf>

identifican al menos 6 barreras para el acceso a este derecho relacionadas con la vulneración de las obligaciones legales del sistema de salud, a saber: 1) desinformación sobre el procedimiento médico; 2) castigo e intimidación hacia las sobrevivientes, sus familiares y profesionales de salud que garantizar el acceso al aborto voluntario por causal violación; 3) dilación injustificada; 4) fallas en el sistema de referencia y contrarreferencia; 5) implementación de técnicas inadecuadas para la interrupción del embarazo; y, 6) negación de recibir la solicitud para el acceso a la interrupción del embarazo por violación ⁴⁵⁸.

Según el referido estudio, entre abril de 2021 hasta abril de 2022 la organización recibió 24 solicitudes de acompañamiento de aborto por violación, de estas el 33% fueron de niñas menores de 14 años. Las solicitudes de acceso a aborto legal fueron 20,8% en Sucumbíos, 12,5% en Morona Santiago y 4,2% en Napo. El 25% de las personas que solicitaron acceso a un aborto legal fueron indígenas⁴⁵⁹.

Estas barreras fueron reconocidas incluso por el MSP en la Audiencia Pública⁴⁶⁰. El organismo reconoció que existen dificultades en la implementación de la ley de aborto por causal violación, que se derivaban principalmente del desconocimiento sobre la Ley⁴⁶¹ por parte de las funcionarias/os en las diferentes instituciones del Estado, que muchas veces consideran que el aborto siempre es un delito.

En 2015, el MSP emitió la Guía de Práctica Clínica para la Atención del Aborto Terapéutico⁴⁶², la cual reúne recomendaciones y evidencias científicas para apoyar a profesionales de salud y pacientes en la toma de decisiones para la atención del aborto terapéutico. Sin embargo, dicho instrumento no ha sido eficaz para solventar las distintas barreras estructurales que impiden el acceso efectivo a al aborto incluso en las causales legalmente establecidas.

De acuerdo con una investigación sobre aborto hospitalario en el Ecuador publicada en 2022, las causas relacionadas con el embarazo, parto y puerperio fueron la causa de atención hospitalaria más importante en el país, concentrando cerca del 28% del total de egresos hospitalarios de ese periodo de tiempo⁴⁶³. En concreto, los egresos hospitalarios relacionados con embarazos terminados en aborto constituyeron la cuarta causa de atención sanitaria más importante del periodo⁴⁶⁴. Así, en el año 2015, los egresos hospitalarios relacionados con aborto representaron el 10% del total de atenciones hospitalarias relacionadas con embarazo, parto y puerperio en dicho año, registrando 31,1 mil egresos hospitalarios relacionados con esta causa; en el 2016 se registraron 30,4 mil egresos hospitalarios por embarazos que terminaron en abortos; en el año 2018, 28 mil egresos hospitalarios relacionados con esta causa; en el año 2019, 25 mil egresos hospitalarios relacionados con esta causa; y en el año 2020 18,5 mil egresos hospitalarios de embarazos que terminaron en abortos.

⁴⁵⁸SURKUNA. "Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación". Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recursos/informe-destrabar-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

⁴⁵⁹Ibid

⁴⁶⁰Ministerio de Salud Pública. 2022. Primer Informe de Respuesta Oficio 15671-E Fundación Surkuna, en atención al Oficio 15671-E de fecha 17 de octubre de 2022

⁴⁶¹Ley Orgánica que regula la interrupción voluntaria del embarazo para niñas, adolescentes y mujeres en caso de violación. 29 de abril de 2022. Registro Oficial. Segundo Suplemento No. 53.

⁴⁶²Guía de Aborto Terapéutico. Disponible en: <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2016/09/Aborto-terap%C3%A9utico.pdf>

⁴⁶³ Freddy Paúl Llerena Pinto. "Derechos Reproductivos: Los abortos hospitalarios en el Ecuador, un análisis para el periodo 2015-2020"

⁴⁶⁴ Ibid

Al comparar esas cifras con las registradas por el Anuario de Egresos Hospitalarios, podemos observar que las causales se siguen interpretando de manera sumamente restrictiva, incluso tras la expedición de la Guía de Atención del Aborto Terapéutico a la que nos hemos referido *supra*. Entre los años 2015 y el 2022, los abortos relacionados con las causales legalmente previstas (denominados abortos médicos)⁴⁶⁵ se han mantenido representando únicamente entre el 6% y el 4% del total de egresos hospitalarios relacionados con aborto registrados cada año. En 2015, se registraron 982 egresos hospitalarios por aborto médico, lo cual corresponde 5% del total de egresos hospitalarios relacionados con aborto en ese año⁴⁶⁶; en el 2016, 742 (4%); en el 2017⁴⁶⁷, 944 (5%)⁴⁶⁸; en el 2018, 804 (4%)⁴⁶⁹; en el 2019, 911 (6%)⁴⁷⁰; en el 2020, 704 (6%)⁴⁷¹; en el 2021, 750 (4%)⁴⁷²; y, en el año 2022, el 4%⁴⁷³.

A pesar de que estas cifras demuestran claramente que la falta de acceso adecuado a abortos por las causales legalmente establecidas se ha mantenido en el tiempo, el Ministerio de Salud niega esta realidad al sostener que "brinda atención oportuna, integral y de calidad a las mujeres en situación de aborto terapéutico"⁴⁷⁴.

Si bien es posible observar cierta disminución de los egresos hospitalarios relacionados con aborto en el país, no podemos decir lo mismo sobre la cantidad de abortos que efectivamente se realizan, cifra que ha tendido a aumentar⁴⁷⁵. En ese sentido, resulta alarmante pensar qué sucede con las mujeres y personas gestantes que se ven forzadas a recurrir a métodos inseguros para poder interrumpir sus embarazos, quienes quedan expuestas a enfrentar riesgos para su salud derivados de posibles complicaciones obstétricas.

De acuerdo con la OMS, esta disminución en las estadísticas oficiales relacionadas con el aborto hospitalario se relaciona con que "cada vez es más frecuente que las mujeres de la región obtengan y se autoadministren medicamentos como el misoprostol fuera de los sistemas de salud oficiales"⁴⁷⁶. Sin embargo, esta organización sigue considerando que en América Latina y el Caribe, solo 1 de cada 4 abortos fue seguro, pues recurrir en secreto a la autoadministración informal de medicamentos - no siempre con la información adecuada y con acompañamiento constituye un grave problema de salud pública y justicia social⁴⁷⁷.

Frente a la realidad descrita, afirmamos que la norma demandada genera y profundiza las barreras y menoscaban el acceso a este servicio, por los siguientes motivos: i) fomenta el desconocimiento imperante entre el personal médico y las personas operadoras de justicia

⁴⁶⁵El total de egresos hospitalarios relacionados con aborto registrados en 2022 es de 12412, de los cuales 2671 se han catalogado como abortos no especificados; 937 como otro aborto; 8263 como abortos espontáneos y únicamente 541 como abortos médicos, que es la forma en que en el CIE10, cataloga el aborto legal.

⁴⁶⁶ <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/camas-y-egresos-hospitalarios-2015/>

⁴⁶⁷ <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/camas-y-egresos-hospitalarios-2016/>

⁴⁶⁸ <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/camas-y-egresos-hospitalarios-2017/>

⁴⁶⁹ <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/camas-y-egresos-hospitalarios-2018/>

⁴⁷⁰ <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/camas-y-egresos-hospitalarios-2019/>

⁴⁷¹ <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/camas-y-egresos-hospitalarios-2020/>

⁴⁷² <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/camas-y-egresos-hospitalarios-2021/>

⁴⁷³ Anuario de Egresos Hospitalarios del año 2022. Disponible en: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/camas-y-egresos-hospitalarios/>

⁴⁷⁴Décimo informe periódico, presentado por el Estado ecuatoriano el 16 de octubre del 2020 en el Comité de la CEDAW

⁴⁷⁵Guttmacher Institute, Ecuador country profile, 2022, <https://www.guttmacher.org/regions/latin-america-caribbean/ecuador>.

⁴⁷⁶ <https://www.who.int/es/news/item/28-09-2017-worldwide-an-estimated-25-million-unsafe-abortions-occur-each-year>

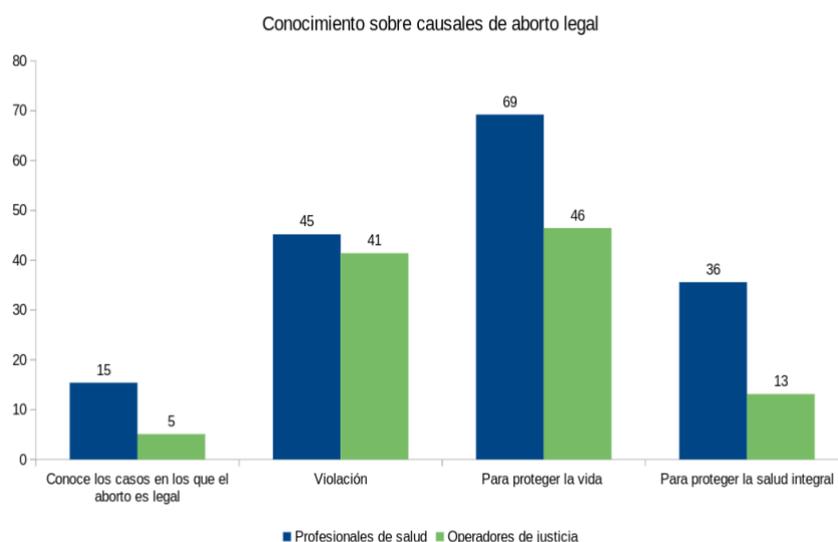
⁴⁷⁷ Ibid.

sobre las causales de aborto legal; ii) fomenta la interpretación restringida de las causales debido a una comprensión de la salud únicamente en términos biofísicos, y no de manera integral, como reconoce la Constitución y los estándares internacionales en la materia; iii) otorga un poder desproporcionado al personal de salud a la hora de decidir sobre el acceso al aborto voluntario; iv) genera un contexto propicio para la criminalización tanto de mujeres, niñas y personas gestantes como del personal de salud que brinda este servicio. Por lo tanto, el Estado vulnera sus obligaciones estatales de cumplir con el derecho a la salud reproductiva al no derogar este tipo penal. A continuación, nos referiremos a las mismas.

La penalización del aborto fomenta el desconocimiento imperante entre el personal de salud y las personas operadoras de justicia sobre las causales de aborto legal

En efecto, la penalización del aborto genera desconocimiento entre el personal sanitario sobre los casos en los que pueden proveerlo legalmente, causando restricciones indebidas al acceso al aborto incluso en las causales legales. Lo anterior, vulnera el derecho a la salud y los DSyDR de las mujeres y personas gestantes y contraviene la obligación estatal de proteger el derecho a la salud de las mujeres frente y personas gestantes frente a injerencias de terceros.

De acuerdo con un estudio realizado por Sara Larrea, en el año 2022 sobre conocimientos, actitudes y prácticas sobre aborto legal del personal de salud y operadores de justicia en el Ecuador, solo un 15% del personal sanitario y un 5% de las personas operadoras de justicia conocen sobre la existencia de causales de aborto legal., Los hallazgos evidencian que la mayoría conoce de la existencia de aborto legal para proteger la vida mientras que menos del 50% conoce de la existencia de las causales salud integral y violación⁴⁷⁸.



Fuente: Conocimientos, actitudes y prácticas sobre aborto legal del personal de salud y operadores de justicia en el Ecuador. Larrea, Sara (2022).

⁴⁷⁸ Conocimientos, actitudes y prácticas sobre aborto legal del personal de salud y operadores de justicia en el Ecuador. Larrea, Sara (2022). Estudio cualitativo sobre las principales

Asimismo, la investigación de la organización el Centro de Etnografía Disciplinaria Kaleidos⁴⁷⁹, da cuenta de que uno de los factores importantes que pueden dificultar el acceso al aborto es la burocratización excesiva del proceso, barrera se relaciona también con el desconocimiento legal y con la creencia de que el aborto es siempre un delito. Derivado de dicho desconocimiento, muchos establecimientos de salud consideran que es necesario que la Fiscalía autorice los procedimientos antes de que puedan llevarse a cabo; otros piensan que es necesario contar con autorizaciones judiciales, y otros contar con autorización de las autoridades de salud. De acuerdo con este estudio la burocratización en los servicios de salud se funda entre otros factores en el desconocimiento y el miedo "del personal de salud a ser criminalizado"⁴⁸⁰.

En la práctica, este desconocimiento impide que las mujeres y personas gestantes puedan ser atendidas dignamente y restringe su acceso a un aborto a pesar de estar dentro de las causales legalmente previstas.

La penalización del aborto fomenta una visión restringida sobre la salud que es comprendida únicamente en términos biofísicos, y no de manera integral, como reconoce la Constitución y los estándares internacionales

Una segunda barrera para acceder a este servicio esencial se relaciona con el hecho de que imperan visiones restringidas sobre la salud entre el personal de salud, que la comprenden únicamente en términos biológicos y físicos, y no de manera integral, como reconoce la Constitución y los estándares internacionales de derechos humanos en la materia.

Al respecto, el estudio antes señalado realizado por Kaleidos en el 2022, encontró que en el Ecuador existen importantes restricciones de acceso al aborto legal por la causal de riesgo para la vida o la salud, específicamente en caso de complicaciones relacionadas a la salud mental y social⁴⁸¹.

En general los profesionales de salud solo garantizan el acceso al aborto en esta causal cuando la paciente llega a centros de atención médica en estados críticos, donde la vida ya se encuentra en grave peligro; o cuando existen situaciones de menor urgencia, pero que constituyen un peligro o riesgo grave es decir en situaciones donde la terminación del embarazo es la única forma de garantizar la vida de la mujer o persona gestante⁴⁸². De acuerdo con este estudio, existe una "barrera epistémica" entre el personal sanitario llamado a proveer este servicio. Es decir, impera una visión prácticamente unidimensional sobre la salud que hace que sea comprendida e interpretada en la práctica casi exclusivamente en términos biológicos y físicos.

Así, en la práctica, el personal de salud tiene la potestad de decidir qué riesgos a la salud de las mujeres o personas gestantes son adecuados para proveer el aborto legal por esta causa. Esta visión conservadora y limitada sobre la salud forma parte de un "problema de la medicina moderna en general que repercute de formas específicas en cómo el personal médico enmarca y comprende el aborto"⁴⁸³. Desde esta interpretación, se excluye sistemáticamente el acceso al aborto legal a mujeres con problemas biofísicos que no son

⁴⁷⁹ Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

⁴⁸⁰ Ibidem.

⁴⁸¹ Ibid.

⁴⁸² Ibid.

⁴⁸³ Ibid.

vistos como graves, los cuales se relacionan en su mayoría con condiciones relativas a su salud mental y social perpetuando la idea de que la salud es la ausencia de enfermedades o afecciones y no un estado de bienestar multidimensional.

El sistema de causales fomenta la generación de normas restrictivas, interpretaciones restringidas e inadecuadas de las causales y otorga al personal sanitario un poder desproporcionado para decidir qué casos y en qué circunstancias se puede acceder al aborto

La existencia de sistemas de causales y la penalización del aborto favorece un contexto para la generación de normativas y leyes contrarias a los estándares internacionales y refuerza el imaginario de que el aborto únicamente debe ser accesible en casos específicos, concretos y especiales⁴⁸⁴, causando que quienes legislan lo hagan en función de limitar este acceso y generar barreras. Estas limitaciones suelen afectar el acceso general a estos procedimientos, siendo desproporcionadas incluso para las mujeres o personas gestantes que se encuentran dentro de las causales donde el aborto es legal. Un ejemplo de esto es lo sucedido con la *Ley Orgánica que Regula la Interrupción Voluntaria del Embarazo para Niñas, Adolescentes y Mujeres en Casos de Violación*, donde con el objetivo de regular el acceso al proceso se generaron graves barreras, que gracias a múltiples demandas de la sociedad civil, se encuentran suspendidas de forma temporal.⁴⁸⁵

Igualmente, la existencia de causales genera incoherencias en la interpretación o aplicación de los supuestos e interpretaciones, que son demasiado restringidas, erróneas o inadecuadas de los mismos.

En la práctica, otorga un poder desproporcionado al personal médico para decidir quién y en qué circunstancias merece acceder al ejercicio de este derecho, a través de una interpretación subjetiva de las causales que puede ser amplia o limitada a la hora de interpretar qué constituye un riesgo para la vida o la salud, o si se ha producido una violación. Lo anterior, permite la imposición de creencias religiosas y estereotipos de género por parte del personal médico que suponen una injerencia indebida sobre el derecho a la salud y la salud reproductiva de las mujeres y personas gestantes, al limitar, retrasar o negar arbitrariamente el acceso a este servicio esencial. Al respecto, las Directrices sobre aborto de la OMS, advierten que:

(...) las leyes basadas en supuestos contribuyen a retrasar el aborto, y que los retrasos se producen debido a **incoherencias en la interpretación o aplicación de los supuestos de salud**, a que las mujeres esperan a que se determine su derecho a abortar o a que se cuestione o no se crea su afirmación de que el embarazo es consecuencia de una violación, a una **interpretación excesivamente restrictiva de los supuestos**, o a un desacuerdo dentro de un equipo médico sobre si una mujer cumple un supuesto legal. La interpretación errónea de la legislación también puede dar lugar a la denegación del aborto. En algunos casos, los trabajadores de la salud esperaron a que el estado de salud se deteriorara lo suficiente para asegurarse de que una mujer cumplía con el supuesto de «riesgo para la vida», poniendo claramente en peligro el derecho a la vida y violando potencialmente el derecho a no sufrir torturas

⁴⁸⁴La OMS en los lineamientos 2022: Directrices sobre la atención para el aborto [Abortion care guideline]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2022. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO

⁴⁸⁵La Corte Constitucional del Ecuador, mediante el auto de admisión de las causas 41-22IN, 76-22IN, 93-22IN, 30-23IN y 31-23IN dispuso la suspensión de varios artículos o partes de artículos que se consideraban que podrían generar barreras graves, inminentes y verosímiles para el acceso de las mujeres y personas gestantes a esta causal

ni tratos crueles, inhumanos o degradantes. La interpretación de los supuestos y, por tanto, la posibilidad de abortar legalmente varía de un proveedor a otro, y los proveedores no siempre conocen con certeza la legislación o cómo debe aplicarse; la interpretación suele ser restrictiva e incompatible con el derecho de los derechos humanos o con las definiciones de salud y salud mental de la OMS, lo que conduce a la denegación del aborto⁴⁸⁶. (Énfasis añadido)

En el mismo sentido, en su informe especial de 2011 sobre “la interacción entre las leyes penales y otras restricciones jurídicas relativas a la salud sexual y reproductiva y el derecho a la salud”, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud indicó:

17. La relación de causalidad entre los estereotipos de género, la discriminación y la marginalización de las mujeres y las niñas y su disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva queda reflejada en muchos documentos⁴⁸⁷. La penalización genera y perpetúa el estigma, limita la capacidad de las mujeres para hacer pleno uso de los bienes, servicios e información disponibles en materia de salud sexual y reproductiva, les niega la plena participación en la sociedad y **distorsiona las percepciones de los profesionales de la salud, lo que a su vez puede dificultar el acceso de las mujeres a los servicios de atención de la salud (...)**^{488, 489}. (Énfasis añadido)

En un sentido similar, en 2016, el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura recomendó a los Estados establecer pautas claras sobre la aplicación de las leyes internas relativas al aborto y velar por que se interpreten en un sentido amplio; así como controlar la aplicación práctica de las leyes para que las personas ejerzan en la práctica su derecho de acceso a los servicios jurídicos (...)⁴⁹⁰.

Lo anterior se comprueba en el caso de Ecuador. De acuerdo, a la investigación de Kaleidos referido *supra*:

[...] la interpretación de lo que constituye el “criterio” médico se expande cuando se trata de negar la prestación del servicio. Se toman en cuenta factores propios de las creencias y experiencias subjetivas del médico que emite el “criterio” para argumentar por qué un embarazo no es un riesgo para la vida o salud de la madre, aunque la madre tenga 10 años, haya sido víctima de una violación, su cuerpo no esté preparado para gestar y su salud mental se ve doblemente afectada. En ocasiones el “criterio” de un solo médico o médica representa a todo el centro de salud donde trabaja. Este ejercicio selectivo sobre cuándo y ante qué circunstancias se amplía el criterio del médico tiene que ver con otra de las barreras que presentamos más adelante: la objeción de conciencia, aunque en las entrevistas se refiere a este tipo de argumentación como “criterio profesional” estaría mejor descrito como “criterio personal”⁴⁹¹.

Así, la necesidad de probar la concurrencia de los requisitos normativos para el acceso al aborto permite que el personal médico pueda imponer sus propias creencias religiosas y

⁴⁸⁶OMS. Directrices sobre Aborto de 2022.

⁴⁸⁷Véanse E/CN.4/2002/83 y E/CN.4/2004/49.

⁴⁸⁸Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011

⁴⁸⁹ OMS. Directrices sobre Aborto de 2022

⁴⁹⁰Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. de la ONU A/HRC/31/57. (2016), párr. 44.

⁴⁹¹Ibid

estereotipos de género sobre la maternidad bajo argumentos disfrazados de criterios técnicos, para impedir de forma sistemática el acceso amplio a la causal salud o vida. Esto es comprobado por esta investigación que concluye que, en Ecuador, frecuentemente el personal sanitario recurre a la imposición de creencias religiosas y estereotipos de género para limitar el acceso a las causales de legales de aborto, siendo que "las creencias religiosas no sólo desinforman, sino que se contraponen a la práctica médica" ética⁴⁹².

La interpretación dominante sobre los riesgos que habilitan al personal sanitario para realizar un aborto, deviene del estigma existente contra este proceso de salud derivado de su condición de delito, pues no se enseña a interpretar la salud de forma integral porque el aborto es considerado como "algo malo", lo que posiciona la idea de que este es un servicio de salud excepcional que solo se puede proveer en casos graves, en lugar un ejercicio del derecho fundamental a la salud. Al respecto, y con el objetivo de ejemplificar citamos un testimonio de una profesional de salud al respecto citado en el estudio anteriormente mencionado:

(...) porque aquí en el Ecuador, más son enfermedades que estén amenazando la vida del paciente, o sea cómo que realmente uno tiene que estar muy muy mal, para que te hagan este tipo de legrados. Yo he tenido alguna cantidad de pacientes con retardos mentales violadas que han estado embarazadas, que han tenido sus bebés, pero eso no, el gobierno no lo ve. Tuve una paciente que mandó una carta y todo e igual no le aceptaron, dijeron que no, y ella tenía alteraciones mentales porque era esquizofrénica, tomaba medicamento y todo. Igual no. Aquí es cómo que tiene que ser una preclamsia muy muy fuerte, una hipertensión arterial muy precoz en una paciente, que esté en contra de la vida de la paciente, ahí es cuando uno ya tiene que decidir lo mejor para la paciente, para su vida⁴⁹³.

Así, la norma demandada vulnera las obligaciones estatales de respeto y protección, pues la misma justamente potencia que los profesionales de salud interpreten las causales bajo el marco de sus propias creencias.⁴⁹⁴ Frente a este menoscabo cometido por parte del personal sanitario, el Estado no adopta medidas efectivas para garantizar la protección, sino que, al contrario, opta por mantener la vigencia de una norma inconstitucional que vulnera derechos y afecta la dignidad humana.

La penalización del aborto genera un contexto propicio para la criminalización

En 2011, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental advirtió que:

la criminalización genera y perpetúa el estigma; restringe la capacidad de las mujeres para hacer pleno uso de los bienes, servicios e información de salud sexual y reproductiva disponibles; niega su plena participación en la sociedad, y distorsiona las percepciones de los profesionales de la salud que, como consecuencia, pueden obstaculizar su acceso a los servicios de atención

⁴⁹²Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

⁴⁹³ Ainoa, ginecóloga Napo, entrevista personal 2022. En: Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

⁴⁹⁴ Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

sanitaria. Las leyes penales y otras restricciones jurídicas privan de poder a las mujeres, que pueden verse disuadidas a adoptar medidas para proteger su salud, a fin de evitar responsabilidades, o por temor a la estigmatización.

Asimismo, puntualizó que la tipificación como delito del aborto consentido puede hacer que “los trabajadores de la salud actúen con cautela, por temor a ser perseguidos penalmente. En consecuencia, pueden ser reticentes a prestar atención para el aborto incluso en casos de violación, incesto y malformación fetal mortal, cuando la denegación del aborto podría constituir tortura, trato cruel e inhumano o castigo”. Lo anterior, puede tener efectos negativos en los trabajadores de la salud que sí prestan servicios de aborto, y puede aumentar la burocracia dentro de los sistemas de salud⁴⁹⁵.

Así, esta barrera podemos analizarla en varios sentidos. Por un lado, el temor a la criminalización por parte del personal médico que limita el acceso y la provisión de aborto incluso en las causales legales. Por otro lado, disuade a las mujeres de adoptar medidas para proteger su salud, fomentando su exposición a abortos peligrosos. Y, finalmente, la estigmatización y criminalización tanto de las mujeres o personas gestantes como del personal sanitario, lo que los expone a vulneraciones adicionales lo que se expondrá en detalle más adelante.

La estigmatización del aborto, a su vez, contribuye a reproducir, mantener y justificar conductas abusivas y violentas para castigar la decisión de las mujeres y personas gestantes que solicitan abortos o tienen complicaciones obstétricas relacionadas con los mismos, y las expone a sufrir múltiples formas de violencia.

De acuerdo con la investigación de Kaleidos *supra* mencionada: "los doctores muchas veces temen realizar la intervención o dar su criterio" debido al "vacío institucional y la falta de claridad de la reglamentación que regula el acceso al aborto legal", siento estos factores determinantes de su "forma de tomar decisiones y cómo se posicionan frente a las pacientes a la hora de aprobar o no un aborto"⁴⁹⁶.

Es así, que la falta de formación jurídica del personal de salud y la regulación ambigua del aborto genera temor entre el personal sanitario, quienes prefieren no proveer abortos o hacerlo solo en casos muy específicos e incuestionables, por ejemplo, cuando corre un grave riesgo la vida con el objetivo de no exponerse a las posibles consecuencias legales derivadas de su penalización.

Este temor no es infundado, ya que existe una práctica de persecución penal no solo hacia las personas que requieren de un aborto sino también hacia el personal sanitario. Esta persecución y criminalización es ejecutada por parte de operadores de justicia que, desconocen la existencia de causales legales de aborto, o realizan una interpretación restrictiva de las mismas. De acuerdo con el estudio de Larrea solo un 5% de las personas operadoras de justicia en el Ecuador conocen de la existencia de causales legales de aborto⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011. Párr. 17

⁴⁹⁶Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

⁴⁹⁷Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022)

Según los datos recabados por HRW de 148 de personas criminalizadas por aborto el 5% fueron casos contra profesionales de la salud⁴⁹⁸.

La criminalización en Ecuador de mujeres y personas gestantes por causas relacionadas al aborto es alarmante. En 2020, tras su visita al país, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, manifestó su preocupación sobre la cantidad de acciones penales impulsadas por este motivo. Entre 2014 y 2018, se presentaron denuncias contra 134 personas por interrupción voluntaria del embarazo; mientras que entre 2014 y junio de 2019 se presentaron 286 denuncias por aborto. La Relatora Especial también recibió información según la cual podría haber hasta 250 mujeres en prisión o que enfrentan cargos penales⁴⁹⁹.

De acuerdo con datos proporcionados por la Fiscalía General del Estado entre agosto de 2014 y diciembre de 2023 se registraron 398 personas denunciadas por delitos de aborto consentido en el Ecuador⁵⁰⁰.

Los datos de Fiscalía difieren de los proporcionados por el Consejo de la Judicatura. Este órgano informó que, para ese mismo periodo, ingresaron 216 casos por el delito de aborto consentido⁵⁰¹. De ese total, se llegó a sentencia en 70 casos y se emitió sentencia condenatoria en 59 de ellos⁵⁰². HRW por su parte analiza 148 casos de criminalización del aborto, mismos que fueron judicializados entre 2009 y 2019, en los mismos 60 de las personas fueron declaradas culpables y 13 casos fueron archivados⁵⁰³. De los 148 casos analizados por Human Rights Watch, el 81% corresponde a casos iniciados contra mujeres y niñas que se realizaron un aborto, sufrieron un aborto espontáneo o tuvieron una emergencia obstétrica; el 14% se dirigía contra acompañantes que ayudaron a la realización del aborto, y el 5% contra el/la profesional de la salud que realizó el aborto⁵⁰⁴. Como analizaremos en acápites posteriores, los procesos judiciales fueron resueltos en base a estereotipos de género.

De acuerdo a un estudio realizado por HRW, el 73% de denuncias de mujeres criminalizadas por aborto en el Ecuador fueron realizadas desde el servicio de salud⁵⁰⁵, a pesar de que según la normativa interna esto es ilegal y constituye un delito⁵⁰⁶. Muchas de estas denuncias se dan

⁴⁹⁸ RW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁴⁹⁹ NNUU (2020). "Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias tras su visita a Ecuador". 22 de mayo de 2020. Párr. 19. Doc. A/HRC/44/52/Add.2, Disponible en:

<https://undocs.org/es/A/HRC/44/52/Add.2>

⁵⁰⁰ Analítica-SIAF, en respuesta al pedido de información realizado por Surkuna a la Fiscalía General del Estado (FGE), con número de Ticket#2024010822002182 con corte al 8 de enero de 2024

⁵⁰¹ Consejo de la Judicatura. 2023. Respuesta de la Dirección Nacional de Acceso a Servicios de Justicia mediante Oficio-CJ-DNASJ-2023-0131-OF de fecha 26 de julio de 2023, al pedido de información realizado por Surkuna con número de solicitud No. 004 de 25 de mayo de 2023.

⁵⁰² RW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁵⁰³ RW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁵⁰⁴ RW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>
<https://www.hrw.org/es/report/2021/07/14/por-que-me-quieren-volver-hacer-sufrir/el-impacto-de-la-criminalizacion-del>

⁵⁰⁵ Estos casos han sido documentados por SURKUNA, quien ejerce la defensa legal de muchos de los profesionales de salud, no obstante por cuidado a los mismos no se ponen nombres ni referencias específicas.

⁵⁰⁶ De acuerdo al artículo 179 del Código Integral Penal, la revelación de un secreto profesional es un delito, el mismo consiste en la revelación de información que se obtiene en el ejercicio de su oficio, profesión o arte, y que puede causar daño. El revelar que una mujer tuvo un aborto provocado en un contexto de penalización del mismo, causa que la misma este expuesta a ser criminalizada por esta causa por lo que la conducta se subsume en este tipo penal. Siendo que inclusive el COIP en el artículo 424, establece que están exoneradas de la obligación de denunciar

porque los profesionales de salud consideran que al denunciar a su paciente se están protegiendo a sí mismos de una potencial criminalización. Para ejemplificar esto citamos el siguiente testimonio:

En mi caso no estoy de acuerdo con denunciar a las mujeres por aborto, pero muchos colegas si lo hacen por miedo a que ellas se compliquen y nos culpen a nosotros de haber realizado el aborto ilegal. Por ejemplo, cuando mujeres llegan con perforaciones uterinas el riesgo para nosotros es terrible, entonces denunciar permite evidenciar que existió manipulación previa y de esa manera uno se resguarda de que le culpen de mala práctica por lo que le pueda pasar a esta mujer que ya vino de un mal procedimiento⁵⁰⁷.

En estos datos estadísticos se encuentran adolescentes, mujeres empobrecidas, grupos poblacionales tradicionalmente excluidos como indígenas y afrodescendientes que han enfrentado complejos procesos judiciales. La mayoría de estos casos se encuentran en las provincias de Pichincha y Guayas⁵⁰⁸.

Es así que, de acuerdo al estudio realizado por HRW de los 148 casos analizados, se puede concluir que la mayoría de mujeres y personas gestantes criminalizadas por esta causa son jóvenes, 61% tenían entre 18 y 24 años, 21% entre 25 y 29 años, el 6% entre 30 y 39 años, el 12% eran niñas de menos de 18 años; es decir el 91% de las mujeres judicializadas por este delito son jóvenes. En efecto, la criminalización del aborto afecta de forma diferenciada a las mujeres y adolescentes, según su situación socio económica y demográfica.

Human Rights Watch constató en los casos analizados que la mayoría de las mujeres que fueron acusadas y procesadas por aborto consentido pertenecían a regiones marginadas económicamente o a lugares donde hay una proporción mayor de poblaciones indígenas o afrodescendientes.⁵⁰⁹ Siendo que se registraron 16 casos - el once por ciento- en Morona Santiago, donde el 48,4% de la población se identifica como indígena, y donde vive únicamente 1% de la población ecuatoriana.

En el mismo sentido un informe realizado por la Coalición de Organizaciones de Derechos de las Mujeres en Ecuador en 2018 establece que el 100% de las mujeres y personas gestantes criminalizadas por aborto contaban con “bajos recursos económicos”, siendo que en el 40% de los casos las mujeres eran afroecuatorianas⁵¹⁰.

En otra investigación realizada por el Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos “Surkuna” se analizan 17 sentencias (entre condenatorias y las que ratificaron la inocencia) se desprende que, en general, el rango de edad de las mujeres criminalizadas oscila

delitos las personas que tienen secreto profesional y el artículo 503 establece la ilegalidad de su declaración en juicio. No obstante, en la actualidad en la mayoría de los casos de criminalización del aborto una de las principales pruebas es el testimonio de profesionales de salud, lo cual es ilegal pero es avalado por el sistema de Justicia. La Corte IDH en el caso *Manuela vs el Salvador*, condenó al estado del Salvador justamente por permitir y avalar esta práctica de denuncia de mujeres por complicaciones obstétricas o abortos desde el sistema de salud. En el acápite sobre protección de datos y secreto profesional profundizaremos en esta información.

⁵⁰⁷Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

⁵⁰⁸HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁵⁰⁹HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁵¹⁰SURKUNA et al., “Informe Acceso a la Justicia de las Mujeres en el Ecuador”, febrero de 2018,

https://www.inredh.org/archivos/pdf/informe_mujeres_cidh.pdf (consultado el 9 de junio de 2021).

entre los 20 y 29 años. Suelen ser mujeres que está terminando la secundaria o el bachillerato, que se ocupa de quehaceres domésticos, que vive en sector urbano marginal o rural, que es soltera y que abortó luego de las 12 semanas de gestación⁵¹¹. En los casos revisados, las mujeres fueron discriminadas y maltratadas en los sistemas de salud cuando acudieron por complicaciones obstétricas.

Cuando estos procesos de criminalización inician con denuncias desde el sistema de salud, se merma la confianza de las mujeres y personas gestantes en el sistema, causando que acudan más tarde al mismo o que no acudan, lo cual pone en grave riesgo su salud y vida como ya fue reconocido por la Corte IDH en el caso *Manuela Vs. El Salvador*⁵¹² que analizó como la vulneración del secreto profesional y la desconfianza en el sistema de salud mantiene a pacientes que requieren un aborto fuera SNS lo que puede poner en riesgo su vida, salud e integridad personal. Esto ha sido también reconocido por el Comité DESC⁵¹³ y por el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁵¹⁴ que ha calificado como “malos tratos” 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.

La eliminación del uso del derecho penal para regular el aborto sin duda tendría un impacto decisivo en la reducción del estigma sobre aborto. Varios estudios han comprobado que una reducción del uso del derecho penal para regular el aborto reduce el estigma frente a esta práctica, es así por ejemplo en Uruguay⁵¹⁵ y México⁵¹⁶, dos años después de la despenalización del aborto voluntario hasta la semana 12 se registra que las experiencias de las mujeres en los servicios de salud han mejorado.

En segundo lugar, respecto de la criminalización del personal médico que garantiza el acceso a abortos en las causales permitidas por la ley, cabe señalar que se ha documentado la existencia procesos penales abiertos por la Fiscalía en contra de este sector⁵¹⁷.

Por ejemplo, en la ciudad de Cuenca existen procesos penales contra profesionales de salud que han garantizado acceso a aborto legal por la causal violación a niñas mayores de 14

⁵¹¹ Investigación inédita Surkuna.

⁵¹² Corte IDH. *Caso Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Párr. 206.*

⁵¹³ Comité de Derechos Humanos. Observación: CESCR-GC-22 Derecho a la salud sexual y reproductiva, Párr. 40.

⁵¹⁴ Relatoría especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Reporte temático 25 (A/HRC/22/53)

⁵¹⁵ BMC Reproductive Health. “It’s something that marks you”: *Abortion stigma after decriminalization in Uruguay. 2018.* Disponible en: <https://reproductive-health-journal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12978-018-0597-1>

⁵¹⁶ Flores-Pérez, E. & Amuchástegui-Herrera, A. *Interrupción legal del embarazo: reescribiendo la experiencia del aborto en los hospitales públicos del Distrito Federal.* En: Género y Salud en Cifras. México: Centro nacional de Equidad de Género y Salud reproductiva, 2012. p. 26. En México se encontró que a medida que las restricciones penales al aborto se disminuían aumentaba la opinión favorable a la liberalización. Wilson KS, Garcia SG, Olavarrieta CD, Villalobos-Hernandez A, Rodriguez JV, Smith PS, et al. Public opinion on abortion in Mexico City after the landmark reform. *Stud Fam Plan.* 2011;42(3):175–82. Ver también Flores-Pérez, E. & Amuchástegui-Herrera, A. *Interrupción legal del embarazo: reescribiendo la experiencia del aborto en los hospitales públicos del Distrito Federal.* En: Género y Salud en Cifras. México: Centro nacional de Equidad de Género y Salud reproductiva, 2012. Disponible en:

http://cnegr.salud.gob.mx/contenidos/descargas/GySenC/Volumen10_1/Interrupcionlegaldelembarazo.pdf. Y, Zamberlin, N. *El estigma asociado al aborto como objeto de estudio. Los primeros pasos en América Latina.* 2015. p. 186. Disponible en:

<http://clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/675/Estigma%20y%20Aborto.pdf?sequence=5&isAllowed=y>.

⁵¹⁷ SURKUNA. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación” 2022.

años⁵¹⁸. En estos casos, la fiscalía aduce que no sería aplicable el tipo penal de violación sino el de estupro, el cual, a su consideración, no estaría contemplado por las causales de despenalización. Este hecho ha generado que gran parte del personal sanitario del hospital donde se dio el caso de criminalización, se declaren objetores de conciencia (a pesar de no serlo y haber practicado abortos con convencimiento antes del proceso legal) para evitar correr riesgos legales relacionados con la penalización prevista por el artículo 149 del COIP.

Igualmente, en Loja existe un proceso penal abierto contra un profesional de salud por aborto consentido, este profesional atendió a una adolescente que cursaba un embarazo producto de violación de más de 12 semanas y lo resolvió por la causal salud, el mismo notificó a la fiscalía para investigación de la violación y la respuesta de esta institución fue la apertura de una instrucción fiscal en su contra por el delito de aborto no consentido, aduciendo que hizo un aborto fuera de las causales legales⁵¹⁹.

Hemos registrado varios casos de este estilo en todo el país, muchos de estos no llegan ni siquiera a investigación previa, no obstante, la sola presencia de fiscalía en el hospital por la sospecha o el envío de documentos alusivos a una investigación contra los profesionales de salud, los disuaden de atender abortos legales y los llevan en muchos casos a declararse objetores.

Al respecto, en su informe de 2011, el Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental recordó que “los Estados también deben adoptar medidas para proteger a quienes desean prestar servicios de aborto y conexos frente al acoso, las agresiones, los secuestros y los asesinatos perpetrados por actores no estatales (por motivos religiosos o de otra índole)⁵²⁰.”

En definitiva, las barreras descritas en este apartado generan que, en la práctica, se limite arbitrariamente el acceso a aborto legal en nuestro país, haciendo que las causales sean ineficientes, insuficientes e inadecuadas para garantizar el acceso a este servicio esencial de salud, incluso en casos extremos como cuando existe riesgos a la salud o vida de la mujer, o cuando el embarazo es producto de violación.

Frente a la realidad descrita, reiteramos que numerosos organismos internacionales de derechos humanos han recomendado expresamente al Estado ecuatoriano que tome medidas para garantizar el acceso adecuado a servicios de salud relacionados con el aborto legal y despenalice la práctica, tales como: el Comité de la CEDAW (2015⁵²¹ 2021)^{522 523}, el Relator Especial sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud

⁵¹⁸Estos casos han sido documentados por SURKUNA, quien ejerce la defensa legal de muchos de los profesionales de salud, no obstante por cuidado a los mismos no se ponen nombres ni referencias específicas.

⁵¹⁹Estos casos han sido documentados por SURKUNA, quien ejerce la defensa legal de muchos de los profesionales de salud, no obstante por cuidado a los mismos no se ponen nombres ni referencias específicas.

⁵²⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011. Párr. 28

⁵²¹Comité CEDAW. Información suministrada por el Ecuador en relación con el seguimiento de las observaciones finales sobre su décimo informe periódico. 8 de diciembre de 2023. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CEDAW%2FCO%2F10&Lang=es

⁵²²<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/066/57/PDF/N1506657.pdf?OpenElement>

⁵²³En su informe emitido el 24 de noviembre del 2021 y signado CEDAW/C/ECU/CO/10, el Comité de la CEDAW emite las observaciones finales sobre el décimo informe periódico del Ecuador (CEDAW/C/ECU/10), recomienda al Estado: a) Legalice el aborto en casos de violación, incesto, amenaza para la vida o la salud de la embarazada o malformación grave del feto, lo despenalice en todos los demás casos y ofrezca a las mujeres servicios seguros de aborto y cuidados posteriores, sobre todo cuando se presenten complicaciones a raíz de abortos practicados en condiciones de riesgo.

física y mental (2020)⁵²⁴, la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias (2020)⁵²⁵, el Comité de la, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2019)^{526 527}, el Comité de Derechos del Niño (2017)^{528 529}, entre otros.

La norma demandada vulnera la obligación de cumplir con el derecho a la salud sexual y salud reproductiva en sus niveles mínimos o esenciales

Como hemos desarrollado en el acápite anterior, los Estados tienen la obligación inmediata de asegurar, por lo menos, la satisfacción de los niveles esenciales mínimos del derecho a la salud sexual y salud reproductiva. Las principales obligaciones derivadas para cumplir con este deber son: 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) garantizar el acceso universal y equitativo a servicios, bienes y establecimientos asequibles, aceptables y de calidad en materia de salud sexual y salud reproductiva, en particular para las mujeres y los grupos desfavorecidos y marginados; c) adoptar medidas para prevenir los abortos en condiciones de riesgo; d) velar por que todas las personas y grupos tengan acceso a educación e información integrales sobre la salud sexual y salud reproductiva que no sean discriminatorias, que sean imparciales y que tengan en cuenta las capacidades evolutivas de niñas y adolescentes⁵³⁰.

Sin embargo, la norma demandada impide cumplir con todos y cada uno de estos niveles esenciales mínimos. A continuación, nos referiremos a las violaciones a estas obligaciones de la siguiente manera.

En primer lugar, demostraremos que el Estado vulnera su obligación de cumplir al mantener la vigencia de la ley que penaliza el aborto, no adoptar medidas para prevenir los abortos en condiciones de riesgo y no velar por el acceso a educación e información integrales sobre la salud sexual y salud reproductiva que no sean discriminatorias.

⁵²⁴ NNUU. Informe del Relator Especial sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental sobre su visita al Ecuador durante el 17 al 26 de septiembre de 2019, emitidas el 3 de junio del 2020. Informe A/HRC/44/48/Add.2. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/125/89/PDF/G2012589.pdf?OpenElement> (se sugiere señalar el link exacto)

⁵²⁵ SURKUNA 2022. Informe Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación. Disponible en: <https://surkuna.org/recursos/informe-destruir-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

⁵²⁶ En su informe del 14 de noviembre del 2019, signado E/C.12/EQU/CO, el Comité DESC recomienda al Estado Ecuatoriano:) Tomar todas las medidas necesarias para garantizar que la regulación de la interrupción del embarazo sea compatible con la integridad y autonomía de la mujer (...);

⁵²⁷ Comité DESC. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Ecuador E/C.12/EQU/CO. 14 de noviembre del 2019, párrafo 52 literal f).

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2FEQU%2FCO%2F4&Lang=es

⁵²⁸ El Comité de Derechos del Niño, en las observaciones sobre los informes periódicos quinto y sexto de Ecuador, emitidas en el informe signado CRC/C/EQU/CO/5-6, recomendó al Estado: c) Vele por que las niñas tengan acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, entre ellos el aborto terapéutico, y estudie la posibilidad de despenalizar el aborto, prestando especial atención a la edad de la niña embarazada y los casos de incesto o violencia sexual;

⁵²⁹ Comité de Derechos del Niño, Observaciones sobre los informes periódicos quinto y sexto de Ecuador CRC/C/EQU/CO/5-6, 26 de octubre del 2017, párrafo 35 literal

c) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FEQU%2FCO%2F5-6&Lang=es

⁵³⁰ Comité DESC. Observación General No. 22. Párr. 49.

En segundo lugar, demostraremos que el Estado tampoco garantiza el acceso mínimo esencial a este servicio de salud reproductiva bajo los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, afectando en particular a las mujeres y niñas que pertenecen a los sectores más discriminados. En consecuencia, también se incumple la obligación estatal de cumplir con el derecho a la salud reproductiva. Además, en este apartado, al analizar específicamente las barreras que obstaculizan la accesibilidad a información fidedigna sobre el aborto, demostraremos que el Estado también incumple con su obligación de velar por que todas las personas y grupos tengan acceso a educación e información integrales sobre la salud sexual y salud reproductiva que no sean discriminatorias, que sean imparciales y que tengan en cuenta las capacidades evolutivas de niñas y adolescentes.

La penalización del aborto no garantiza la disponibilidad del acceso a una atención médica oportuna y apropiada en salud reproductiva

Nuestra CCE⁵³¹ y la Corte IDH han señalado que la disponibilidad implica que cada Estado parte tiene la obligación de contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. Si bien la jurisprudencia interamericana señala que “la naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte” puntualiza que esos servicios deben incluir “los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS”⁵³².

En Ecuador no se garantiza la disponibilidad en la atención al aborto por varios motivos: 1) no se cuenta con un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios y programas, especialmente en las zonas rurales y territorios más alejados; 2) existen barreras institucionales a los servicios de aborto pues la ambigüedad jurídica influye en que determinados centros de salud y atención, no ofrezcan el servicio y que incluso lo nieguen; 3) fomenta que exista institucionalmente una interpretación limitada de las causales de aborto legal que limita el acceso al mismo incluso en los casos permitidos por la ley; así genera que, en la práctica, no exista personal de salud y profesional capacitado con voluntad de brindar el servicio por el estigma, la falta de capacitación en el tema y el temor a la criminalización, abusando de la objeción de conciencia para negar la práctica; y, 4) causa que exista poca sensibilización y capacidad operativa para resolver abortos, incluso en los casos legales y en situaciones donde un aborto es una intervención muy segura y sencilla; lo que genera referencias innecesarias a centros de especialidades generalmente desbordados en la oferta de servicios, con los consiguientes tiempos de espera excesivos y costos innecesarios para las mujeres y personas gestantes, que deben trasladarse desde sus territorios, cubrir transporte, hospedaje y alimentación para poder acceder a los mismos. Todas estas barreras, además, impactan de manera desproporcionada sobre las mujeres, niñas y personas gestantes que están en mayor situación de vulnerabilidad y discriminación interseccional. A continuación, desarrollaremos estos argumentos.

⁵³¹ CCE. Sentencia No. 904-12-JP/19

⁵³² Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 106

Sobre el primer punto, la disponibilidad del acceso a los servicios esenciales de salud sexual y reproductiva en general y aborto en particular, no se garantiza en Ecuador, porque no se cuenta con un número suficiente de establecimientos que brinden este servicio, en particular, en determinadas áreas rurales. Tampoco hay suficiente personal médico y profesional capacitado que brinde este servicio, especialmente en zonas rurales y/o fronterizas⁵³³.

De acuerdo con el Registro Estadístico de Recursos y Actividades de Salud, para el año 2020 en el Ecuador existían 4136 servicios de salud, de los cuales 3301 eran servicios públicos, 621 servicios privados con fines de lucro y 214 servicios privados sin fines de lucro⁵³⁴. Si bien en las estadísticas existentes no se especifica cuáles de los servicios públicos pertenecen al MSP, y cuáles a los institutos de seguridad social (IESS, ISFA e ISPOL), las cifras confirman que mayor cantidad de servicios de salud existentes en el país pertenecen a la Autoridad Sanitaria Nacional.

De conformidad con el actual Modelo de Salud vigente en el país, denominado "Modelo Integral de Atención en Salud (MAIS)"⁵³⁵, la provisión de servicios de salud, que se relaciona con la oferta de estos, se estructura "en base al perfil epidemiológico del país, las necesidades de acuerdo al ciclo de vida, la priorización de condiciones y problemas de salud considerando criterios como la evitabilidad y equidad, así como las necesidades específicas que devienen del análisis de género e intercultural"⁵³⁶. Así, el modelo de atención se organiza en niveles de acuerdo a la cantidad de población que existe en cada territorio. El nivel de atención determina la capacidad resolutive, el tipo de servicios que puede brindar cada unidad de salud y la complejidad de estos. De acuerdo a estos tres parámetros, se define infraestructura, equipamiento, talento humano, nivel tecnológico de cada unidad y cómo la misma se articulará con las otras unidades de salud existentes en el sistema.



Fuente: Ministerio de Salud Pública del Ecuador (2012). Manual del Modelo de Atención Integral del Sistema Nacional de Salud Familiar Comunitario E Intercultural (Mais-Fci)

⁵³³Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

⁵³⁴INEC. Registro Estadístico de Actividades y Recursos en Salud. Disponible en: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/actividades-y-recursos-de-salud/>

⁵³⁵ Ministerio de Salud Pública del Ecuador (2012). Manual del Modelo de Atención Integral del Sistema Nacional de Salud Familiar Comunitario E Intercultural (Mais-Fci)

⁵³⁶<http://librodigital.sangregorio.edu.ec/librosusgp/B0033.pdf>

Dentro de cada nivel de atención existen subniveles, principalmente en función de la cantidad de población que habita en un determinado lugar. Así, por ejemplo, el primer nivel se divide en puestos de salud, consultorios generales, Centros de Salud tipo A, Centros de Salud Tipo B y Centros de salud tipo C.

Tipología de las Unidades Operativas del Sistema Nacional de Salud

NIVELES DE ATENCIÓN, NIVELES DE COMPLEJIDAD, CATEGORÍA Y NOMBRES DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD			
NIVELES DE ATENCIÓN	CATEGORÍA DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD	CATEGORÍA DE ESTABLE. DE SALUD	NOMBRE
Primer nivel de atención	1° nivel	I-1	Puesto de salud
	2° nivel	I-2	Consultorio general
	3° nivel	I-3	Centro de salud – A
	4° nivel	I-4	Centro de salud – B
	5° nivel	I-5	Centro de salud – C
Segundo nivel de atención	AMBULATORIO		
	1° nivel	II-1	Consultorio de especialidad (es) clínico – quirúrgico médico u odontológico
	2° nivel	II-2	Centro de especialidad
		II-3	Centro clínico- quirúrgico ambulatorio (Hospital del Día)
	HOSPITALARIO		
	3° nivel	II-4	Hospital Básico
	4° nivel	II-5	Hospital General
Tercer nivel de atención	AMBULATORIO		
	1° nivel	III-1	Centros especializados
	HOSPITALARIO		
	2° nivel	III-2	Hospital especializado
	3° nivel	III-3	H. de Especialidades
Cuarto nivel de atención	1° nivel	IV-1	Centro de experimentación por registro clínico
	2° nivel	IV-2	Centro de alta Subespecialidad

Fuente: Ministerio de Salud Pública del Ecuador (2012). Manual del Modelo de Atención Integral del Sistema Nacional de Salud Familiar Comunitario E Intercultural (Mais-Fci)

Los factores que se utilizan para determinar la forma como se estructuran los equipos de salud en los territorios son: el nivel de atención, la tipología de la unidad, el número de habitantes, la concentración y dispersión de la población, las condiciones de acceso geográfico y la ubicación rural o urbana del servicio de salud. El MAIS-FCI determina que, en el sistema de salud ecuatoriano, los estándares para definir el tipo de personal que existe en un servicio de salud son los siguientes:

- A nivel urbano: Un médico/a, una enfermera/o y un TAPS por cada 4000 habitantes.
- A nivel rural: Un médico/a, una enfermera/o y un TAPS por cada 1500 a 2000 habitantes.

Así, un centro de salud tipo A, atiende a un promedio de población de 2.000 a 10.000 habitantes. Uno tipo B, a una población de 10.000 a 50.000. Y uno tipo C, a una población de 25.000 a 50.000⁵³⁷.

Aunado a lo anterior, los Lineamientos para la Atención Integral y Acceso Efectivo a Interrupción Voluntaria del Embarazo por violación del MSP de 2015, establecen que se pueden realizar abortos por esta causal en los servicios de salud de nivel primario denominados centro de salud tipo A y B hasta las 10 semanas, y en los servicios de salud tipo C hasta las 12 semanas⁵³⁸. Esto implica que las mujeres que cuenten con más de 12 semanas deberán ir a servicios de segundo, tercer y cuarto nivel de atención, por lo que atravesarán más barreras tanto económicas, como geográficas para acceder a servicios. Además, una mujer que vive en un lugar remoto con poca población y tiene 11 semanas deberá trasladarse al Centro de Salud tipo C más cercano lo que le impone nuevas barreras frente a paciente que vive en los centros urbanos.

Esta estructura y las limitaciones impuestas por los Lineamientos generan que muchos lugares rurales y remotos con poca población no cuenten con determinados servicios de SSySR, lo cual implica que las mujeres y personas gestantes que quieran acceder a un aborto tengan que trasladarse en ocasiones grandes distancias por la falta de disponibilidad de servicios con la complejidad, la cartera de servicios y el personal adecuado para la atención de sus necesidades en salud sexual y salud reproductiva en general y de aborto en particular. Al respecto, el informe de 2022 de la organización Surkuna ha podido documentar numerosos casos individuales que demuestran los problemas de disponibilidad de los servicios de atención médica a la IVE, especialmente en zonas rurales⁵³⁹.

Asimismo, y con el objetivo de ejemplificar estas situaciones podemos referirnos a la falta de servicios de imagenología y ecografía obstétrica. De acuerdo con la respuesta a un pedido de información realizado por “Surkuna” en el año 2022, se pudo concluir que únicamente 89 servicios de salud de todo el país ofrecen este servicio. Siendo por ejemplo que en las provincias de Pastaza y Tungurahua el Ministerio no reportan ningún servicio.

Con el objetivo de que se observe que este servicio que en ocasiones es esencial para cumplir con el plazo establecido en la causal violación, solo se encuentra disponible en el 1% de servicios de salud del país. Generalmente en Hospitales de segundo, tercer y cuarto nivel, conforme el siguiente detalle:

Provincia	Número de establecimientos de Salud que ofrecen el Servicio	Detalle con nombres de los establecimientos de salud.
Carchi	3	Hospital General Luis Gabriel Dávila, Tulcán.

⁵³⁷ <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6117/1/T2625-MAE-Granda-Definicion.pdf>

⁵³⁸ MSP. Lineamientos para la Atención Integral y Acceso Efectivo a Interrupción Voluntaria del Embarazo por violación. Febrero de 2023. Disponible en: <https://surkuna.org/wp-content/uploads/2023/03/Lineamientos-para-la-Atencion-Integral-y-Acceso-Efectivo-a-Interrupcion-Voluntaria-del-Embarazo-por-violacion-1.pdf>

⁵³⁹ SURKUNA 2022. Informe Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destruir-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

		Hospital Básico de San Gabriel, San Gabriel Hospital Básico de El Ángel, el Ángel.
Esmeraldas	6	Delfina Torres de Concha Médico, Ciudad de Esmeraldas Hospital Básico Juan Carlos Guasti de Atacames, Atacames Hospital Básico Alberto Buffonny de Quinindé, Quininde Hospital Básico de Borbón Hospital Básico de Limones Hospital Básico Carlos del Pozo de Muisne
Imbabura	3	General San Vicente de Paúl Médico, Ibarra Hospital Básico Asdrúbal de la Torre de Cotacachi Hospital Básico San Luis de Otavalo
Sucumbíos	1	Hospital Básico de Shushufindi
Napo	1	Hospital General José María Velasco Ibarra
Pichincha Rural (zona 2 de salud) ⁵⁴⁰	3	Hospital Básico Raúl Maldonado Mejía de Cayambe Hospital Básico de Sangolquí Hospital Básico de Machachi
Orellana	2	Hospital Francisco de Orellana Hospital Básico Franklin Tello de Nuevo Rocafuerte
Cotopaxi	5	Hospital General de Latacunga Hospital Básico Rafael Ruiz de Pujilí Hospital Básico Yerovi Mackuart de Salcedo

⁵⁴⁰ Es importante la distinción pues el modelo de salud se maneja por zonas y a pesar de la cercanía territorial, por ejemplo entre Quito y Pichincha, en determinadas zonas de Pichincha Rural los hospitales y centros de salud de la misma no pueden referir a las mujeres fuera de sus zonas, por lo que una mujer por ejemplo de Puerto Quito debería viajar 7 horas a su hospital de referencia en Napo para ser atendida, no pudiendo ser referida a Santo Domingo de los Tsáchilas aunque se encuentre a menos distancia, lo mismo sucede con un mujer en Cayambe por ejemplo que será referida a Napo teniendo que viajar 4 horas, en lugar que a Quito a donde debería viajar 1 hora.

		Hospital Básico de El Corazón Hospital Básico de Sigchos
Chimborazo	4	Hospital Básico Miguel León Bermeo de Chunchi Hospital Básico de Alausí Hospital Básico Publio Escobar de Colta Hospital Básico de Guamote
Manabí	8	Hospital Básico de Jipijapa Hospital Básico Aníbal González Álava de Calceta Hospital Básico Natalia Huerta de Niemes de Rocafuerte Hospital Básico Israel Quintero Paredes Hospital General Napoleón Córdova Hospital General Miguel H. Alcívar Hospital General Rodríguez Zambrano Hospital General Verdi Cevallos Balda
Santo Domingo	2	Hospital General Gustavo Domínguez Hospital General Santo Domingo
Bolívar	1	Hospital General Alfredo Noboa Montenegro
Guayas Rural ⁵⁴¹	6	Hospital Básico de Balzar Hospital Básico de Daule Hospital Básico El Empalme Hospital General León Becerra Hospital Básico de Playas Hospital Básico José Cevallos Ruiz de Yaguachi
Los Ríos	6	Hospital General Martín Icaza Hospital Básico Corazón de Jesús de Quevedo Hospital Básico Nicolás Cotto Infante de Vinces

⁵⁴¹ Guayas Rural forma parte de la zona 5, esta zona está conformada por las provincias de Los Ríos, Santa Elena, Bolívar y por toda la zona rural de Guayas, excluyendo a Guayaquil. Esto quiere decir que quienes soliciten servicios en esta zona no pueden ser referidos a Guayaquil a pesar de la cercanía geográfica.

		Hospital Básico Juan Montalván de Urdaneta Hospital Básico Jaime Roldós de ventanas Hospital Básico de Baba
Galápagos	2	Hospital General Oskar Jandl Hospital Básico República del Ecuador de Santa Cruz
Santa Elena	3	Hospital Básico José Garcés Rodríguez de Salinas Hospital General Liborio Panchana Sotomayor Hospital Básico de manglaralto
Azuay	6	Hospital Básico de Gualaceo Hospital Básico De Paute Hospital Básico de Santa Isabel Hospital básico De Sigsig Hospital General Vicente Corral Moscoso Hospital básico de Girón
Cañar	2	Hospital Básico de La Troncal Hospital General Homero Castanier
Morona Santiago	3	Hospital General Macas Hospital Básico de Limón Indanza Hospital Básico de Taisha - San José
El Oro	6	Hospital General Teófilo Dávila Hospital Básico Marina Lorena Serrano de El Guabo Hospital Gineco - Obstétrico Ángela Loaiza de Ollague Hospital Básico de Arenillas Hospital Básico de Huaquillas Hospital Básico Luis Moscoso de Piñas Hospital Básico Humerto Molina de Zaruma
Loja	8	Hospital Básico José Miguel Rosillo de Cariamanga

		Hospital Básico de Amaluza Hospital Básico de Macará Hospital Básico Guido Alfonso Díaz de Catacocha Hospital Básico de Alamor Hospital Básico Koquishi Otani de Vilcabamba Hospital Básico de Saraguro Hospital General Isidro Ayora de Loja
Zamora Chinchiipe	3	Hospital General Julius Doepfner Hospital Básico de Yantzaza Hospital Básico de Zumba
Guayaquil	5	Hospital General Monte Sinaí Hospital de Especialidades Abel Gilbert Pontón Hospital Gineco Obstétrico Matilde Hidalgo de Prócel Médico Hospital Universitario Hospital General Guasmo Sur
Quito	6	Hospital Gineco Obstétrico Isidro Ayora Hospital General Enrique Garcés Hospital General Pablo Arturo Suárez Hospital Básico Alberto Correa Cornejo de Yaruquí Hospital Docente de Calderón Hospital Gineco Obstétrico Nueva Aurora - Luz Elena Arismendi

En segundo lugar, la criminalización y las barreras al acceso efectivo derivadas de la interpretación restringida de las causales por parte del personal de salud⁵⁴² a las que nos referíamos *supra*, en la práctica también impactan directamente en la disponibilidad de los servicios de salud sexual y salud reproductiva relacionados con el aborto, perjudicando

⁵⁴²Estas barreras están directamente relacionadas con la existencia de supuestos donde el aborto es un delito, porque de manera contraria no sería necesaria una interpretación de la salud o vida, o de cuando una mujer puede acceder a la causal violación. Como lo visibilizamos anteriormente estas barreras impiden el acceso incluso a las causales mínimas existentes en Ecuador, siendo claro que exponen a las mujeres a abortos peligrosos Ver: Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

especialmente a las mujeres y personas gestantes más vulnerables en lugares rurales, remotos y alejados.

Al respecto, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la salud advirtió expresamente que “la criminalización contribuye a la menor disponibilidad de proveedores de servicios de aborto capacitados y a la pérdida de competencias necesarias en el personal de salud”⁵⁴³.

Esto ocurre en Ecuador debido a que, cuando hay menos profesionales de salud y menos control de la autoridad sanitaria, especialmente en contextos donde las mujeres conocen menos sus derechos, es más fácil que exista una negación sistemática de acceso a los servicios de aborto.

Además, la inexistencia de programas de formación amplios dirigidos expresamente al personal de salud, genera una gran mayoría del personal sanitario que se desempeña en los distintos servicios de salud no esté adecuadamente capacitado o desconozca cuáles son específicamente los servicios obligados a brindar en referencia al aborto. Asimismo, provoca que muchos profesionales prefieran no realizar abortos (por miedo o por estigma), lo cual repercute en la generación de barreras institucionales graves de acceso a los servicios de salud de aborto pues estos no están disponibles en la práctica, especialmente en territorios pequeños y con poca supervisión del Ministerio Planta Central.

Al respecto, el Comité de la CEDAW observó con preocupación que en Ecuador se podía observar “la falta de acceso a servicios seguros de aborto y cuidados posteriores y la escasez de profesionales sanitarios capacitados para prestar dichos servicios”⁵⁴⁴ y recomendó al Estado que pusiera en práctica “como cuestión prioritaria la Guía Práctica Clínica para el aborto terapéutico, imparta formación a todo el personal de salud a que concierna, de manera que las condiciones para el aborto terapéutico se interpreten de manera uniforme en todo el país, y evalúe periódicamente los resultados de la aplicación de la Guía”⁵⁴⁵.

No obstante, a pesar de que desde el año 2015 existen recomendaciones que visibilizan la forma como las causales son interpretadas de forma restrictiva, restringiendo la disponibilidad de servicios de aborto legal, las cifras presentadas anteriormente demuestran que no han existido cambios sustanciales en el acceso al aborto por las causales legales, desde hace 9 años. Siendo que incluso el informe presentado por el Estado ante este comité demuestra lo grave de esta situación, pues solo reporta 93 atenciones de aborto legal⁵⁴⁶.

En tercer lugar, otra barrera que restringe la disponibilidad de servicios íntimamente ligada con lo anterior, es el abuso de la objeción de conciencia por parte del personal sanitario en contextos de IVE.

⁵⁴³ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011. Párr. 17

⁵⁴⁴ https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/2022/05/observaciones_finales_sobre_el_decimo_informe_periodico_del_ecuador_-cedaw-1.pdf

⁵⁴⁵ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/066/57/PDF/N1506657.pdf?OpenElement>

⁵⁴⁶ MSP. Lineamientos para la Atención Integral y Acceso Efectivo a Interrupción Voluntaria del Embarazo por violación. Febrero de 2023. Disponible en: <https://surkuna.org/wp-content/uploads/2023/03/Lineamientos-para-la-Atencion-Integral-y-Acceso-Efectivo-a-Interrupcion-Voluntaria-del-Embarazo-por-violacion-1.pdf>

De acuerdo con la CRE artículo 66 numeral 12 la objeción de conciencia se reconoce como un derecho que no debe vulnerar derechos ajenos. No obstante, en la Ley que despenalizó el aborto por violación en el país se estableció un modelo de objeción de conciencia contrario a todos los estándares existentes a nivel internacional en la materia, dotando a los profesionales de salud e incluso a los establecimientos de salud de la potestad de ejercer objeción de conciencia de forma incompatible con los derechos de las mujeres y personas gestantes de acceder a un aborto legal. Este modelo fue objeto de impugnación mediante una demanda de inconstitucionalidad signada 93-22IN⁵⁴⁷, en cuya admisión la CCE suspendió varias partes de los artículos sobre el mismo por considerar que pueden afectar de forma grave e inminente los derechos de las víctimas de violencia sexual que buscan acceder a estos servicios.

A partir de esta resolución de la CCE en los lineamientos generados por el Ministerio de Salud Pública para la causal violación⁵⁴⁸, se establecen requisitos y límites de la objeción de conciencia, no obstante, hasta la actualidad se siguen registrando casos donde las mujeres y personas gestantes no son atendidas en servicios de salud públicas debido a que los profesionales argumentan que todo el personal del servicio es objetor. Esto se puede evidenciar en los casos de Naty y Sisa, que sin embargo solo son ejemplificativos de como una inadecuada interpretación de la objeción de conciencia repercute en la generación de barreras para acceder a este servicio esencial.

Naty tiene 16 años, se autoidentifica como indígena kichwa amazónica, vive en la provincia de Loja, (...). Era víctima de reiteradas agresiones sexuales por parte de su padre, (...) en septiembre de 2022 nuevamente regresa a casa de su tía, quien, al darse cuenta del embarazo, la acompañó a dejar la solicitud de acceso a la IVE por violación en el establecimiento de salud y varios días después una persona del hospital acudió a visitarla y llevarla al establecimiento para brindarle asesoría psicológica. **Además, le explicaron que en el hospital no realizan el procedimiento que había solicitado y que los médicos tienen derecho a negarse a realizar el protocolo, por lo tanto, le dijeron que la llevarían a un hospital donde si le puedan realizar la interrupción voluntaria del embarazo por violación.** Fue trasladada a un hospital localizado a dos horas de su lugar de residencia donde fue internada por 5 días, sin el acompañamiento de ningún familiar y totalmente incomunicada.⁵⁴⁹

El caso de Sisa⁵⁵⁰, una niña indígena de 10 años es similar, pues ella solicita el servicio de salud en un puesto de salud del cual es remitida al Hospital Básico del Distrito donde el personal argumenta objeción de conciencia y falta de capacidad operativa para realizar esta práctica. Ella es remitida posteriormente al Hospital General de la provincia, donde su caso es examinado y el personal a pesar de admitir que ella se encontraba en las causales legales dice no poder resolver el caso porque todos los profesionales son objetores. Finalmente, el caso es resuelto 14 semanas después de

⁵⁴⁷Corte Constitucional 2022. Auto de admisión demanda 93-22IN. Disponible en: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic4YTgyMzU1MCOwMGU2LTQwZjQtOWUyMC1IMWNjMmM3M2U4YzIucGRmJ30=

⁵⁴⁸MSP. Lineamientos para la Atención Integral y Acceso Efectivo a Interrupción Voluntaria del Embarazo por violación. Febrero de 2023. Disponible en: <https://surkuna.org/wp-content/uploads/2023/03/Lineamientos-para-la-Atencion-Integral-y-Acceso-Efectivo-a-Interrupcion-Voluntaria-del-Embarazo-por-violacion-1.pdf>

⁵⁴⁹Surkuna. "Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación". Diciembre de 2022. Disponible en: https://surkuna.org/wp-content/uploads/2022/12/Destruir-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento_final.pdf

⁵⁵⁰Surkuna en este caso presentó la solicitud y acompañó a Sisa en el proceso, siendo fundamental la intervención legal para la realización del mismo. No obstante no se exponen datos por cuidado de la intimidad de la niña.

presentada su solicitud tras una intervención legal y de la mesa técnica de acompañamiento al aborto terapéutico del MSP.

Al respecto, cabe recordar que los órganos internacionales de protección de derechos humanos⁵⁵¹ y otros tribunales constitucionales de la región⁵⁵² han desarrollado ciertos límites a la objeción de conciencia, entendida como la posibilidad de negarse a participar en una actividad que se considera incompatible con una convicción de carácter moral, religioso, filosófico o ético debidamente fundamentada⁵⁵³. Sobre este particular, han enfatizado que es un procedimiento que debe ser regulado a nivel estatal para proteger el derecho a la salud⁵⁵⁴, porque puede constituir una barrera que viole los derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres y otras personas gestantes, entre otros derechos⁵⁵⁵. Así, cuando este derecho se ejerce en el contexto de los servicios de salud, debe ser ejercido bajo el principio de proporcionalidad e igualdad y velarse por que no se use con fines ilegítimos⁵⁵⁶.

Así, sintetizando los estándares en la materia podemos concluir que la objeción de conciencia⁵⁵⁷:

1. Puede ser solicitada solo por prestadores directos de servicios de aborto, y no por asistentes médicos, enfermeras, etc.
2. Es el derecho de una persona natural y no puede aplicarse a instituciones colectivamente.
3. Su petición debe proporcionarse por escrito.

⁵⁵¹ Al respecto ver, inter alia: CIDH. Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II., doc. 61 (2011) en párrafo 63; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Finales: Polonia, párrafo 28, U.N. Doc. E/C.12/POL/CO/5 (2009); Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Salud, supra nota 29 en párrafo 8; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Núm. 24: Artículo 12 (La mujer y la salud), (20a Sesión, 1999), en Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de Tratados de derechos humanos (Vol. II), en 358, párrafo 11, U.N. Doc. A/HRI/GEN/1/Rev.9 (2008); Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación general Núm. 22, El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 18) Doc. de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993), párrafo 8; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, Doc. de la ONU Núm. E/C.12/2000/4 (2000).

⁵⁵² La Corte Constitucional de Colombia ha emitido varias sentencias para aclarar los límites de la objeción de conciencia y definir sus componentes normativos en lo que respecta a los asuntos de salud. En las sentencias C-355 (2006) párr. 101.1, T-209 (2008), T-946 (2008) y T-388 (2009), la Corte liberalizó el aborto y emitió resoluciones respecto a la manera en que las instituciones de salud deben asegurar el cumplimiento tanto del derecho de las y los profesionales de la salud a solicitar objeción de conciencia como el derecho de las mujeres a recibir atención médica legal.

⁵⁵³ Galli, B. y Uberoi, D. (2016). Refusing reproductive health services on grounds of conscience in Latin America. Sur – International Journal on Human Rights. <http://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/02/10-sur-24-ing-diya-uberoi-beatriz-galli.pdf>

⁵⁵⁴ Surkuna. "Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación". Diciembre de 2022. Disponible en: https://surkuna.org/wp-content/uploads/2022/12/Destruir-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento_final.pdf

⁵⁵⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales: Eslovaquia, 14 de julio de 2008, A/63/38 en párrafos 42-43; Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Polonia, 29 de septiembre de 2010, CCPR/C/POL/CO/6 en párrafo 12

⁵⁵⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales: Eslovaquia, párrafos. 42-43, U.N. Doc. A/63/38 (2008); Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Polonia, párrafo 12, Doc. de la ONU CCPR/C/ POL/CO/6 (2010).

⁵⁵⁷ Ipas. Objeción de conciencia. Leyes, políticas y prácticas que crean barreras para acceder a los servicios de aborto en América Latina. Disponible en: <https://www.ipas.org/wp-content/uploads/2020/07/LACCOLS17-ObjeciondeConciencia.pdf>

4. Las y los prestadores de servicios de salud pueden ser demandados por incumplimiento con las normas referentes a la objeción de conciencia, para lo cual deben regularse claramente los límites a la objeción de conciencia y establecerse métodos de rendición de cuentas.
5. Las y los prestadores de servicios de salud que solicitan objeción de conciencia deben referir a las mujeres inmediatamente a servicios correspondientes, y las instituciones deben mantener información sobre prestadores de servicios de salud no objetores a quienes las pacientes puedan ser referidas con prontitud.
6. Los Estados pueden restringir la objeción de conciencia para proteger el derecho a la salud, siempre y cuando la restricción: i) cumpla con la ley; ii) sea compatible con otros derechos; iii) tenga objetivos legítimos; iv) sea necesaria para promover el bienestar general⁵⁵⁸.

Con base en lo anterior, es preciso enfatizar que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas o el Estado en su conjunto⁵⁵⁹. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir establecimientos de salud que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto en su conjunto⁵⁶⁰.

En lo que respecta a las personas naturales, la objeción de conciencia no puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres y personas gestantes. Es decir, no puede implicar cargas desproporcionadas ni barreras que, en la práctica, impidan su acceso al aborto⁵⁶¹. En consecuencia, cuando una persona profesional sanitaria alegue objeción de conciencia, debe garantizar la remisión inmediata y oportuna de quien desea acceder al aborto a otro profesional de la salud que pueda llevar a cabo el proceso⁵⁶².

Sin embargo, en el Sistema de Salud Público ecuatoriano, se siguen generando abusos de la objeción de conciencia derivados de la falta de capacidad de supervisión que tiene la Autoridad Sanitaria Nacional. Esto hace que de facto no se garantice el cumplimiento de estándares internacionales y normativas nacionales en la materia. Lo cual atenta contra los derechos de las mujeres y personas gestantes.

De acuerdo con la investigación realizada por Kaleidos, este es un nudo crítico que se evidencia principalmente en las áreas remotas donde la presencia de infraestructura sanitaria pública es limitada⁵⁶³. También está fuertemente ligada a la penalización del aborto, pues, de

⁵⁵⁸Ipas. Objeción de conciencia. Leyes, políticas y prácticas que crean barreras para acceder a los servicios de aborto en América Latina. Disponible en: <https://www.ipas.org/wp-content/uploads/2020/07/LACCOLS17-ObjeciondeConciencia.pdf>

⁵⁵⁹Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación general Núm. 22, El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 18) Doc. de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993), párrafo 8; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, Doc. de la ONU Núm. E/C.12/2000/4 (2000).

⁵⁶⁰Ipas. Objeción de conciencia. Leyes, políticas y prácticas que crean barreras para acceder a los servicios de aborto en América Latina. Disponible en: <https://www.ipas.org/wp-content/uploads/2020/07/LACCOLS17-ObjeciondeConciencia.pdf>

⁵⁶¹MSP. Lineamientos para la Atención Integral y Acceso Efectivo a Interrupción Voluntaria del Embarazo por violación. Febrero de 2023. Disponible en: <https://surkuna.org/wp-content/uploads/2023/03/Lineamientos-para-la-Atencion-Integral-y-Acceso-Efectivo-a-Interrupcion-Voluntaria-del-Embarazo-por-violacion-1.pdf>

⁵⁶²MSP. Lineamientos para la Atención Integral y Acceso Efectivo a Interrupción Voluntaria del Embarazo por violación. Febrero de 2023. Disponible en: <https://surkuna.org/wp-content/uploads/2023/03/Lineamientos-para-la-Atencion-Integral-y-Acceso-Efectivo-a-Interrupcion-Voluntaria-del-Embarazo-por-violacion-1.pdf>

⁵⁶³Surkuna. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: https://surkuna.org/wp-content/uploads/2022/12/Destruir-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento_final.pdf

acuerdo con los datos recogidos en la referida investigación, muchos profesionales de salud se niegan a realizar aborto argumentando objeción de conciencia por el miedo que les genera ser criminalizados por brindar estos servicios de salud. Un testimonio recogido en la investigación en cuestión muestra claramente como esto opera:

Un problema grave son los fiscales, en muchos lugares son abogados muy malos, sin formación en derechos humanos, sin una comprensión integral del sistema penal y ellos van a los hospitales y mal informan a los médicos sobre lo que tienen que hacer. Ellos son los que les dicen que tienen que denunciar mujeres, que tienen que tomar evidencia, que el aborto por violación no es legal, que les van a criminalizar cuando hacen esas cosas; eso viniendo de un fiscal para los profesionales de salud es aterrador” (Samira, Organización Feminista Pichincha, entrevista personal 2022)

(...) Por ejemplo, Cuenca, funcionó muy bien en un primer momento y las mujeres accedían solamente cuando tenían la situación les informaban y todo, entonces fue muy bueno el funcionamiento al principio, pero luego hubo persecución por un caso al hospital. Lo que pasó fue que les dio miedo hacerlo y comenzaron a argumentar objeción de conciencia, a no informar a las mujeres y eso fue complejo (...) (Samira, Organización Feminista Pichincha, entrevista personal 2022).

En la práctica, el miedo a la criminalización y la estigmatización de la práctica del aborto generan que el personal sanitario alegue objeción de conciencia para no ofrecer este procedimiento, afectando con ello a la disponibilidad de este servicio esencial de salud. Así, en muchos casos el personal sanitario prefiere referir a otros centros médicos para que accedan a la IVE en las causales previstas, incluso a pesar de que existan situaciones de urgencia, generando dilaciones indebidas en la atención, con todas las afectaciones en materia económica y de cuidado que esto tiene.

En cuarto lugar, otra barrera que afecta a la disponibilidad del servicio es la extrema burocratización de los procedimientos de IVE y la imposición de requisitos que no están previstos por la ley, derivada en gran medida del desconocimiento y el miedo a la criminalización existentes entre las y los profesionales de la salud.

Como demuestran varios de los casos atendidos por la organización Surkuna se brinda información errónea sobre el trámite a las pacientes que llegan a los establecimientos de salud, indicándoles, por ejemplo, que tienen que ir a la Fiscalía o a la Dirección Distrital de Salud⁵⁶⁴. Los casos documentados y referidos en esta demanda ponen de manifiesto cómo la penalización del aborto restringe en la práctica la disponibilidad del acceso a la IVE en el sistema nacional de salud incluso dentro de las causales mínimas previstas, pues hace que se exijan requisitos no previstos por la ley o que, directamente, se nieguen a atender a las mujeres, niñas y personas gestantes sin cumplir con sus obligaciones en la materia. Asimismo, enfatizamos que el acceso al aborto fuera de estos supuestos es imposible si no es en la clandestinidad, exponiendo a las mujeres y personas gestantes a abortos riesgosos con los consiguientes riesgos para la salud, vida e integridad.

En la práctica, estas barreras administrativas y burocráticas afectan gravemente a la disponibilidad real de servicios de IVE, especialmente en lugares remotos o alejados de

⁵⁶⁴ Surkuna. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: https://surkuna.org/wp-content/uploads/2022/12/Destruir-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento_final.pdf

fiscalías y centros de justicia, donde este tipo de solicitudes por parte del personal de salud generan la negación del acceso o la referencia a servicios de mayor complejidad, aun cuando la intervención podría perfectamente realizarse en el servicio local, pero no se realiza por desconocimiento y/o miedo a las consecuencias legales de estar cometiendo un aborto ilegal⁵⁶⁵.

En efecto, falta de disponibilidad del servicio esencial de salud para realizarse un aborto en un país con grandes disparidades geográficas de acceso a servicios públicos como Ecuador, tiene impactos desproporcionados sobre determinados las mujeres más empobrecidas, con menor nivel educativo, que viven en territorios lejanos, remotos y de difícil acceso, de pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas, mujeres migrantes en situación administrativa irregular o en situación de movilidad humana, para quienes estas barreras son mucho más fuertes, porque es justamente en sus territorios donde la especialidad de los servicios de salud es insuficiente para garantizar disponibilidad de servicios de aborto y existe mayor falta de disponibilidad de métodos anticonceptivos entre otros bienes de SSySR⁵⁶⁶.

Lo anterior, a su vez, las expone a otras afectaciones como las demoras excesivas para poder acceder al servicio, los altos costos económicos derivados del desplazamiento y alojamiento para poder ser atendidas en otros centros y aquellas relativas a las cargas de cuidado y laborales, que les dificultan desplazarse para poder acceder al aborto dentro de las causales previstas. Es decir, que la falta de disponibilidad también tiene un efecto multiplicador de barreras formales e informales que, en la práctica, torna ilusorio el acceso a abortos seguros incluso en los casos legales.

Para ilustrar lo anterior, podemos mencionar algunos de los numerosos casos documentados por la organización “Surkuna”, relacionados con afectaciones a la disponibilidad de este servicio esencial de atención en salud en las causales mínimas previstas por la ley, en particular, en casos de violación sexual a niñas⁵⁶⁷. Para mejor referencia citamos un el siguiente testimonio:

Naty tiene 16 años, se autoidentifica como indígena kichwa amazónica, vive en la provincia de Loja, llegó a los servicios legales de Surkuna cuando tenía 11 semanas de gestación. Era **víctima de reiteradas agresiones sexuales por parte de su padre**, pues la primera denuncia por violencia sexual la había realizado en 2018 por parte de su madre y la segunda denuncia se había realizado en 2020 por parte de su tía. Las denuncias no procedieron hasta que en septiembre de 2022 nuevamente regresa a casa de su tía, quien, al darse cuenta del embarazo, la acompañó a dejar la solicitud de acceso a la IVE por violación en el establecimiento de salud y varios días después una persona del hospital acudió a visitarla y llevarla al establecimiento para brindarle asesoría psicológica. Además, **le explicaron que en el hospital no realizan el procedimiento que había solicitado y que los médicos tienen**

⁵⁶⁵Comité de la CEDAW. Observaciones finales sobre el décimo informe periódico del Ecuador. Aprobadas por el Comité en su 80° período de sesiones (18 de octubre a 12 de noviembre de 2021). Doc. CEDAW/C/Ecuador/CO/10

⁵⁶⁶Surkuna. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: https://surkuna.org/wp-content/uploads/2022/12/Destruir-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento_final.pdf

⁵⁶⁷Surkuna. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: https://surkuna.org/wp-content/uploads/2022/12/Destruir-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento_final.pdf

derecho a negarse a realizar el protocolo, por lo tanto, le dijeron que la llevarían a un hospital donde si le puedan realizar la interrupción voluntaria del embarazo por violación. **Fue trasladada a un hospital localizado a dos horas de su lugar de residencia donde fue internada por 5 días, sin el acompañamiento de ningún familiar** y totalmente incomunicada. Afortunadamente ella encontró la manera de comunicarse con una madrina que vivía cerca de donde estuvo hospitalizada para que fuera a verla, pues durante los cinco días que estuvo internada no recibió implementos de limpieza, estuvo en ropa interior y recibió atención negligente por parte del hospital⁵⁶⁸.

Bea tiene 12 años, se autoidentifica como indígena shuar, vive en la provincia de Morona Santiago, ella llegó a nuestros servicios legales cuando tenía 6 semanas y 4 días de gestación. Su madre realizó una denuncia virtual y la solicitud de IVE ante un Hospital donde la persona responsable de la atención en información **le dijo que en el establecimiento no realizan esos procedimientos, brindándole información errónea sobre el trámite, pues le dijo que acuda a la Fiscalía y a la Dirección distrital de salud**. Le dijeron además que desde Fiscalía y con orden de juez debe llegar al hospital y que el departamento legal del distrito se encarga de esa solicitud. Finalmente, ella pudo acceder a la interrupción voluntaria del embarazo como resultado de la exigencia del equipo legal de Surkuna para que en el Hospital cumpla con sus obligaciones legales.

La penalización del aborto no permite garantizar la accesibilidad del derecho a la salud sin discriminación

Las demandantes sostenemos que la penalización parcial del aborto genera que ninguna de las dimensiones de la accesibilidad del derecho a la salud se garantice sin discriminación en nuestro país, afectando de manera desproporcionada a las mujeres y personas gestantes pertenecientes a los sectores más vulnerables de la población. A continuación, analizaremos cada una de las dimensiones de la accesibilidad al aborto para demostrar las vulneraciones que concurren.

En este punto es importante considerar los pronunciamientos que la Corte IDH ha sobre el trato es discriminatorio cuando no está justificado, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido⁵⁶⁹.

Incrementado la gravedad de lo alegado la penalización del aborto genera distinciones desproporcionales entre quienes pueden acceder a un aborto seguro y quienes no, lo que también puede considerarse un trato discriminatorio en el acceso a la salud sexual y salud reproductiva que carece de fundamentación, y está basado en estereotipos de género que generan violencia y afectan al ejercicio de los derechos sexuales y derechos reproductivos de mujeres y personas con posibilidad de gestar; las afectaciones que ello implica son particularmente graves en el caso de aquellas que están expuestas a factores interseccionales de discriminación y opresión, como consecuencia de los cuales enfrentan mayores condiciones de vulnerabilidad.

⁵⁶⁸Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana sentencia de 28 de agosto de 2014 párrafo 316; y el Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú sentencia de 20 de noviembre de 2014

⁵⁶⁹Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana sentencia de 28 de agosto de 2014 párrafo 316; y el Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú sentencia de 20 de noviembre de 2014

Sobre este particular, la jurisprudencia de la Corte IDH ha reiterado que los Estados tienen la obligación de analizar y combatir prácticas discriminatorias basadas en estereotipos de género que limitan el ejercicio de los DSyDR de las mujeres y personas de la diversidad sexogenérica⁵⁷⁰. Así, las decisiones de los Estados que limiten los derechos de las mujeres o las personas de la diversidad sexogenérica, sus decisiones sobre su cuerpo o sobre sus procesos en salud, requieren una sustentación y argumentación exhaustiva, que permita demostrar que las mismas no responden a estereotipos de género o a formas de discriminación⁵⁷¹.

Igualmente, la Corte IDH, reconoce que el ejercicio del derecho a la salud de las mujeres y personas gestantes se ve afectado por los estereotipos existentes sobre las mismas, que en general afectan el ejercicio de su derecho a la salud, pero principalmente y de forma desproporcionada el acceso a su salud sexual y salud reproductiva, y su libertad y autonomía⁵⁷². Ha establecido también que en los casos que involucren vulneración a los derechos de las mujeres o de la población de la diversidad sexogenérica, se debe analizar el contexto de discriminación histórico existente de una forma interseccional, dando cuenta de la forma cómo distintos factores pueden intervenir en la conculcación de derechos⁵⁷³.

Además, no cabe duda de que la falta de accesibilidad física y económica, a las que nos referiremos en detalle más adelante, son factores que contribuyen a que no exista equidad e igualdad en el acceso a servicios de salud, afectando de manera desproporcionada a las mujeres y personas con gestantes pertenecientes a determinados colectivos, puesto que, en Ecuador, las mujeres que viven en lugares remotos o alejados, aquellas empobrecidas o con poco acceso a recursos económicos por sus diversas condiciones (como la edad o estatus migratorio) tienen menor posibilidad que otras mujeres y personas gestantes para acceder a un aborto seguro en los supuestos mínimos legales. Esta realidad es particularmente grave en la Amazonía ecuatoriana y afecta desproporcionadamente a población indígenas y afroecuatoriana.

En efecto, tal y como demuestran las cifras recogidas por la Línea Base ProAmazonía de 2019, las niñas y mujeres en la Amazonía ecuatoriana enfrentan un grave contexto de violencia en distintos niveles: pobreza estructural, falta de educación, restricción a servicios de salud y altas tasas de embarazo de niñas y adolescentes respecto a la media nacional. La tasa de mortalidad materna afecta en especial a las niñas y adolescentes indígenas en la Amazonía, y también es superior al promedio nacional⁵⁷⁴. Además, según la Encuesta de Violencia contra las Mujeres del Instituto de Estadística y Censo de cada 100 mujeres indígenas 70 han experimentado algún hecho de violencia gineco-obstétrica⁵⁷⁵.

Frente a esta grave realidad, como hemos desarrollado en detalle, dichas mujeres enfrentan barreras adicionales para poder acceder al aborto derivadas de la falta de disponibilidad y

⁵⁷⁰Caso González y otras Vs. México; Corte IDH. Caso González Llu y otros Vs. y Caso I.V. Vs. Bolivia

⁵⁷¹Ibid

⁵⁷² La OMS en los lineamientos 2022: Directrices sobre la atención para el aborto [Abortion care guideline]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2022. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO

⁵⁷³Caso González y otras Vs. México; Corte IDH. Caso Gonzales Llu y otros Vs; Caso I.V. Vs. Bolivia; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México; Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala; Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú; Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 201.

⁵⁷⁴ MAE, MAG, PNUD, GCF, GEF, ONU-Mujeres. “Diagnóstico de la situación de las mujeres amazónicas”, 2019.

Disponible en: <https://www.proamazonia.org/wp-content/uploads/2020/07/Diagnostico-de-mujeres-Amazonicas-3.pdf>

⁵⁷⁵ Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres – ENVIGMU. Noviembre de 2019. Pág. 62. Disponible en: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/Principales%20resultados%20ENVIGMU%202019.pdf

accesibilidad del servicio, lo que constituye una forma de discriminación interseccional en su contra. Sobre esta temática en 2021, el Comité CEDAW manifestó su preocupación a Ecuador ante el acceso limitado de las mujeres rurales y montubias a los servicios básicos de salud sexual y reproductiva, y a métodos anticonceptivos asequibles y modernos⁵⁷⁶.

Además, insistimos en que, como se ha señalado reiteradamente, prohibir el acceso a un aborto seguro obliga a las mujeres que no pueden acceder legalmente a este servicio de salud a tener que recurrir a procedimientos clandestinos y muchas veces inseguros para interrumpir sus embarazos. Realidad que, de acuerdo a las estadísticas, afecta desproporcionadamente a las mujeres que tienen mayores vulnerabilidades: las mujeres con discapacidades cognitivas, las niñas y adolescentes, las mujeres que viven en zonas rurales y están más alejadas de los establecimientos de salud, las mujeres con menor nivel educativo, las mujeres que tienen dificultades económicas y/o están desempleadas, mujeres de pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas, mujeres privadas de la libertad, mujeres y otras personas de la diversidad sexogenérica.

En segundo lugar, la accesibilidad física de la IVE tampoco se garantiza adecuadamente en nuestro país. En apartados anteriores hemos desarrollado en profundidad los argumentos que demuestran que existe una falta de disponibilidad del servicio de aborto (en términos de la cantidad de establecimientos de salud que existen, del poco personal con el que se cuenta y los estigmas que en la práctica generan que no se pueda acceder al servicio), especialmente en los sectores rurales, remotos y más alejados geográficamente, donde existen importantes barreras para el acceso al aborto. En consecuencia, si no hay disponibilidad del servicio, no cabe duda de que la accesibilidad física también está claramente limitada. Es decir, la accesibilidad física a servicios de aborto en Ecuador está claramente limitada para mujeres y personas gestantes que habitan en la ruralidad y en lugares remotos y alejados, principalmente mujeres de pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias.

Al respecto, de acuerdo con información levantada por Amazon Frontlines⁵⁷⁷ las mujeres que viven en zonas remotas o alejadas, principalmente las mujeres que habitan la amazonia ecuatoriana, atraviesan dos formas de vulnerabilidad exacerbada que les impide acceder físicamente a servicios de aborto. Por un lado, en los territorios amazónicos los servicios calificados están concentrados en las ciudades principales, por lo que las mujeres de las comunidades deben atravesar "largos desplazamientos y asumir gastos adicionales" para poder acceder a un aborto⁵⁷⁸.

Por otro lado, en sus territorios las mujeres y personas gestantes están expuestas a un sistema de salud cruzado por relaciones de parentesco y de vecindad, hasta el punto de que el personal de salud suele estar conformado por vecinos, parientes y otros miembros de la comunidad, lo cual las inhibe de acceder a los servicios de salud cercanos para solicitar un aborto, por miedo a que sus parientes, pareja o amistades se enteren; ser juzgadas y/o estigmatizadas por esto⁵⁷⁹.

Estas barreras a la accesibilidad física están directamente relacionadas con la penalización del aborto, porque la misma es justamente uno de los factores más relevantes en la poca oferta de los servicios de aborto, en la generación de estigma frente al mismo y en el miedo de las

⁵⁷⁶La OMS en los lineamientos 2022: Directrices sobre la atención para el aborto [Abortion care guideline]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2022. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO

⁵⁷⁷Ponencia defensora de DDHH y abogada Lina María Espinosa, integrante amazon Frontlines

⁵⁷⁸Ponencia defensora de DDHH y abogada Lina María Espinosa, integrante amazon Frontlines

⁵⁷⁹Ponencia defensora de DDHH y abogada Lina María Espinosa, integrante amazon Frontlines

mujeres a que la comunidad, parientes o vecinos se enteren de que están solicitando este servicio de salud, pues lo ven como un delito y como un pecado.

Por otro lado, en nuestro actual contexto de violencia agudizada por la acción del crimen organizado y las fuerzas represivas del Estado contra la población, la accesibilidad física a servicios de salud está limitada también por fronteras invisibles -entendidas como espacios donde no existe formalmente una restricción de movilidad, pero donde de forma informal se restringe la movilidad de la población debido al peligro que determinados movimientos pueden generar para su seguridad física, su vida y las de sus familias- que impiden el acceso de las personas a servicios de salud esenciales. Es así, que, en varias, provincias, ciudades y barrios especialmente de la costa Durán, Guayas Rural, Guayaquil, Los Ríos, Santo Domingo de los Tsáchilas, Manabí y El Oro, existe limitado acceso a servicios de salud por el lugar donde están ubicados y por los problemas existentes entre bandas de crimen organizado. Es así, que a pesar de que exista disponibilidad de servicios, la accesibilidad física a los mismos está limitada.

Si bien este hecho afecta a la accesibilidad de cualquier servicio de salud, en los casos de aborto es muy grave, pues, como ya desarrollamos, se suman las barreras informales que obstaculizan el acceso a este servicio. En efecto, no todos los establecimientos de salud públicos ofrecen la cartera de servicios debidos, relacionada con garantizar el acceso a este procedimiento. Lo anterior genera que las mujeres y personas gestantes que buscan acceder a un aborto legal estén expuestas a más referencias indebidas a otros establecimientos de salud y se vean forzadas a incurrir en desplazamientos innecesarios para lograr sus objetivos en salud. En consecuencia, son ellas las más perjudicadas por la falta de accesibilidad física a estos servicios debido a la violencia institucional que se ejerce en su contra.

Un ejemplo de esto es lo que sucede en Esmeraldas, donde el único Hospital Público existente es el denominado "Delfina Torres de Concha", mismo que se encuentra ubicado en la zona Sur de la ciudad⁵⁸⁰. De acuerdo con los reportes de habitantes de esta provincia, la falta de seguridad en el sector dificulta que las personas puedan acudir al mismo. Además, el control territorial existente por bandas de delincuencia organizada de este barrio impide que personas de barrios controlados por otras bandas puedan ingresar al mismo a buscar servicios de salud, esto pues esto pondría en grave riesgo su vida. Lo anterior resulta preocupante si consideramos que los abortos en más de 12 semanas solo pueden realizarse en hospitales, pues esto implica que, *de facto*, existe falta de accesibilidad física al servicio para gran parte de la población de Esmeraldas, debido a que este procedimiento esencial en salud que no se oferta en ningún otro establecimiento en la provincia.

La razón por la que la oferta del servicio de aborto esta tan restringida no responde a criterios técnicos sobre las condiciones adecuadas en las que debe realizarse un aborto, sino más bien a los temores y estigmas existentes sobre la práctica derivados de su penalización. Así, se evidencia que muchos servicios de salud de primer nivel tienden a referir a hospitales casos que tienen capacidad operativa de atender en sus unidades, justamente por el miedo frente al marco legal existente. El testimonio de un profesional de salud confirma este punto:

La mayoría de los casos de aborto en Esmeraldas se refieren al hospital, no porque no tengamos capacidad de atenderlos sino porque existen muchos miedos alrededor de la práctica, tenemos miedo a equivocarnos e ir presos, por eso aunque sea un embarazo de pocas semanas preferimos referirlo para tener ecografías y otros

⁵⁸⁰Testimonio, profesional de salud Esmeraldas sistematizado por SURKUNA.

exámenes como seguridad para nosotros, de que se estaba dentro del tiempo permitido por la ley y porque es más fácil que un servicio más especializado se encargue de esto. En las normativas, nos dicen que las referencias deben correr a cargo de los servicios, pero nosotros no tenemos ni ambulancia, entonces lo que hacemos es decirle a la mujer que se vaya sin referencia e intente entrar por emergencia para que la atiendan⁵⁸¹.

La falta de accesibilidad física al aborto se recrudece por las formas de gestión del servicio frente al contexto de crimen organizado como la activación del código plata⁵⁸², que restringe la posibilidad de acceso físico a los mismos durante largos lapsos de tiempo que pueden ser horas e incluso días para garantizar la integridad del personal de salud. Al respecto” Surkuna” documentó un caso donde una mujer con un óbito fetal (feto muerto intrauterino) requería atención urgente en el Hospital Rodríguez Zambrano de Manta que esperó durante 6 horas hasta recibir atención justamente por la activación de un código plata en varios servicios de salud de la zona⁵⁸³. Esto es relevante pues genera más barreras de acceso físico para mujeres en situaciones de vulnerabilidad, quienes, por falta de recursos económicos no pueden movilizarse varias veces a los servicios de salud y que al encontrarlos cerrados simplemente desisten de acceder a los mismos.

Si el aborto fuera un servicio de salud frente al cual no existiera ambigüedad jurídica, muchos servicios de menor complejidad y que no atraviesan o atraviesan en menor nivel este tipo de paralizaciones por el contexto podrían atender a quién lo requiera. Al respecto, citamos un testimonio de una persona profesional de la salud:

No es que hacer un aborto sea difícil, nosotros podemos hacerlos y son procedimientos relativamente fáciles, pero como son ilegales siempre hay que buscar las mejores condiciones de seguridad para nosotros, por eso no nos gusta atender abortos en los niveles de baja complejidad, porque tenemos miedo de que la mujer venga con el útero modificado y no poder responder y porque tenemos miedo de que nos acusen de realizar un aborto ilegal. Cuando una mujer llega a un servicio como el nuestro de primer nivel, lo que hacemos es estabilizar y mandarla al hospital, aunque dar dos pastillas de misoprostol sea fácil casi todos preferimos que ella sea hospitalizada y monitoreada y para eso se requiere que vaya al hospital. El problema es que los hospitales siempre están llenos y las referencias son casi imposibles, y que en los hospitales con esta situación de seguridad se presentan problemas graves como las alertas plata, entonces las mujeres a veces tienen que esperar muchas horas para ser atendidas y eso causa que a veces se compliquen, pero no tenemos opciones tenemos que cuidarnos también nosotros, porque en este contexto no solo está el riesgo de la cárcel sino que la familia sea de las bandas y si algo sale mal te maten. Si el aborto no fuera ilegal seguro sería más fácil, porque esto de lograr saber cuándo se

⁵⁸¹El Código Plata es el conjunto de procedimientos interinstitucionales orientados a asegurar la provisión de servicios de salud ante incidentes violentos. Garantiza la integridad del personal sanitario, trabajadores, pacientes y usuarios que acuden a las instituciones de salud. Cubre el espectro de las operaciones sanitarias intra y extra murales de instituciones del Sistema Nacional de Salud (MSP, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social-IESS, Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas -ISSFA, Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional -ISSPOL y establecimientos de salud privados). Para más información revisar: <https://www.salud.gob.ec/mas-de-14-mil-funcionarios-se-capacitaron-en-el-protocolo-del-codigo-plata/>

⁵⁸²Este caso fue documentado por SURKUNA, quien acompañó a esta mujer en su acceso al procedimiento de salud que necesitaba, no obstante por cuidado a las mismas no se ponen nombres ni referencias específicas.

⁵⁸³Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

aplica la causal es muy difícil y genera mucho miedo, sumado a estos otros miedos que le cuento⁵⁸⁴.

En tercer lugar, la penalización del aborto también genera *de facto* restricciones indebidas a la accesibilidad económica a este servicio de salud.

Si bien en Ecuador existe un sistema de salud público que garantiza *de iure* la gratuidad en múltiples prestaciones en salud, entre las cuales se encuentra el aborto legal, la restricción legal de los casos en que se puede acceder a este servicio termina generando barreras informales que limitan su accesibilidad *de facto*. En este contexto, el factor económico juega un papel sumamente importante para el acceso a abortos seguros.

Por un lado, las limitaciones a la accesibilidad en términos físicos tienen impactos económicos derivados de las necesidades de desplazamiento, que pueden llegar a constituir barreras que terminan por tornar ilusoria la posibilidad de acceder al sistema de salud pública para poder practicarse un aborto. Por otro lado, ante este escenario, muchas mujeres y personas gestantes, se ven obligadas a recurrir a los sistemas de salud privados o clandestinos, con los elevados costos económicos que esto implica.

En este sentido, el nivel de recursos económicos y la posibilidad de pagar un aborto seguro en la clandestinidad no solo define si una mujer o persona gestante puede abortar o no, sino las condiciones en las que lo puede hacer, con los consiguientes impactos que tendrá de este procedimiento en su vida, salud e integridad. Así, las mujeres y personas gestantes con menos acceso a recursos económicos sufrirán los impactos desproporcionados de la penalización del aborto y de las complicaciones relativas a la realización de este procedimiento de forma insegura ya que una de las mayores restricciones que enfrentan es el aspecto económico lo que ha sido considerado por la OMS como un obstáculo que limita la disponibilidad y el acceso a servicios de aborto⁵⁸⁵.

Según el reportaje realizado por el Diario La Hora en 2022, un aborto en la ciudad de Ambato puede llegar a costar entre 250 y 450 dólares, dependiendo del método que se emplee y la semana de gestación⁵⁸⁶. Es decir, una mujer que no posee esta cantidad de recursos económicos en esta ciudad no podrá acceder a un aborto. Este reportaje muestra que, a pesar de pagar estas cantidades de dinero, el aborto al que accedieron dos de las tres mujeres cuyas historias cuentan, fueron poco seguros y les trajeron complicaciones que pusieron en riesgo su salud, vida e integridad⁵⁸⁷.

Al respecto es importante explicitar, que, si bien no existen investigaciones claras sobre el costo de un aborto fuera de los centros de salud públicos en el Ecuador, si existen diferencias importantes en materia de la seguridad del procedimiento de acuerdo a la capacidad de pago que tenga una mujer. Así, se ha documentado que existen profesionales de la salud que están dispuestos a proveer el servicio de forma privada con altos costos que incluso pueden llegar

⁵⁸⁴SURKUNA. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destrabar-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

⁵⁸⁵La OMS en los lineamientos 2022: Directrices sobre la atención para el aborto [Abortion care guideline]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2022. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO

⁵⁸⁶Diario La Hora. Abortos clandestinos pueden llegar a costar hasta un salario básico. 24 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.lahora.com.ec/tungurahua/abortos-clandestinos-pueden-costar-hasta-un-salario-basico/>

⁵⁸⁷ Ibid

a oscilar entre los 1000 o 2000 dólares⁵⁸⁸. Por lo que podemos afirmar que existe un acceso diferenciado al aborto seguro de acuerdo con los recursos económicos de la mujer o personas gestante que lo requiera.

Es así que mundialmente y en Ecuador determinados grupos de mujeres y otras personas gestantes como las que viven en entornos rurales, las que tienen dificultades económicas, las adolescentes, las solteras, las personas transgénero o no binarias, las que tienen menos acceso a la educación, las migrantes en situación irregular y las personas con VIH, sean desproporcionadamente vulnerables a los obstáculos para obtener atención para el aborto son las más afectadas en el acceso a un servicio de aborto seguro.

Finalmente, la penalización parcial del aborto también vulnera la dimensión de acceso a información fidedigna sobre aborto generando vulneraciones al derecho a la salud derivadas de la falta de accesibilidad adecuada al aborto.

La falta de claridad jurídica sobre el estatus del aborto genera barreras que, en la práctica, impiden acceder a información fidedigna sobre este servicio. Esto, debido a que el personal sanitario, o bien no la posee o bien no quiere entregarla por miedo al estigma.

Al respecto, en 2011, el ex Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental manifestó que la penalización del aborto impide a los profesionales tener acceso a información fidedigna, y los sistemas de causales tienen un efecto inhibitorio en el intercambio abierto de información por el estigma que conlleva el aborto, que podría llegar a bloquear el acceso a información fidedigna sobre aborto legal tanto a las mujeres como al personal sanitario, potenciar el estigma existente alrededor de la práctica y facilitar que se difunda información errónea sobre esta práctica⁵⁸⁹.

Este problema es muy profundo, pues en el país existe una carencia generalizada de educación sexual integral⁵⁹⁰. Tampoco existen programas específicos que informen ampliamente sobre aborto legal con alcance masivo⁵⁹¹. Esto genera que tanto las mujeres y personas gestantes, como el personal sanitario y las y los operadores de justicia; tengan información inadecuada sobre las causales legales, los procedimientos y los requisitos para acceder al aborto. En la práctica, lo anterior no les permite ejercer/garantizar derechos humanos y acceder/brindar de forma adecuada a este servicio de salud, vulnerando gravemente sus derechos.

Algunos de los problemas de acceso a la información sobre el aborto que se han podido documentar son: 1) falta de disponibilidad de información fidedigna y desconocimiento por parte de las mujeres o personas gestantes sobre las causales, los procedimientos y los requisitos para acceder; 2) desinformación y difusión de información falsa sobre las causales, procedimientos y requisitos, por desconocimiento o malintencionadamente; 3) solicitud de requisitos que no están legalmente previstos para brindar el servicio.

⁵⁸⁸ Periodistas sin cadenas. El aborto es legal al otro lado de la frontera. 27 de septiembre de 2023. Disponible en: <https://www.periodistassin cadenas.org/aborto-legal-ecuador-colombia/>

⁵⁸⁹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Highest Attainable Standard of Physical & Mental Health to the General Assembly". UN Doc. A/66/254, 2011. Párr. 19, 32 y 33.

⁵⁹⁰ Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

⁵⁹¹ Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

En efecto, diversos estudios han señalado que la falta de información fidedigna es una de las principales barreras de acceso al aborto en las causales legales en el Ecuador⁵⁹². De acuerdo con la investigación realizada por Kaleidos, existe falta de información pública sobre los servicios de interrupción legal del embarazo, lo cual “genera un vacío sobre la oferta de los centros de salud y el potencial acceso a los mismos por parte de las mujeres”⁵⁹³. De acuerdo con esta organización, este hecho, conectado a los prejuicios existentes por parte de los proveedores de salud y operadores de justicia, genera una gran barrera de acceso a este servicio, que causa que, aun cuando están disponible, no exista información adecuada en la comunidad al respecto⁵⁹⁴.

Para mayor gravedad, en el país también se ha documentado la entrega de información falsa a las mujeres y personas gestantes que buscan acceder al aborto en las causales legales⁵⁹⁵. Así, se han registrado múltiples casos donde el personal sanitario, o bien por desconocimiento o incluso de forma intencional cuando está en contra del aborto, indica a las mujeres que su situación no se encuentra dentro de los supuestos de legalidad, aunque no sea cierto⁵⁹⁶. Asimismo, organizaciones como Surkuna han documentado casos donde el personal de salud otorga información falsa sobre el aborto, exagerando los posibles riesgos con el objetivo de hacerlas desistir del proceso⁵⁹⁷; otros donde se obliga a las mujeres que buscan acceder al aborto a firmar documentos de consentimiento informado notificando que desisten del

⁵⁹²Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

SURKUNA. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destrabar-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

⁵⁹³ Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

SURKUNA. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destrabar-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

⁵⁹⁴Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

SURKUNA. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destrabar-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

⁵⁹⁵Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

SURKUNA. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destrabar-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

⁵⁹⁶ Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

SURKUNA. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destrabar-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

⁵⁹⁷Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

SURKUNA. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destrabar-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

proceso⁵⁹⁸; y otros donde el personal se niega a recibir los formularios de solicitud de acceso al aborto⁵⁹⁹.

Al respecto, en 2021, el Comité CEDAW manifestó su preocupación al país ante el hecho de que las mujeres y niñas con discapacidad y pertenecientes a grupos minoritarios, así como las mujeres y niñas indígenas, migrantes y solicitantes de asilo, encuentren a veces dificultades para acceder a servicios de información, salud sexual y salud reproductiva⁶⁰⁰.

Este problema es estructural y guarda una relación directa con el estigma imperante en el país sobre el aborto. Al respecto, es preciso recordar que incluso la Ley de aborto por causal violación contiene artículos en los cuales se obliga a profesionales de salud a dar información falsa o sesgada sobre aborto⁶⁰¹, artículos que fueron suspendidos por esta Corte Constitucional a través de medidas cautelares otorgadas contra esa ley⁶⁰².

Además, en una comunicación conjunta, diversas Relatorías Especiales de las Naciones Unidas manifestaron su preocupación respecto a lo anterior, indicando que “negar a las mujeres el acceso a la información y a los servicios que sólo ellas necesitan y no abordar su salud y seguridad específicas, incluidas sus necesidades de salud reproductiva y sexual, es intrínsecamente discriminatorio e impide a las mujeres ejercer el control sobre sus propios cuerpos y vidas⁶⁰³”.

Igualmente, como mencionamos al analizar la disponibilidad, se han registrado casos donde el personal de salud solicita requisitos no establecidos en la ley para acceder a un aborto legal, como denuncias, sentencia y autorizaciones judiciales⁶⁰⁴. En la práctica, esto causa que muchas mujeres y personas gestantes terminen por desistir del procedimiento por las dificultades que encuentran en el mismo.

De acuerdo con la evidencia, la falta de información sobre aborto legal causa muertes maternas indirectas. Solo en 2023, se registraron 46⁶⁰⁵, muchas de ellas podrían haberse

⁵⁹⁸ Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

SURKUNA. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destrabar-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

⁵⁹⁹SURKUNA. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destrabar-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

⁶⁰⁰Comité de la CEDAW. Observaciones finales sobre el décimo informe periódico del Ecuador. Aprobadas por el Comité en su 80° período de sesiones (18 de octubre a 12 de noviembre de 2021). Doc. CEDAW/C/ECU/CO/10

⁶⁰¹Comité de la CEDAW. Observaciones finales sobre el décimo informe periódico del Ecuador. Aprobadas por el Comité en su 80° período de sesiones (18 de octubre a 12 de noviembre de 2021). Doc. CEDAW/C/ECU/CO/10

⁶⁰²Corte Constitucional del Ecuador. Auto de admisión 30-23IN

⁶⁰³Mandatos del Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas; de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; de la Relatora Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias. Acción urgente sobre la ley orgánica que garantiza la interrupción voluntaria del embarazo para las niñas, adolescentes y mujeres en caso de violación en el Ecuador. Ref.: OL ECU 7/2022. 5 de diciembre de 2022.

⁶⁰⁴SURKUNA. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destrabar-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

⁶⁰⁵<https://www.ecuadorencifras.gob.ec/defunciones-generales-2021/>

evitado si las mujeres o personas gestantes tuvieran acceso adecuado a información sobre su salud sexual y salud reproductiva. Si bien el acceso a la información no garantiza que decidan abortar incluso si su vida está en peligro, la posibilidad de tener opciones y de decidir autónomamente el riesgo que quieren correr en un embarazo es un derecho fundamental que puede salvar vidas. En este sentido, la negación del acceso a la información puede llegar a constituir una vulneración grave de su derecho a la vida, salud e integridad personal.

De lo anterior se desprende que la norma demandada, tal como advirtió el Relator Especial de la ONU sobre las normas que penalizan el aborto, impide y dificulta el deber de suministrar información oportuna, suficiente y adecuada sobre la IVE⁶⁰⁶. Así, al generar estigma y miedo a la criminalización, la norma demandada: (i) dificulta que la información sobre aborto legal se difunda entre las mujeres y profesionales de la salud, (ii) se presta para inducir fácilmente a error, y (iii) desincentiva que las mujeres y los profesionales de la salud soliciten.

En conclusión, al vulnerarse las 4 dimensiones de la accesibilidad de la información sobre aborto por la penalización parcial del mismo podemos afirmar que esta vulnera la obligación estatal de garantizar el derecho a la salud bajo el principio de accesibilidad.

La penalización del aborto no garantiza la aceptabilidad en el acceso al derecho a la salud

Tanto nuestra CCE⁶⁰⁷ como la Corte IDH⁶⁰⁸ han señalado que, para cumplir con el elemento de aceptabilidad, los Estados deben garantizar que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

En Ecuador, la penalización del aborto atenta contra este elemento esencial de la salud porque no garantiza que los servicios sean respetuosos y sensibles al género. Al contrario constituye una forma de violencia institucional por razón de género que replica y fomenta los estigmas de género frente a esta práctica en múltiples niveles y somete a las mujeres a diversas violencias basadas en género, entre ellas: violencia obstétrica, deslegitimación de sus decisiones e injerencias arbitrarias sobre sus libertades y su autonomía, vulneración de su confidencialidad en salud, e incluso su criminalización y privación de libertad; prácticas que incluso podrían llegar a considerarse tratos crueles, inhumanos, degradantes e incluso actos de tortura⁶⁰⁹.

⁶⁰⁶ ONU. Informe del Relator especial sobre el derecho a la salud 2011.

⁶⁰⁷ CCE. No. 904-12-JP/19 de 13 de diciembre de 2019.

⁶⁰⁸ El artículo 362 de la Constitución establece que la atención en salud como servicio público incluye como derecho a la confidencialidad en salud. En el mismo sentido la CCE en las sentencias 2951-17-EP/21, 904-12-JP/19 y 983-18-JP/21 ha reconocido la existencia de este derecho y ha establecido que el mismo es fundamental para garantizar la aceptabilidad como elemento esencial de la salud.

⁶⁰⁹ Mandatos del Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas; de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; de la Relatora Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias. Acción urgente sobre la ley orgánica que garantiza la interrupción voluntaria del embarazo para las niñas, adolescentes y mujeres en caso de violación en el Ecuador. Ref.: OL ECU 7/2022. 5 de diciembre de 2022.

Al respecto, distintas investigaciones llevadas a cabo en diferentes contextos como Uruguay⁶¹⁰, Colombia⁶¹¹ o Sudáfrica⁶¹² demostraron que, en contextos de penalización del aborto, el personal médico podía perpetuar los estigmas asociados al aborto y obstruir el acceso aceptable a este servicio de salud, al generar temor entre las mujeres a sufrir discriminación, malos tratos o a ser juzgadas, impidiendo el acceso al mismo.

Esta realidad se comprueba también en Ecuador. En una investigación de 2022, SURKUNA documentó numerosos casos donde se identifican este tipo de prácticas⁶¹³. Por ejemplo, se registran casos donde las mujeres, niñas, adolescentes y personas gestantes que acceden a un aborto legal son privadas de alimentación durante días (a pesar de no ser necesario), son privadas de medicamentos para el dolor, expuestas a información falsa, sujetas a tratamientos no establecidos en las normativas, sujetas a esperas injustificadas, y culpabilizadas por la violencia a la que fueron expuestas, como consecuencia de la cual enfrentan el embarazo no deseado⁶¹⁴. Si bien la investigación señalada se refiere a casos individuales, la gran cantidad de casos documentados en los que se identifican de estas prácticas permite considerar que se dan de manera generalizada en el sistema nacional de salud.

Aunado a lo anterior, la penalización del aborto también genera un contexto propicio para que se vulneren los derechos del personal de salud que realiza los procedimientos de aborto, puesto que puede llegar a ser criminalizado por brindar acceso a este derecho⁶¹⁵. Así, muchas prefieren buscar un aborto fuera del sistema de salud público ante los riesgos de desinformación, violencia y maltrato institucional e incluso criminalización dentro de las instituciones de salud.

La penalización del aborto no garantiza la calidad de la atención en salud

En cuanto a la calidad de la atención en salud, la Corte IDH señaló que los Estados deben garantizar que, además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista científico y médico y de buena calidad⁶¹⁶. Ello requiere, entre otras cosas: personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas⁶¹⁷.

Sobre este particular, no cabe duda de que la penalización del aborto tampoco garantiza el acceso a la salud bajo el principio de calidad. En concreto, nos hemos referido a cómo, en muchas ocasiones, el personal médico no solo no está adecuadamente capacitado para brindar este procedimiento, sino que al contrario, se convierte en un importante obstáculo para que quienes buscan ejercer su derecho al aborto, puedan hacerlo (desinformando por desconocimiento o malintencionadamente e incluso presentando denuncias en contra de las mujeres y personas gestantes para evitar ser criminalizados ellos mismos). En este sentido, el

⁶¹⁰ BMC Women's Health. *Experience obtaining legal abortion in Uruguay: knowledge, attitudes, and stigma among abortion clients*. Diciembre 2019. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6902415/>.

⁶¹¹ SURKUNA. "Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación". Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destruir-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

⁶¹² Ibid

⁶¹³ Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

⁶¹⁴ Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral Vs. Guatemala. Párr. 106.

⁶¹⁵ Ibid

⁶¹⁶ Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral Vs. Guatemala. Párr. 106.

⁶¹⁷ Ibid

Relator Especial sobre el derecho a la Salud recordó que la falta de acceso a información fidedigna sobre el aborto por parte de las y los profesionales de la salud también repercute negativamente en la calidad del servicio ⁶¹⁸.

Lo anterior, causa que las mujeres y personas gestantes experimenten obstáculos para acceder a los medicamentos y procedimientos avalados en la mejor evidencia científica, que garanticen las mejores condiciones del cuidado de salud. Al contrario, hemos reiterado que la penalización del aborto genera que se vean forzadas a recurrir a abortos inseguros, tanto si concurren las causales legalmente permitidas como si no.

Al respecto, en 2017 el Comité CEDAW manifestó expresamente su preocupación por la falta de acceso a servicios seguros de aborto y cuidados posteriores y la escasez de profesionales sanitarios capacitados para prestar dichos servicios en el Ecuador⁶¹⁹. En 2021, el mismo Comité manifestó su preocupación ante la falta de formación profesional sistemática en materia de salud y derechos sexuales y derechos reproductivos para los docentes de la enseñanza secundaria en el país⁶²⁰, y se refirió a la falta de acceso a servicios seguros de aborto y cuidados posteriores y la escasez de profesionales sanitarios capacitados para prestar dichos servicios.

Vulneraciones a los derechos a la protección de datos personales, a la confidencialidad de la información en salud y el deber de secreto profesional y a la vida privada e intimidad personal

La penalización parcial del aborto vulnera el derecho a la protección de datos personales (art. 66.19 de la CRE), el derecho a la confidencialidad en salud (art. 362 de la CRE)⁶²¹ y su deber correlativo de que los profesionales de salud guarden secreto profesional, en relación con el derecho a la vida privada y a la intimidad (art. 66.20 de la CRE).

En concreto, la norma demandada produce dos tipos de violaciones específicas relacionadas con este acápite. En primer lugar, vulnera la protección de datos de carácter personal en relación con el derecho a la vida privada de las mujeres y otras personas gestantes. En segundo lugar, vulnera el derecho a la confidencialidad en salud y sus obligaciones derivadas de guardar secreto profesional.

A su vez, estas vulneraciones están fuertemente vinculadas con el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, puesto que generalmente las violaciones a estos derechos se dan en el marco de criminalización de mujeres y otras personas gestantes por denuncias relacionadas con el aborto iniciadas desde el sistema de salud, mediante prácticas que, además, violentan las garantías del debido proceso penal.

⁶¹⁸ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Highest Attainable Standard of Physical & Mental Health to the General Assembly". UN Doc. A/66/254, 2011. Párr. 19, 32 y 33.

⁶¹⁹ Comité CEDAW. Observaciones finales al décimo informe periódico de Ecuador.

⁶²⁰ Comité de la CEDAW. Observaciones finales sobre el décimo informe periódico del Ecuador. Aprobadas por el Comité en su 80° período de sesiones (18 de octubre a 12 de noviembre de 2021). Doc. CEDAW/C/EQU/CO/10

⁶²¹ El artículo 362 de la Constitución establece que la atención en salud como servicio público incluye como derecho a la confidencialidad en salud. En el mismo sentido la CCE en las sentencias 2951-17-EP/21, 904-12-JP/19 y 983-18-JP/21 ha reconocido la existencia de este derecho y ha establecido que el mismo es fundamental para garantizar la aceptabilidad como elemento esencial de la salud.

Estándares aplicables sobre protección de datos de carácter personal.

La protección de datos de carácter personal es un derecho constitucional establecido en el artículo 66.19 de la CRE que consiste en el reconocimiento y garantía a las personas de no utilizar sin su autorización información personal y de respetar la decisión de la persona dueña de la información, sobre el acceso, protección, recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos⁶²².

El derecho a protección de datos de carácter personal incluye la protección de datos sobre la salud y vida sexual de las personas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66.11 de la CRE, donde se dispone que en ningún caso se podrá utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes datos sobre salud o vida sexual de las personas⁶²³.

El tratamiento de datos de carácter personal debe ser comprendido en sentido amplio como cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales. Comprende, *inter alia*, los actos de la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de datos personales⁶²⁴.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador estableció que la protección efectiva de datos de carácter personal implica que se requiere autorización previa legal de la persona titular o mandato de la ley para cualquier tratamiento que se dé a los referidos datos sea legítimo, siempre con estricta observancia al principio de inalienabilidad e irrenunciabilidad de los derechos fundamentales del titular⁶²⁵. Asimismo, la CCE precisó que la autorización para el tratamiento de datos personales no implica la pérdida de titularidad sobre éstos, y que, aun cuando se haya dado autorización, puede ser revocada en cualquier momento de acuerdo con la voluntad del titular de éstos⁶²⁶.

Así, para ser válido, el consentimiento previo y expreso requiere de una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por parte del titular; o, en su defecto, mandato de ley⁶²⁷. Que sea informada implica que la autorización debe partir de información clara sobre el uso que se dará a esta información y los fines que persigue dicho uso⁶²⁸. La Corte se refirió a estos elementos indicando que:

104. (...) que aquella sea libre, implica que la misma no esté sujeta a algún tipo de vicio del consentimiento, como la fuerza, la coerción o cualquier tipo de presión que se pueda ejercer sobre el titular, con el fin de que aquel preste su consentimiento. El requisito de especificidad implica que haya claridad en cuanto al tipo de tratamiento que autoriza el titular y el dato personal sobre el cual lo autoriza, así como a los sujetos que pueden realizar el tratamiento sobre los datos personales. Es decir, que la manifestación de voluntad exprese concretamente el o los tipos de tratamiento que

⁶²² CRE. Art. 66. Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.

⁶²³ CRE. Art. 66. 11. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica

⁶²⁴ CCE. Sentencia 2064-14-EP/21. Párr. 83 y 84

⁶²⁵ CCE. Sentencia 2064-14-EP/21. Párr. 83 y 87.

⁶²⁶ CCE. Sentencia 2064-14-EP/21. Párr. 83.

⁶²⁷ CCE. Sentencia 2064-14-EP/21. Párrs. 87, 101 y 104.

⁶²⁸ CCE. Sentencia 2064-14-EP/21. Párr. 105.

se autorizan y específicamente con respecto a qué dato personal del titular se está autorizando dicho uso, así como el sujeto o los sujetos autorizados a realizar dicho tratamiento a los datos personales del titular. En cuanto al requisito de que el consentimiento sea inequívoco, ello está vinculado a la especificidad y claridad e implica que la manifestación de voluntad no sea ambigua, esto es, que no dé lugar a dudas respecto del consentimiento en sí mismo y su alcance⁶²⁹.

105. Por último, un requisito que amerita mayor detenimiento al momento de analizarlo es el que exige que la manifestación de la voluntad sea informada (...) el consentimiento informado implica conocer a detalle el uso que se va a dar al dato personal, además de conocer la finalidad que persigue el tercero mediante ese uso (...) ⁶³⁰.

No obstante, ni el consentimiento del titular ni el mandato de ley pueden utilizarse como una justificación para un uso indiscriminado de estos datos⁶³¹.

La Corte también establece que no todo tratamiento de datos de carácter personal tiene una relevancia legal, pues pueden existir usos no consentidos de los mismos que no generan afectaciones o interferencias al derecho a la intimidad y que esto debe analizarse. Para el análisis legal de la vulneración del derecho a la protección de datos de carácter personal es relevante que hayan existido vulneraciones subjetivas y objetivas en la privacidad u otros derechos cuando se hace un uso de datos de carácter personal no autorizado.

Al respecto, la CCE establece que, a la hora de analizar si ha existido una vulneración del derecho de protección de datos de carácter personal, es indispensable dar cuenta del daño que pueden generar este uso, pero también de otras dimensiones sobre estos datos como el tipo de información de que se trata, el contexto en que se da el acceso, el propósito del acceso y el potencial abuso que exista en ese acceso. Al respecto señala:

91. A manera de ejemplo de lo antedicho, un juez podría tomar como parámetro para su análisis, **el grado de interferencia que ocasionó el acceso en la privacidad de la persona titular del dato. En esta línea, la academia ha desarrollado un parámetro subjetivo y objetivo de valoración de la potencial afectación o interferencia a la privacidad y otros derechos; el ámbito subjetivo analiza principalmente el impacto en la percepción del individuo frente a la pérdida de control sobre su información, misma que le genera temor o malestar; el ámbito objetivo, por el contrario, es la afectación que se provoca como consecuencia real y adversa de la pérdida de control de la información personal.**

92. Consiguientemente, **en principio, el hecho de que el acceso pueda producir un daño subjetivo u objetivo en la privacidad de la persona podría ameritar que sea considerado tratamiento con connotaciones legales;** contrario sensu, si no es susceptible de producir un daño en cualquiera de las dimensiones referidas, no ameritaría, en principio, que sea considerado tratamiento susceptible de producir efectos jurídicos. Finalmente, otros factores a considerar en el análisis del acceso, pueden ser las circunstancias específicas del caso; el tipo de información del que se

⁶²⁹ CCE. Sentencia 2064-14-EP/21. Párr. 104

⁶³⁰ CCE. Sentencia 2064-14-EP/21. Párr. 105

⁶³¹ CCE. Sentencia 2064-14-EP/21. Párr. 87, 101 y 104

trate; el contexto en el que se da el acceso; el propósito del acceso; la duración; el potencial abuso que se pueda dar a raíz de ese acceso; etc (Énfasis añadido)

Estándares aplicables sobre el derecho a la intimidad y a la vida privada

El artículo 66 numeral 20 de nuestra Constitución reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar. Sobre el derecho a la vida privada y a la intimidad, la Corte Constitucional de Ecuador, ha señalado que “el núcleo esencial del derecho a la intimidad supone la existencia y goce de una órbita reservada para cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural”⁶³². Así, la CCE ha precisado que existen dos obligaciones de abstención de injerencias arbitrarias: 1) por parte del Estado; y 2) por parte de la sociedad.

Asimismo, ha señalado el derecho a la intimidad se puede proyectar en dos dimensiones: **1) una negativa, relacionada con el secreto que impide la divulgación no legítima de hechos, documentos o información privada;** y 2) una positiva, relacionada con la libertad de las personas de tomar decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada⁶³³.

En el ámbito internacional, el derecho a la vida privada y a la intimidad también está protegido por diversos tratados internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos que, en su artículo 12, señala que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”⁶³⁴. Asimismo, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”⁶³⁵. En el ámbito regional, el artículo 11.2 de la CADH establece que “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”⁶³⁶.

Asimismo, la jurisprudencia interamericana ha reiterado que el derecho a la vida privada es amplio, y por tanto el mismo no es susceptible de definiciones exhaustivas, incluyendo al derecho a la privacidad, pero también aspectos fundamentales como la capacidad de desarrollar la propia personalidad y aspiraciones; determinar su propia identidad física y social y su personalidad; determinar su desarrollo personal y definir sus propias relaciones personales. En este sentido, la Corte ha definido que la garantía del derecho a la vida privada es fundamental para posibilitar la autonomía personal y la calidad de vida de las personas⁶³⁷.

Igualmente, la Corte IDH⁶³⁸, ha establecido que la información en salud por lo sensible y delicada que es está protegida por el derecho a la vida privada y es considerada como información personal frente a la cual los profesionales de salud están obligados a guardar

⁶³² CCE. Sentencia 2064-14-EP/21. Párr. 108

⁶³³ CCE. Sentencia 2064-14-EP/21. Párr. 110

⁶³⁴ ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Artículo 12. Disponible en:

https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

⁶³⁵ PIDCP. Artículo 17.

⁶³⁶ CADH. Artículo 11.2

⁶³⁷ Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Caso Gelman Vs. Uruguay. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador.

⁶³⁸ Corte IDH. Caso Manuela vs El Salvador

secreto profesional. Siendo por tanto que pueden producirse vulneraciones al derecho a la vida privada y la intimidad cuando se revela información confidencial en salud sin autorización de las pacientes.

Por otro lado, la Corte Constitucional Ecuatoriana, también ha establecido que el derecho a la vida privada, como todo derecho, no es absoluto y puede ser limitado siempre y cuando la limitación no sea abusiva ni arbitraria. Esto ocurre si, los límites están establecidos en la ley, persiguen un fin legítimo y cumplen con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁶³⁹. Tal y como ha señalado la CCE siguiendo la jurisprudencia interamericana, cuando el derecho a la intimidad esté enfrentado con otro bien jurídico constitucionalmente protegido, el juzgador deberá verificar, por lo menos, si la injerencia en la intimidad está prevista en la norma, si se perseguía un fin legítimo y si la misma es idónea, necesaria y proporcional⁶⁴⁰.

Estándares aplicables sobre confidencialidad de la información de salud y el secreto profesional

La CCE establece que los servicios de salud garantizarán la confidencialidad de la información de las, los y les pacientes, como parte de los derechos relacionados con la atención en salud como un servicio público.

Art. 362.- La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes⁶⁴¹.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, ha reconocido que el referido artículo acoge como derecho de los pacientes la confidencialidad de sus datos sanitarios.⁶⁴² Asimismo, ha establecido que uno de los elementos esenciales de la salud (la aceptabilidad) requiere que los servicios de salud estén concebidos para garantizar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de la población, siendo respetuosos de los presupuestos de género y ciclo de vida y de la ética médica⁶⁴³.

Además, la CCE ha señalado que, de conformidad con el marco legal y constitucional, toda persona paciente tiene derecho a que "la consulta, examen, diagnóstico, discusión, tratamiento y cualquier tipo de información relacionada con el procedimiento médico a aplicarse, tenga el carácter de confidencial"⁶⁴⁴.

En el mismo sentido, la Corte IDH ha reconocido en el caso *Manuela vs El Salvador*⁶⁴⁵ que la confidencialidad en salud y la protección de los datos que deriven de la misma, están protegidos por el derecho a la vida privada y el derecho a la salud. Siendo por tanto que el derecho a la confidencialidad de la información en salud se relaciona con el derecho a la salud, a la protección de datos personales, a la vida privada y a la intimidad.

⁶³⁹ Corte IDH. Caso *Manuela vs El Salvador* Párr. 109

⁶⁴⁰ Corte IDH. Caso *Manuela vs El Salvador* Párr. 109

⁶⁴¹ Constitución artículo 362

⁶⁴² Corte Constitucional. Sentencia 2951-17-EP/21. Párr.108

⁶⁴³ Corte Constitucional. Sentencia 904-12-JP/19. Parr. 57

⁶⁴⁴ CCE. 983-18-JP/21. Párr. 114

⁶⁴⁵ Caso *Manuela vs El Salvador*

En el ámbito de la salud, existe también normativa que desarrolla la confidencialidad en salud como un derecho de los pacientes. En primer lugar, el Código Orgánico de Salud en varias partes señala que es un derecho de las pacientes que toda su información en salud sea confidencial. Es así, que el artículo 7 de este código establece:

Art. 7.- Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos:

- d) **Respeto a su dignidad**, autonomía, **privacidad e intimidad**; a su cultura, sus prácticas y usos culturales; **así como a sus derechos sexuales y reproductivos**; (...)
- f) **Tener una historia clínica única redactada en términos precisos, comprensibles y completos; así como la confidencialidad respecto de la información en ella contenida** y a que se le entregue su epicrisis; (Énfasis añadido)

Esto reitera que guardar confidencialidad de la información en salud (tanto la que el profesional conoce por el examen, diagnóstico o por la información que se entrega a los pacientes, como aquella que se encuentra consignada en la historia clínica) siendo está una obligación de todo el personal sanitario, incluyendo el administrativo. De esta obligación de confidencialidad se deriva la obligación de guardar secreto profesional.

Por otra parte, la Ley de Amparo y Protección al paciente, establece como uno de los derechos de los pacientes a la confidencialidad de su información en salud, en los siguientes términos:

Art. 4.- DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD. - Todo paciente tiene derecho a que la consulta, examen, diagnóstico, discusión, tratamiento y cualquier tipo de información relacionada con el procedimiento médico a aplicársele, tenga el carácter de confidencial⁶⁴⁶.

Del derecho a la confidencialidad de la información en salud se deriva el secreto profesional como obligación, pues quienes guardan esta información y mantienen la confidencialidad de los datos personales relativos a las personas pacientes son quienes trabajan en los servicios de salud. En consecuencia, toda la cadena sanitaria tiene esta obligación de confidencialidad.

Por otra parte, el Reglamento para el manejo de información confidencial en el Sistema Nacional de Salud establece la forma como se debe manejar la información confidencial en salud. Este reglamento contiene conceptos sobre información confidencial en salud y lineamientos para el manejo de esta información. Su objetivo es "establecer las condiciones operativas para la aplicación de los principios de manejo y gestión de la información confidencial de los pacientes".⁶⁴⁷

Este reglamento establece varios conceptos que son fundamentales para entender el secreto profesional, la confidencialidad y el manejo de la información en salud. Los conceptos relevantes para esta demanda son: 1) confidencialidad; y 2) secreto médico. Como hemos explicado, ambos son complementarios puesto que la confidencialidad de la información se garantiza a través del secreto médico y del manejo adecuado de la información confidencial. Además, el reglamento establece como confidencialidad de la información a las características de la información que hacen que la misma deba tener un acceso restringido y como secreto

⁶⁴⁶Ley de amparo y protección al paciente. Artículo 4.

⁶⁴⁷Reglamento para el manejo de información confidencial en el Sistema Nacional de Salud, dictado mediante Acuerdo Ministerial No. 00005216-A, promulgado en el Registro Oficial 39 del 12-II-2021

médico a la obligación de profesionales de salud y personal en salud en general de guardar confidencialidad sobre esta información.⁶⁴⁸

El secreto profesional en salud es entonces una obligación derivada del derecho a la confidencialidad en salud de los pacientes, pues la misma implica que quienes tienen acceso a esta información guarden secreto y confidencialidad sobre la misma. El secreto profesional es también una obligación derivada del derecho internacional de derechos humanos, que establece en varias sentencias⁶⁴⁹ la obligación del personal de salud de guardar confidencialidad sobre la información en salud de las personas en tanto información protegida por el derecho a la vida privada.

En el ámbito internacional, el derecho y la obligación de mantener el secreto profesional ha sido reconocida en diversos instrumentos relativos a la ética de la atención médica, incluyendo el juramento hipocrático⁶⁵⁰, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos⁶⁵¹, la Declaración de Ginebra adoptada por la Asociación Mundial de Medicina en 1948⁶⁵², el Código Internacional de Ética Médica⁶⁵³, y la Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente⁶⁵⁴.

En el mismo sentido, la jurisprudencia interamericana ha establecido que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión no debe ser difundida y se encuentra privilegiada por el secreto profesional y protegida por el derecho a la vida privada. Esto incluye tanto la información compartida por el paciente mientras es atendido, como la evidencia física que el personal médico pueda observar al brindar atención médica⁶⁵⁵. Lo anterior es especialmente importante en el caso de la información personal relativa a la salud sexual y reproductiva, que se reconoce como altamente sensible⁶⁵⁶.

Análisis del caso: la norma demandada vulnera el derecho a la protección de datos personales, la confidencialidad en salud y el secreto profesional y la vida privada e intimidad personal

En el presente acápite, analizaremos: 1) si el uso que se da a los datos de carácter personal en salud de las mujeres y personas gestantes que acuden a los servicios de salud en búsqueda de atención de complicaciones obstétricas cuando se las denuncia⁶⁵⁷, constituye una vulneración del derecho de protección de datos de carácter personal en relación con el derecho a la intimidad y a la vida privada; 2) si implican una vulneración al derecho a la confidencialidad de la información en salud y la obligación de secreto profesional derivada del mismo; y demostraremos cómo estas vulneraciones se relacionan con la penalización parcial del aborto existente en Ecuador.

Así, a la luz de los estándares *supra* referidos, en primer lugar, argumentaremos que la revelación de la información: i) se realiza con autorización del titular o mandato legal, ii) si

⁶⁴⁸ Reglamento para el manejo de información confidencial en el Sistema Nacional de Salud, dictado mediante Acuerdo Ministerial No. 00005216-A, promulgado en el Registro Oficial 39 del 12-II-2021

⁶⁴⁹ Sentencia De la Flores Cruz vs Perú; Sentencia Pollo Rivera vs Perú; y. Sentencia Manuela vs El Salvador.

⁶⁵⁰ Ver: <https://www.salutsantjoan.cat/media/upload/arxiu/ciudadans/comissio-bioetica/9-juramento-hipocratico.pdf>

⁶⁵¹ Ver: <https://www.sergas.es/Asistencia-sanitaria/Documents/599/146180S.pdf>

⁶⁵² Ver: <https://www.wma.net/es/polices-post/declaracion-de-ginebra/>

⁶⁵³ Ver: <https://www.wma.net/es/polices-post/codigo-intern>

⁶⁵⁴ Ver: <https://www.wma.net/es/polices-post/declaracion-de-lisboa-de-la-amm-sobre-los-derechos-del-paciente/>

⁶⁵⁵ Corte IDH. Caso Manuela Vs. El Salvador. Párr. 206.

⁶⁵⁶ Corte IDH. Caso Manuela Vs. El Salvador. Párr. 206.

⁶⁵⁷ Corte IHD. Caso Manuela Vs. El Salvador

genera daños subjetivos y objetivos a la persona titular de la misma; iii) si constituye una violación contra el derecho a la intimidad y vida privada de la persona titular de la información. En segundo lugar, si vulnera su derecho a la confidencialidad en salud e implica la vulneración del deber de secreto profesional.

a) La penalización parcial del aborto vulnera el derecho a la protección de datos de carácter personal en relación con el derecho a la intimidad y a la vida privada.

Tal y como han desarrollado la Corte Constitucional⁶⁵⁸ y diversos organismos internacionales de derechos humanos⁶⁵⁹, los datos de salud cuentan con una protección especial en tanto constituyen información personal.

A nivel nacional, de acuerdo con el Reglamento para el manejo de información confidencial en el Sistema Nacional de Salud, esta información es confidencial⁶⁶⁰. Así, la información sobre una paciente que se encuentra en proceso de aborto, independientemente de si éste es provocado o espontáneo, constituye información personal protegida por una cláusula de confidencialidad.

Sin embargo, en Ecuador, la mayoría de los procesos de criminalización por aborto inician por denuncias interpuestas desde los sistemas de salud. De acuerdo al informe de Human Right Watch, sobre criminalización de mujeres por aborto en Ecuador, el 73 por ciento de denuncias de aborto consentido se realizan desde el sistema de salud⁶⁶¹. Además, de los procesos iniciados por aborto, el 81% fueron contra mujeres o personas gestantes, el 14% contra acompañantes de aborto y el 5% contra profesionales de salud.

En este sentido, es fundamental analizar si la revelación de la información personal que se produce al denunciarlas constituye una vulneración del derecho a protección de datos de carácter personal en salud en relación con la vida privada y la intimidad; y si la penalización parcial del aborto influye en que esta problemática se genere.

b) Las denuncias sobre aborto realizadas desde los sistemas de salud vulneran el derecho a la protección de datos de carácter personal porque difunden información personal sin autorización y sin que exista mandato legal al respecto. -

Como se mencionó anteriormente, cuando existe una denuncia desde hospitales o servicios de salud contra mujeres o personas gestantes por aborto espontáneo o provocado⁶⁶², se difunden datos personales de la persona paciente.

⁶⁵⁸ Sentencia 2064-14-EP/21

⁶⁵⁹ Corte IHD. Caso Manuela Vs. El Salvador

⁶⁶⁰ Reglamento para el manejo de información confidencial en el Sistema Nacional de Salud", dictado mediante Acuerdo Ministerial No. 00005216-A y promulgado en el Registro Oficial 39 del 12-II-2021

⁶⁶¹ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁶⁶² Existe evidencia que las mujeres y otras personas gestantes en Ecuador son denunciadas por profesionales de salud en base a estereotipos de género sobre como debe actuar una mujer cuando se encuentra en proceso de pérdida gestacional, siendo irrelevantes tanto sus testimonios sobre lo sucedido como el hecho de que se encuentre o evidencia de provocación de un aborto, en general las mujeres son denunciadas por tener actitudes sospechosas cuando están en proceso de aborto como no llorar. Para más información revisar la investigación de HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

La mayoría de las ocasiones, esta difusión de información personal se produce sin autorización de la persona titular, o, en caso de que autoricen, con una autorización viciada. Es así, que en varios casos analizados por “Surkuna” se registró la difusión no consentida de esta información, existiendo casos donde incluso la mujer no es informada por el servicio de salud de lo que va a suceder hasta la llegada de la policía, otros donde es coaccionada a declarar mediante manipulación, engaño a amenaza y unos terceros donde después de la anamnesis simplemente se llama a la policía. Para ejemplificar esto citaremos tres fragmentos de casos que ejemplifican cada una de estas situaciones.

El primer caso que citaremos es el de Camila⁶⁶³, una mujer que acudió a un servicio de salud público en Esmeraldas con una complicación obstétrica derivada de un aborto y fue denunciada por el personal de salud del lugar. En su testimonio Camila cuenta que tuvo una menstruación extraña días antes, tomó una pastilla para el dolor y luego decidió ir al servicio de salud porque se sentía mal y tenía fiebre. En el servicio la examinaron y le dijeron que esperara, para regresar en el lapso de una hora con la policía. Ella pasó 4 meses en prisión antes de ser declarada inocente.

El segundo caso es el de Jennifer⁶⁶⁴, quien tuvo un aborto en la calle y fue denunciada por los paramédicos. Jennifer nunca autorizó la difusión de su información, ella fue detenida en el hospital e incluso el personal de criminalística en conjunto con el personal en salud, la engañaron para realizar pruebas periciales para el proceso legal sin su consentimiento aduciendo que eran exámenes para su atención en salud.

El tercer caso es el de Josefina⁶⁶⁵, quien llegó al servicio de salud después de un aborto espontáneo en la calle. Posteriormente, al entrevistarla en el hospital el personal de salud llamó a la policía, quien le realizó un interrogatorio a ella y a los profesionales de salud. El personal de salud le dijo que diga todo, que no le iba a pasar nada y que más bien así la iban a proteger. Josefina fue detenida esa noche, al día siguiente el juez consideró que su caso no era flagrante y lo envió a indagación previa, misma que sigue en curso en la actualidad.

Como se aprecia de los casos señalados, que, en la mayoría de las ocasiones, la difusión de información personal se produce sin autorización de la persona titular, o, en caso estar autorizada, se trata de una autorización viciada. Esto muestra cómo esta información confidencial y protegida, que es dada al personal de salud en el marco de la confianza médico-paciente y con la expectativa de que será utilizada exclusivamente para su atención en salud, es usada para otros motivos, vulnerando su carácter confidencial y las obligaciones de guardar secreto profesional sobre la misma.

Es así cuando el personal de salud decide usar la misma para realizar denuncias penales en contra de las mujeres o personas gestantes, generalmente no les advierten de este hecho, ni tampoco consta que les pidan autorización o que brinden su consentimiento previo y expreso, manifestado de manera libre, específica, informada e inequívoca⁶⁶⁶. Recordemos

⁶⁶³ Nombre protegido. Estos casos han sido documentados por SURKUNA, quien ejerce la defensa legal de muchas mujeres y personas gestantes acusadas por aborto consentido, no obstante por cuidado a las mismas no se ponen nombres ni referencias específicas.

⁶⁶⁴ Nombre protegido. Estos casos han sido documentados por SURKUNA, quien ejerce la defensa legal de muchas mujeres y personas gestantes acusadas por aborto consentido, no obstante por cuidado a las mismas no se ponen nombres ni referencias específicas.

⁶⁶⁵ Nombre protegido. Estos casos han sido documentados por SURKUNA, quien ejerce la defensa legal de muchas mujeres y personas gestantes acusadas por aborto consentido, no obstante por cuidado a las mismas no se ponen nombres ni referencias específicas.

⁶⁶⁶ CCE. Sentencia 2064-14-EP/21. Párrs. 87, 101 y 104.

que, para que sea informada, la autorización debe partir de información clara sobre el uso que se dará a esta información y los fines que persigue dicho uso⁶⁶⁷.

No cabe duda de que, si el personal de salud pidiera autorización para entregar su información personal al sistema de justicia, advirtiéndoles que va a ser usada para su procesamiento en el sistema penal, lo más seguro es que las personas que han acudido al sistema de salud por causas relacionadas con el aborto no consientan la entrega de esta información, pues nadie quiere ser procesada penalmente. Entonces partiremos por afirmar que, en los casos de mujeres denunciadas desde el servicio de salud por aborto, la entrega de esta información al sistema de justicia no cuenta con la autorización válida de su titular (previa, expresa, libre, específica, informada e inequívoca).

Por otro lado, la ley y la jurisprudencia señalan que la autorización también puede ser dada mediante mandato legal. En consecuencia, es importante analizar tanto si esta revelación de datos de carácter personal responde a un mandato legal, como sí el referido mandato constituye una injerencia razonable sobre la vida y salud de estas mujeres.

Para analizar el primer aspecto problemático es fundamental partir del enunciado constitucional, que establece que sólo se autoriza la revelación de datos personales sobre salud y vida sexual en casos de que sea necesario para la atención médica. Es claro que, en este caso, revelar estos datos no es necesario para la atención médica de las mujeres, niñas o personas gestantes. Al contrario, como analizaremos, la difusión de esta información genera graves daños. En consecuencia, podemos concluir que no existe una autorización constitucional del uso de esos datos.

Posteriormente, es necesario analizar si alguna otra norma autoriza el uso de estos datos de carácter personal para el procesamiento penal. Al efecto, hemos realizado una revisión sistemática de la normativa en salud, sin identificarse norma de salud alguna que establezca un mandato de uso de datos de salud para investigar penalmente a las mujeres por aborto. Es más, la normativa existente en salud es concordante con el hecho de que la información en salud no puede ser usada para fines diferentes a los concernientes a atención en salud, evaluación de la calidad de servicios, análisis estadístico, investigación y docencia.

El Reglamento de Manejo de la información confidencial en el Sistema Nacional de Salud, establece que la información en salud es propiedad de las pacientes, quienes pueden autorizar su uso y quien interviene en la elaboración de esta información o que tenga acceso a la misma tiene obligación de guardar confidencialidad sobre la misma. La norma en referencia señala:

El uso de los documentos que contienen información de salud no se podrá autorizar para fines diferentes a los concernientes a la atención de los/las usuarios/as, evaluación de la calidad de los servicios, análisis estadístico, investigación y docencia. Toda persona que intervenga en su elaboración o que tenga acceso a su contenido, está obligada a guardar la confidencialidad respecto de la información constante en los documentos antes mencionados. La autorización para el uso de estos documentos antes señalados, es potestad privativa del/a usuario/a o representante legal. En caso de investigaciones realizadas por autoridades públicas competentes sobre violaciones a derechos de las personas, no podrá invocarse reserva de accesibilidad a la información

⁶⁶⁷ CCE. Sentencia 2064-14-EP/21. Párr. 105.

contenida en los documentos que contienen información de salud.”⁶⁶⁸ (énfasis añadido)

En el mismo sentido, existen disposiciones de la máxima autoridad en salud, dos guías de práctica clínica y unos lineamientos sobre aborto, todos ellos concordantes con establecer reglas claras sobre la importancia de la confidencialidad en salud en la atención a abortos. Aquí citamos algunas partes relevantes de los mismos:

En este contexto, y en referencia a los casos suscitados de notificación y denuncia en contra de mujeres que cursan por una pérdida gestacional, y complicaciones derivadas de la misma dentro de los establecimientos de salud de la Red Pública Integral de Salud; a menester aclarar que los profesionales de la salud estamos obligados a precautelar la confidencialidad de la atención de los pacientes a través del **secreto profesional**⁶⁶⁹. (énfasis añadido)

Con el objetivo de garantizar la atención digna, oportuna, confidencial y con respeto a los derechos de las mujeres se ha elaborado la Guía de Práctica Clínica para Diagnóstico y tratamiento del aborto espontáneo, incompleto, diferido y recurrente, expedida con Acuerdo Ministerial No. 4432 del 22 de Octubre de 2013 de obligatorio cumplimiento conforme el artículo 2 del mismo instrumento normativo. Adjunto al presente encontrarán los dos documentos mencionados para su inmediata aplicación. Es importante recordar, que un aborto en curso, incompleto o diferido, son emergencias médicas en la que se debe atender a las pacientes respetando sus derechos, sin requerir información innecesaria para la atención médica y centrándonos en brindar atención integral y de calidad a las mujeres que llegan en esta situación. (...) Por otra parte, de conformidad con el artículo 362 de la Constitución y 7 literal f de la Ley Orgánica de Salud, los servicios de salud garantizarán la confidencialidad de la información de los y las pacientes. (...) Razón por la cual como Autoridad Sanitaria Nacional, aclaró que no se puede negar la atención a las mujeres y personas gestantes que acudan a las unidades de salud por problemas relacionados con la interrupción de un embarazo. Esta atención se debe basar en los principios de calidad, inmediatez, rapidez, eficiencia, respeto de derechos garantizando que la misma sea digna y no implique ningún tipo de discriminación por género, étnia, edad, nivel de instrucción, estado civil, condición de salud, situación migratoria, o cualquier otra distinción manteniendo el respeto a la dignidad, **a la confidencialidad** y a los derechos de las personas, según el marco constitucional y legal vigente⁶⁷⁰. (énfasis añadido)

Si nos trasladamos al campo penal, encontramos que desde una lectura superficial del COIP, existe una obligación general de denuncia de cualquier delito por parte de profesionales de salud de acuerdo con lo establecido en el artículo 422 del COIP; no obstante, esta obligación es eximida, de acuerdo con el artículo 424 cuando la información sobre el delito que se pretende denunciar está amparada por el secreto profesional. Además, el COIP establece una prohibición de receptor testimonios de terceras personas depositarias de un secreto profesional, en juicio.

⁶⁶⁸ Reglamento para el manejo de información confidencial en el Sistema Nacional de Salud, dictado mediante Acuerdo Ministerial No. 00005216-A, promulgado en el Registro Oficial 39 del 12-II-2021

⁶⁶⁹ Memorando Nro. MSP-2017-0790-M, del 04 de agosto de 2017, firmado por la Ministra de salud de la época.

⁶⁷⁰ Memorando Nro. MSP-SDM-10-2013-2435-M, del 22 de noviembre de 2013 firmado por la Ministra de Salud de la época.

En coherencia con lo anterior, el artículo 179 del COIP contempla como delito a la ruptura del secreto profesional, por lo que es posible concluir que el legislador le dio la calidad de bien jurídico protegido a la confidencialidad de la información a la que accede una persona en el ejercicio de su profesión, oficio o arte.

Establecido lo anterior, es necesario preguntarnos si esta información está protegida por el secreto profesional, pues, de ser el caso, es claro que no existiría un mandato legal de denunciar mujeres cuando existe sospecha justificada o no de que se han provocado un aborto.

De acuerdo con lo establecido por la Corte IDH en el caso *Manuela vs El Salvador*, toda la información en salud por lo sensible y delicada que es, está protegida por el derecho a la vida privada y es considerada como información personal, frente a la cual los profesionales de salud deben guardar secreto profesional⁶⁷¹. Al respecto, el Alto Tribunal enfatizó que:

205. Aunque los datos personales de salud no se encuentren expresamente previstos en el artículo 11 de la Convención, se trata de información que describe los aspectos más sensibles o delicados sobre una persona, **por lo que debe entenderse como protegida por el derecho a la vida privada. Aquellos datos relativos a la vida sexual deben considerarse, además, como personales y altamente sensibles**⁶⁷².

206. En virtud del derecho a la vida privada y del derecho a la salud, las personas tienen derecho a que la atención médica sea confidencial y a la protección de los datos de salud. **Dicha protección trae como consecuencia que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión no debe ser difundida y se encuentra privilegiada por el secreto profesional.** Esto incluye tanto la información compartida por el paciente mientras es atendido, como la evidencia física que el personal médico pueda observar al brindar atención médica. En este sentido, los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos⁶⁷³. (...)

Por todo lo anterior, la obligación general de denuncia no incluye la facultad de difundir la información de salud de las personas que acuden a establecimientos de salud buscando atención, mucho menos cuando atraviesan un aborto en proceso sea este espontáneo o provocado, puesto que la misma constituye información personal protegida por el derecho a la vida privada y privilegiada por la confidencialidad en salud y su obligación correlativa de guardar secreto profesional, por el contrario, existe una obligación de protección de la vida privada y de los datos personales y altamente sensibles como es la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión

c) La revelación de esta información genera daños subjetivos y objetivos a la persona titular de la misma

Como se mencionó en el acápite anterior, existe una obligación de protección de la vida privada y consecuentemente una prohibición de difundir datos personales y altamente sensibles como es la información que el personal médico obtiene en ejercicio de su profesión. La difusión de esta información ocurre cuando se denuncia a las mujeres que acuden a los

⁶⁷¹ Corte IDH. Caso *Manuela Vs. El Salvador*.

⁶⁷² Corte IDH. Caso *Manuela Vs. El Salvador*. Parr. 205

⁶⁷³ Corte IDH. Caso *Manuela Vs. El Salvador*. Parr. 206

servicios de salud por emergencias obstétricas, vulnera el derecho a la confidencialidad de la información en salud.

El uso de datos de carácter personal que se realiza al denunciar a las mujeres, niñas o personas gestantes que acuden a los sistemas de salud por causas relacionadas con el aborto, causa graves daños subjetivos y objetivos a las titulares de estos datos. En efecto, al denunciar al sistema penal se están revelando datos de carácter personal relacionados con una situación médica que está protegida por el secreto profesional y la cláusula de confidencialidad.

Los daños subjetivos se generan debido a que, por el estigma existente sobre el aborto, la mayoría de las mujeres no quieren que ninguna persona se entere de que tuvieron un aborto o de que solicitan acceder al mismo, por las repercusiones sociales que pueda tener y por los procesos subjetivos de miedo y culpa que pueden enfrentar. Así, la difusión de esta información más allá de las implicaciones penales que la misma pueda tener, constituye en sí mismo un daño subjetivo pues genera temor o malestar en la esfera interna.

Ejemplo de lo anterior es lo sucedido en el caso de Patricia⁶⁷⁴, quien fue denunciada desde el hospital después de llegar con una complicación obstétrica relacionada con aborto. Patricia fue procesada penalmente por aborto, esto produjo que su familia y todo su círculo cercano se entere de su judicialización y a pesar de que no había realizado ningún acto para abortar, aceptó someterse a proceso penal abreviado por la culpa que sentía por en algún momento haber deseado interrumpirlo, como una forma además de redimirse frente a la exposición que había vivido. En sus palabras "acepte el proceso doctora porque después que se supo lo que pasó era la única manera de que mi familia me perdona, si me arrepentía de lo que había hecho y lo demostraba, nadie me creyó que no hice nada, durante semanas ni me dirigen la palabra, eso en verdad duele (...)"⁶⁷⁵

Por otro lado, las afectaciones objetivas también son evidentes, pues esta revelación de datos de carácter personal tiene el objetivo de abrir una investigación penal contra las mujeres o personas gestantes. Lo anterior, no solo constituye un daño objetivo en sí mismo, pues puede culminar en una situación de privación de libertad en condiciones precarias y en contexto de profunda crisis del sistema de "rehabilitación" social como el actual; sino que, para mayor gravedad, la difusión de esta información puede producir otro tipo de afectaciones relacionadas con el estigma de aborto, tales como ser víctimas de violencia, perder sus trabajos, tener que salir de sus comunidades o lugares de residencia, perder la tenencia de sus hijos e hijas, entre otras. Así lo ha revelado el informe de HRW⁶⁷⁶, según el cual las denuncias penales contra mujeres por aborto las exponen a violencia obstétrica, a violencia basada en género y a maltrato por parte de las personas que se enteran del delito por el que están siendo procesadas.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la denuncia efectuada por el personal de salud, en casos de aborto y complicaciones obstétricas derivadas del mismo, puede inhibir a las mujeres de obtener el tratamiento médico requerido, poniendo en peligro

⁶⁷⁴ Nombre protegido. Estos casos han sido documentados por SURKUNA, quien ejerce la defensa legal de muchas mujeres y personas gestantes acusadas por aborto consentido, no obstante por cuidado a las mismas no se ponen nombres ni referencias específicas.

⁶⁷⁵ Entrevistada a Patricia, realizada por una abogada por SURKUNA en el 2016, después de su procesamiento por aborto.

⁶⁷⁶ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

su vida⁶⁷⁷.

Para ejemplificar lo anterior, mencionaremos dos casos de mujeres judicializadas por aborto que fueron representadas por “Surkuna” el primero es el caso de Abigail⁶⁷⁸ una mujer indígena de 18 años de edad que, luego que se entregó su información de salud a las autoridades judiciales, enfrentó un proceso penal que duró varios años, al igual que varios daños como efecto de la estigmatización del aborto en su vida, como tener que cambiar la comunidad de su residencia, no poder estudiar, estar sujeta al escrutinio constante de su familia.

Estos mismos efectos se produjeron en el caso de Karina⁶⁷⁹ una adolescente de 16 años para la cual, la revelación de datos de carácter personal desde el sistema de salud implicó el inicio de una indagación previa en su contra, la discriminación escolar, y la culpabilización familiar.

d) La revelación de esta información constituye una injerencia arbitraria sobre su vida privada por lo que vulnera su derecho a la intimidad

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH en el caso *Manuela Vs. El Salvador* la vulneración de la protección de datos de carácter personal y de la confidencialidad en salud, también genera una vulneración del derecho a la vida privada a la intimidad de las mujeres, niñas o personas gestantes cuya información se revela. En el referido caso, la Corte IDH reconoce expresamente que toda la información en salud está protegida por el derecho a la vida privada⁶⁸⁰. En nuestra Constitución, dicho derecho se encuentra contemplado como parte del derecho a la intimidad en relación con el derecho a la confidencialidad en salud.

Si consideramos que la información en salud de las mujeres o personas gestantes que acuden a los establecimientos de salud a buscar atención en proceso de aborto es privada, y que cuando se divulga para denunciarlas se comete una injerencia en su intimidad y vida privada, es fundamental examinar si esta injerencia fue legítima o por el contrario, abusiva o arbitraria. Para ello, es necesario analizar la cuestión a la luz de los estándares planteados en las sentencias de la CCE anteriormente citadas⁶⁸¹ y la jurisprudencia interamericana⁶⁸².

En este punto es importante precisar que para verificar si la difusión de la información personal en salud a través de una denuncia resulta proporcional, se debe verificar si la misma es proporcional al interés que la justifica y se ajusta al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el ejercicio de otros derechos⁶⁸³.

Dicho análisis resulta fundamental para la garantía de los derechos humanos, pues cuando el Estado, por acción u omisión frente a acciones de terceros, limita un derecho humano debe

⁶⁷⁷ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile, CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999

⁶⁷⁸ Nombre protegido. Estos casos han sido documentados por SURKUNA, quien ejerce la defensa legal de muchas mujeres y personas gestantes acusadas por aborto consentido, no obstante por cuidado a las mismas no se ponen nombres ni referencias específicas.

⁶⁷⁹ Nombre protegido. Estos casos han sido documentados por SURKUNA, quien ejerce la defensa legal de muchas mujeres y personas gestantes acusadas por aborto consentido, no obstante por cuidado a las mismas no se ponen nombres ni referencias específicas.

⁶⁸⁰ Corte IDH. Caso *Manuela Vs. El Salvador*. Párrs. 205 y 206.

⁶⁸¹ Sentencias 2951-17-EP/21, 904-12-JP/19 y 983-18-JP/21

⁶⁸² Corte IDH. Caso *Manuela Vs. El Salvador*.

⁶⁸³ Corte IDH. Caso *Manuela Vs. El Salvador*.

garantizar que esto “no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”⁶⁸⁴.

El análisis que estamos realizando tiene por objetivo determinar la proporcionalidad de las afectaciones sobre los derechos a la intimidad, vida privada, confidencialidad de la información personal en salud sexual y salud reproductiva y otros conexos de las mujeres, niñas y personas gestantes se genera cuando se las denuncia desde los establecimientos de salud.

Como establecimos *supra*, la constitución del Ecuador y la jurisprudencia interamericana reconoce expresamente la confidencialidad de datos en salud y vida sexual como información personal altamente sensible y delicada protegida por el artículo 11 de la CADH⁶⁸⁵. Por tanto, la difusión de esta información de forma abusiva o arbitraria puede considerarse como una vulneración del derecho a la vida privada. Al respecto al Corte establece que:

(...) en virtud del derecho a la vida privada y del derecho a la salud, las personas tienen derecho a que la atención médica sea confidencial y a la protección de los datos de salud. Dicha protección trae como consecuencia que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión no debe ser difundida y se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Esto incluye tanto la información compartida por el paciente mientras es atendido, como la evidencia física que el personal médico pueda observar al brindar atención médica. En este sentido, los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos (...) (énfasis añadido)⁶⁸⁶

En un contexto generalizado de violencia y discriminación contra las mujeres y otras personas gestantes, donde además existen estereotipos fuertemente arraigados sobre la vida, salud, sexualidad y reproducción de las mujeres, la falta de confidencialidad de la información personal en salud, especialmente la salud sexual y salud reproductiva, puede llegar a tener impactos sumamente graves y desproporcionados sobre diversos derechos humanos de las mujeres y otras personas gestantes, tales como la vida, la salud y la integridad personal. Ello porque las inhibe de recurrir a servicios médicos por temor a que se difunda su información personal o a ser criminalizadas. Además, las expone a sufrir las consecuencias de la sanción social que puede generar que se conozca dicha información.

A efectos del análisis de proporcionalidad que realizamos en este apartado, cabe señalar que la jurisprudencia interamericana ha señalado que la protección de los datos personales sobre salud sexual y reproductiva se vuelve fundamental en relación a la protección a de la vida e integridad de las mujeres, estableciendo que:

(...) los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud(...) La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la

⁶⁸⁴ Corte IDH. Caso Manuela Vs. El Salvador.

⁶⁸⁵ Corte IDH. Caso Manuela Vs. El Salvador. Párr. 205.

⁶⁸⁶ Corte IDH. Caso Manuela Vs. El Salvador. Párr. 206. En un sentido similar, ver: Albán Cornejo vs. Ecuador, de la Flores Cruz vs Perú, y Pollo Rivera vs Perú.

integridad física y psicológica⁶⁸⁷.

En línea con lo anterior, en el caso *Manuela Vs. El Salvador*, la Corte IDH consideró que, si bien una denuncia por una emergencia obstétrica realizada por parte del personal sanitario podría constituir una restricción de derechos que buscaba cumplir con un fin legítimo del Estado (investigar, juzgar y, en su caso, sancionar los delitos cometidos en contra de niñas y niños), la misma no resultaba proporcional⁶⁸⁸, pues genera un escenario en que las mujeres se ven obligadas a decidir "entre no recibir atención médica o que dicha atención fuese utilizada en su contra en el proceso penal" por lo cual la Corte considera que en casos de emergencias obstétricas debe privilegiar el deber de guardar secreto profesional.

En efecto, la mera posibilidad de denuncia por aborto consentido realizada desde distintos establecimientos de salud obliga a las mujeres y personas gestantes que requieren acceder a dicho servicio a tener que decidir si reciben la atención médica que necesitan o no, sabiendo que se exponen a ser criminalizadas con base en información personal que, a pesar de que debe ser confidencial, en la práctica se puede usar en su contra. Lo anterior, además, genera impactos desproporcionados sobre otros derechos conexos, como la salud, vida e integridad personal.

Así también lo ha reconocido el Comité de Derechos Humanos que ha señalado que el establecimiento de la obligación de denuncia al personal de salud, en casos de aborto y complicaciones obstétricas derivadas del mismo, puede inhibir a las mujeres y personas gestantes de obtener el tratamiento médico requerido, poniendo en peligro su vida⁶⁸⁹.

Igualmente, el Relator Especial contra la Tortura, Juan Méndez, estableció que la denuncia y la revelación de información desde los servicios de salud con el objetivo de propiciar la persecución penal de mujeres y otras personas gestantes por aborto o complicaciones obstétricas es parte de las "prácticas relacionadas con los derechos reproductivos en entornos de atención de la salud que, a su juicio, constituyen tortura o malos tratos"⁶⁹⁰. Al respecto, el mismo ha establecido:

46. Los órganos internacionales y regionales de derechos humanos han empezado a reconocer que los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género. **Ejemplos de esas violaciones son el maltrato y la humillación en entornos institucionales; las esterilizaciones involuntarias; la denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención posaborto; las esterilizaciones y abortos forzosos; la mutilación genital femenina; 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 podría salvar su vida después de un aborto**

⁶⁸⁷ Corte IDH. Caso I.V.vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

⁶⁸⁸ Corte IDH. Caso *Manuela Vs. El Salvador*. Párrs. 220 y 221

⁶⁸⁹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile, CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999

⁶⁹⁰ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez. Doc. A/HRC/22/53

50. El Comité contra la Tortura ha expresado reiteradamente su preocupación por el hecho de que las restricciones en el acceso al aborto y las prohibiciones absolutas con respecto al mismo conculcan la prohibición de la tortura y los malos tratos. **En numerosas ocasiones, los órganos de las Naciones Unidas han expresado su preocupación al denegarse o restringirse el acceso a los cuidados posteriores al aborto, a menudo con fines inaceptables como imponer un castigo u obtener una confesión. El Comité de Derechos Humanos señaló explícitamente que las violaciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluían el aborto forzoso, así como la denegación del acceso un aborto en condiciones seguras a las mujeres que han quedado embarazadas a raíz de una violación y manifestó su inquietud acerca de los obstáculos impuestos al aborto cuando era legal.** (Énfasis añadido)

Aunado a lo anterior, es preciso considerar que la denuncia y difusión de información privada de quienes llegan a los establecimientos de salud con complicaciones obstétricas derivadas de un proceso de aborto también puede afectar a mujeres y personas gestantes que sufren abortos espontáneos, los cuales no constituyen una conducta punible. Sin embargo, en base a estereotipos de género, lucen sospechosas a los ojos de las y los profesionales de salud. Asimismo, la denuncia también puede afectar a quienes se encuentran dentro de las causales legales de aborto (salud, vida y violación), pero que por distintos motivos tales como desconocimiento de la ley o por elección personal, decidieron abortar fuera del sistema de salud y presentan complicaciones posteriores derivadas. En consecuencia, podemos afirmar que la denuncia desde los servicios de salud con la consiguiente la difusión de su información personal no es proporcional, pues es tan amplia que termina por afectar los derechos de las mujeres y personas gestantes en etapa reproductiva, creando la posibilidad de que sean denunciadas si atraviesan complicaciones obstétricas, tanto si estas son derivadas de un aborto espontáneo o provocado.

Al respecto, Human Rights Watch señaló que:

(...) en Ecuador, las niñas y mujeres embarazadas pueden ser juzgadas si sus embarazos no conducen al nacimiento de un bebé sano. En los casos analizados por Human Rights Watch, las autoridades persiguieron penalmente en reiteradas oportunidades a mujeres por cuestiones de salud, incluyendo aquellas que habían sufrido emergencias obstétricas, o abortos espontáneos⁶⁹¹. (énfasis añadido).

Igualmente, esta organización señala que, en todos los casos que analizó, se evidencia que el personal del sistema de salud público ecuatoriano tiende a realizar denuncias sin diferenciar entre quienes buscan atención por aborto incompletos o espontáneos o por cualquier otra emergencia obstétrica. Lo anterior, produce la denuncia y el procesamiento penal de mujeres y personas gestantes incluso cuando no existe ni la más mínima evidencia de que el aborto fue provocado, generalmente en base a estereotipos de género⁶⁹²

⁶⁹¹ HRW. ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁶⁹² HRW. ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

Al respecto, identifica los hospitales como el lugar desde el cual más se denuncia a las mujeres, y considera esto como una vulneración de derechos humanos que está en el origen de todas las vulneraciones que viven las mujeres y personas gestantes que son criminalizadas por esta causa⁶⁹³. Para que la Corte conozca la realidad que generan normativas como las demandadas, citamos algunos testimonios y casos que se encuentran en el informe mencionado:

Elena tenía 21 años, vivía en condiciones de pobreza, estaba casada y tenía un hijo pequeño cuando, en 2013, la violaron y quedó embarazada. Tomó medicación para interrumpir el embarazo no deseado. Cuando empezó a sentir un fuerte dolor de estómago y contracciones, fue a un hospital público. **Elena fue denunciada a la policía por personal médico que la atendió.** El caso de Elena fue uno de los cuatro que Human Rights Watch analizó y que fueron denunciados por el mismo hospital público. Fue acusada de realizarse un aborto consentido. Elena le dijo al juez: “Sí, me apliqué las pastillas, pero fue por ocultar mi honra, yo no quería tenerlo porque era producto de una violación, yo no quería que mi familia se enterara de lo que había hecho”. Elena fue condenada a 12 meses de prisión y tras siete meses fue puesta en libertad por buena conducta (énfasis añadido).

Tanto Delfina, de 17 años, como Josefa, de 21, ambas afroecuatorianas, sufrieron abortos espontáneos y debieron acudir al servicio de emergencias para recibir atención médica. Las dos fueron denunciadas a la policía por el personal médico y acusadas del delito de aborto consentido. **Delfina fue condenada a 3 meses de arresto domiciliario, pero pasó 18 meses en esa situación mientras se desarrollaba su juicio. Josefa fue condenada a 7 meses de prisión y cumplió la totalidad de la pena.**

En Ecuador investigaciones han mostrado que las mujeres más afectadas por la criminalización son mujeres empobrecidas, jóvenes, afroecuatorianas, indígenas y de zonas rurales⁶⁹⁴. Según el estudio *supra* referido:

La penalización del aborto no afecta a todas las mujeres y niñas por igual. En los casos que analizó Human Rights Watch, **muchas de las acusadas pertenecían a regiones marginadas económicamente o donde hay una proporción mayor de poblaciones indígenas o de afrodescendientes**⁶⁹⁵. (énfasis añadido)

La mayor parte de las acusadas eran mujeres jóvenes. De los 148 casos estudiados por Human Rights Watch en los que se pudo determinar la edad de la persona procesada por haberse realizado un aborto consentido, el 61 por ciento correspondía a mujeres jóvenes de entre 18 y 24 años, otro 21 por ciento a mujeres de entre 25 y 29 años, el 6 por ciento tenía entre 30 y 39 años, y el 12 por ciento eran niñas de menos de 18 años⁶⁹⁶.

⁶⁹³HRW. ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁶⁹⁴ HRW. ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁶⁹⁵ HRW. ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁶⁹⁶HRW. ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

Finalmente, señalamos que, en todas las investigaciones realizadas sobre criminalización de mujeres y personas gestantes en los sistemas de salud, las denuncias se producen principalmente en los servicios de salud públicos y no en los servicios privados, evidenciando un patrón de criminalización diferenciado.

En definitiva, el análisis de todos estos elementos, nos permiten afirmar que la revelación de datos personales para denunciar el delito de aborto consentido en el Ecuador implica restricciones que causan graves vulneraciones de los derechos de las mujeres y generan un grave riesgo para las mismas, de tal manera que pueden considerarse injerencias abusivas, que vulneran el derecho a la vida privada e intimidad de las mujeres y personas gestantes.

f) La penalización del aborto vulnera la confidencialidad de la información en salud y su correlativa obligación de secreto profesional

La confidencialidad en salud permite que las pacientes tengan confianza en los sistemas de salud, generando condiciones para precautelar el acceso a servicios de atención en salud, y, con esto, garantizar el derecho a la salud, a la vida, a la integridad, a la intimidad y al bienestar de la población⁶⁹⁷. Además, la confidencialidad de la información en salud genera la posibilidad de acceder a la información necesaria para la atención, promueve las condiciones para la captación temprana y la asistencia sanitaria pronta. En este sentido, es uno de los pilares fundamentales de una nueva relación sanitaria basada en derechos, donde las demandas y necesidades de las personas son satisfechas y potenciada su capacidad para tomar decisiones informadas y autónomas sobre su vida y salud.

Así, la confidencialidad en salud permite a las pacientes y asegurar el acceso de las personas a servicios de salud, sin miedo a estigmas, discriminación o denuncias; como a profesionales de la salud quienes, al generarse las condiciones de confianza en la relación paciente y profesional de salud, pueden brindar atención de forma ética y acceder a información en salud necesaria para la adecuada atención y la reducción de riesgos relacionados con la práctica sanitaria.

Por otro lado, el secreto profesional es un derecho y una obligación de los profesionales de la salud⁶⁹⁸ que se fundamenta en la ética de la relación profesional de salud/paciente y en la obligación bioética de actuar a favor del paciente y no en su perjuicio.

Como obligación, se deriva del derecho a la confidencialidad en salud de las personas pacientes y de su derecho a la intimidad personal, pues este derecho incluye la facultad de exigir que la información proporcionada a un profesional de salud en el contexto de la relación profesional de salud-paciente, no sea de conocimiento de terceros, con el objetivo de salvaguardar la intimidad de la o el paciente, y de esta forma garantizar el acceso a servicios de salud y la aceptabilidad de los mismos y la correlativa protección de otros derechos vinculados⁶⁹⁹. En este sentido, el deber de secreto profesional es fundamental para garantizar el derecho a la vida privada de las personas que asisten al sistema de salud para buscar atención.

⁶⁹⁷ Comité CEDAW, Recomendación general 24, párr. 12(d).

⁶⁹⁸ M. Cavallo, "Conflicting Duties over Confidentiality in Argentina and Peru," *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 112 (2011), pp. 159-162.

⁶⁹⁹ Casas B., Lidia y otros. Confidencialidad de la Información y consentimiento informado en salud sexual y reproductiva. Santiago de Chile: Corporación de Salud y Políticas Sociales, 2002, p. 93; Loayza Tamayo, Carolina e Isabel Marín Sandoval. El derecho de las médicas y los médicos al Secreto Profesional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima, 2010, p. 18.

Tal y como han desarrollado los órganos internacionales de protección de derechos humanos, las y los profesionales de la salud tienen la obligación de respetar el secreto profesional y la intimidad de las personas pacientes. Esto abarca tanto al personal de salud que recibe información confidencial directamente de sus pacientes o durante un examen médico, como al personal que conoce información a través de otros profesionales que participan en el tratamiento de pacientes, incluso desempeñando funciones administrativas, y a las y los profesionales que reciben información sin el consentimiento expreso de pacientes⁷⁰⁰.

Al respecto, tanto el Comité DESC⁷⁰¹ como la Corte IDH⁷⁰² han señalado que para que se garantice el acceso a servicios, artículos e instalaciones de salud, es indispensable que el acceso a la información no menoscabe “el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad”, pues únicamente de esta forma se garantiza la aceptabilidad de los servicios de salud y que estos sean respetuosos con la vida privada de las personas.

Asimismo, la Corte IDH⁷⁰³, la CIDH y otros órganos del sistema universal de derechos humanos, han reconocido que la violación del derecho a la confidencialidad de la información en salud de las personas tiene graves impactos en el ejercicio de sus derechos a la vida privada, a la salud, integridad personal, no discriminación, a estar libres de tratos crueles inhumanos y degradantes, al consentimiento informado y la autonomía personal. Así, difundir información personal en salud puede exponer a discriminación y estigmas que afectan tanto a la persona titular de la información como a su núcleo familiar⁷⁰⁴.

La confidencialidad y el respeto a la intimidad personal en salud, es fundamental para todas las personas, no obstante es especialmente importante para personas que han sufrido discriminaciones de forma histórica y para personas cuya vulnerabilidad y riesgo de discriminación se ve ahondado por la interseccionalidad de múltiples factores, esto pues vinculados con la conculcación de derechos de las personas se encuentran estereotipos o preconcepciones que se relacionan justamente con estas discriminaciones históricas. Es así, que la confidencialidad en salud ha sido considerada fundamental para garantizar los derechos humanos de las mujeres, personas trans y personas no binarias personas gestantes, especialmente sus derechos sexuales y derechos reproductivos que han sido históricamente conculcados por estereotipos y preconcepciones basadas en género.

En este sentido, diferentes órganos de monitoreo de tratados de derechos humanos han reiterado su preocupación por las situaciones de discriminación en acceso a servicios, especialmente de salud sexual y salud reproductiva que se pueden producir por la falta de confidencialidad en la información en salud, y como las mismas exponen a las personas, pero especialmente a las mujeres y personas gestantes a graves situaciones que comprometen su salud y vida⁷⁰⁵.

⁷⁰⁰ Véase por ejemplo CEDAW. Observaciones finales sobre los informes finales séptimo y octavo combinados de Perú, en sus sesiones 1217ª y 1218ª, celebradas el 1 de julio de 2014 (véanse CEDAW/C/SR.1217 y 1218)

⁷⁰¹ Corte IDH. Caso Gonzalez Lluys Vs Ecuador.

⁷⁰² Observación General 14

⁷⁰³ Corte IDH. Caso Manuela Vs. El Salvador.

⁷⁰⁴ Corte IDH. Caso Gonzalez Lluys Vs Ecuador.

⁷⁰⁵ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comentario General 24, Cedaw, 1999, párr. 12 (d), 18 y 31(d), (e), <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>. También lo han hecho el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Naciones Unidas, 1994, párr. 7.23 (c), https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf y el

En sus desarrollos, los organismos han establecido que, en el caso de las mujeres y personas gestantes, el ejercicio de su derecho a la salud y el acceso a determinados servicios de salud se ve fuertemente influenciado por varios estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes que podrían generar discriminación contra las mismas. De tal manera que incluso si los servicios están disponibles, el acceso a los mismos se ve dificultado por prácticas culturales, sociales o tradicionales, por lo cual es indispensable la garantía de su derecho a la confidencialidad de la información y a la vida privada, para que patrones socioculturales discriminatorios no se constituyan en barreras de acceso a los servicios.

En este orden de ideas, la Observación General No. 24 de la CEDAW reconoce la importancia de respetar la confidencialidad de la información obtenida en el ámbito médico para precautelar el derecho a la salud, integridad personal y vida de las personas, especialmente de las mujeres⁷⁰⁶. El respeto a la confidencialidad de la información en salud es especialmente importante en el caso de servicios asociados con la sexualidad o reproducción de las mujeres, y especialmente en el caso de servicios vinculados al aborto, dado el estigma que pesa sobre quienes se someten y/o realizan el procedimiento.

Al respecto, el Comité CEDAW plantea que la falta de confidencialidad en salud podría generar un efecto disuasivo en la búsqueda de atención requerida que afectaría principalmente a las mujeres, pues las inhibe de obtener asesoramiento y tratamiento para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar métodos anticonceptivos o atender a casos de abortos incompletos, y en los casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física, por los estigmas o estereotipos existentes, en este sentido puede afectar negativamente su salud y bienestar⁷⁰⁷. En particular, el Comité señaló:

(...) la falta de respeto del carácter confidencial de la información [...] puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar. Por esa razón, la mujer estará 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 física⁷⁰⁸.

Asimismo, la CEDAW establece que es fundamental garantizar el acceso a servicios confidenciales de aborto y de atención posterior al aborto⁷⁰⁹, incluso cuando la práctica no sea lícita⁷¹⁰, para poder respetar los derechos humanos de las mujeres y personas gestantes. Igualmente, el Comité expresó su preocupación por leyes que violen el derecho de las mujeres y personas gestantes a la intimidad y a la salud reproductiva y den lugar al enjuiciamiento de mujeres por acudir a buscar atención por servicios obstétricos de emergencia⁷¹¹.

Asimismo, el Comité DESC ha señalado que los Estados no deben limitar, ni negar el acceso

Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijín 4 al 15 de septiembre, 1995, párrs. 106 (f), 107 (e), <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

⁷⁰⁶ Comité CEDAW, Recomendación general 24, párr. 12(d).

⁷⁰⁷ Comité CEDAW, Recomendación general 24.

⁷⁰⁸ CEDAW, Recomendación General No. 24: La Mujer y la Salud, 2 de febrero de 1999.

⁷⁰⁹ Ver, por ejemplo, Observaciones finales del Comité CEDAW sobre Mónaco, Doc. de la ONU CEDAW/C/MCO/CO/1-3 (2017); y El Salvador, Doc. de la ONU CEDAW/C/SLV/CO/8-9 (2017).

⁷¹⁰ Comité CEDAW, Recomendación general 24, párr. 12(d).

⁷¹¹ Véase por ejemplo CEDAW. Observaciones finales sobre los informes finales séptimo y octavo combinados de Perú, en sus sesiones 1217ª y 1218ª, celebradas el 1 de julio de 2014 (véanse CEDAW/C/SR.1217 y 1218)

a servicios de salud sexual y salud reproductiva, ni siquiera por medio de leyes⁷¹² y recomendó a los Estados que se aseguren de que los datos personales sobre las pacientes que se someten a abortos mantengan su carácter confidencial⁷¹³ expresando su preocupación sobre la gravedad que suponen las denuncias de mujeres que solicitan atención médica debido a complicaciones causadas por abortos inseguros. Por su parte, el Comité contra la Tortura también ha instado a que se proteja la privacidad de las mujeres que solicitan atención médica para complicaciones vinculadas con abortos⁷¹⁴.

En el ámbito interamericano, la Corte IDH estableció expresamente que el irrespeto de la confidencialidad de la información en salud sexual y salud reproductiva puede inhibir a las personas a buscar atención médica, poniendo en peligro su salud, la de su comunidad e incluso su vida⁷¹⁵. Este Organismo se ha referido específicamente a las implicaciones de la revelación del secreto profesional y la información en salud en caso de mujeres y otras personas gestantes cuando necesite atención médica posterior a un parto o a sufrir una emergencia obstétrica⁷¹⁶ concluyendo que, en estos casos, se debe privilegiar el secreto profesional y la confidencialidad en salud sobre cualquier tipo de obligación de denuncia.

En el caso de mujeres adolescentes, mujeres empobrecidas, mujeres con bajo acceso a educación, mujeres migrantes en situación irregular, la confidencialidad de la información en salud y la protección de su derecho a la vida privada, es mucho más relevante para garantizar que las mismas accedan a servicios de salud, pues existen factores que aumentan su vulnerabilidad y los riesgos de discriminación, generando situaciones de discriminación múltiple o interseccional en el acceso a servicios de salud, que limitan sus derechos y decisiones, constituyendo la falta de confidencialidad en salud una grave barrera para el ejercicio de los mismos.

Es por esto que para analizar estos casos es fundamental utilizar algunas de las categorías generadas por la Corte IDH para el análisis de casos de violaciones a derechos humanos de las mujeres, relacionadas con su derecho a la salud y con el impacto de estereotipos de género en contextos de discriminación generalizada⁷¹⁷. En este sentido, tomando en cuenta que existe una afectación de derechos diferenciada de acuerdo con la confluencia de factores de riesgo y vulnerabilidad, consideramos fundamental usar las categorías de discriminación múltiple⁷¹⁸ e interseccional⁷¹⁹.

⁷¹² Comité DESC. Observación general No. 22, disponible en:

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQfQejF41Tob4CvljeTiAP6sU9x9eXOOnzmOMzdytOOLx1%2BaoaWAKy4%2BuhMA8PLnWFDj4z4216PjNj67NdUrGT87>

⁷¹³ Ver, por ejemplo, Observaciones finales del Comité DESC sobre El Salvador, Doc. de la ONU E/C.12/SLV/CO/3-5 (2014); y Eslovaquia, Doc. de la ONU E/C.12/SVK/CO/2 (2012)

⁷¹⁴ Ver, por ejemplo, Observaciones finales del CCT sobre Paraguay, Doc. de la ONU CAT/C/PRY/CO/4-6 (2011); y Perú, Doc. de la ONU CAT/C/PER/CO/5-6 (2013).

⁷¹⁵ Corte IDH. Caso Manuela Vs. El Salvador.

⁷¹⁶ El aborto en curso e incompleto se considera una emergencia obstétrica

⁷¹⁷ Corte IDH. Casos I.V vs Bolivia y Lluy vs Ecuador.

⁷¹⁸ La Corte ha reconocido que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos. Ver: Corte IDH. Casos I.V vs Bolivia

⁷¹⁹ La Corte nota que en el caso de Talía confluieron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. (...) En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados. Ver: Corte IDH. Caso González Lluy Vs. Ecuador.

Así, factores como la edad, la condición de discapacidad, la situación de salud, factores socioeconómicos, la falta de acceso a la educación, la situación de migración, la orientación sexual, entre otros, pueden sumarse al sexo y género para aumentar las vulnerabilidades y riesgos que enfrentan las mujeres cuando no existe confidencialidad en salud, y constituir mayores barreras de acceso para las mismas.

En Ecuador, la falta de comprensión adecuada de la confidencialidad en salud y el secreto profesional, ha causado que muchas mujeres, niñas y personas gestantes hayan sido denunciadas por los servicios de salud cuando buscaban atención esencial para precautelar su vida, integridad y salud, vulnerando con ello sus derechos a la confidencialidad de la información, la intimidad y poniendo en peligro otros derechos.

Respecto a esta situación específica, el Comité CEDAW ha expresado reiteradamente su preocupación al Ecuador por los casos en los que personal de salud denuncia a la policía o al poder judicial a las mujeres que necesitan atención médica después de un aborto o quieren que se practique un aborto, sosteniendo que constituye una práctica que incumple su deber de confidencialidad⁷²⁰.

En consecuencia, recomendó al Estado tomar medidas para respetar la obligación de confidencialidad en el sistema de atención de salud, entre ellas, aprobar protocolos y establecer cursos de derechos humanos para quienes prestan servicios de salud respecto de su obligación de respetar la privacidad y confidencialidad de las mujeres que acuden a servicios de salud reproductiva y salud sexual⁷²¹.

Sin embargo, esta realidad se mantiene hasta la fecha. **De acuerdo al informe realizado al respecto por Human Rights Watch en 2022, el 73% de las mujeres judicializadas por aborto fueron denunciadas desde el servicio de salud que las atendió**⁷²².

Además, de acuerdo con esta investigación, existe una mayor probabilidad de que una mujer sea denunciada si está empobrecida, si es joven (tiene entre 18 y 24 años), si procede de zonas rurales o remotas, y si parte de un pueblo o nacionalidad indígena o afroecuatoriano⁷²³. Esto muestra cómo la ruptura de la confidencialidad en salud tiene impactos diferenciados de acuerdo con las características personales de las mujeres, afectando de forma desproporcionada a las mujeres que viven en mayores condiciones de vulnerabilidad y haciendo que las mismas se ahonden.

Sobre este particular, “Surkuna” ha documentado numerosos casos que demuestran estas afectaciones interseccionales. Para ilustrar lo anterior, retomamos nuevamente el caso de Abigail que fue detallado en este acápite en líneas anteriores, en concreto en 2017 ella acudió a un hospital para recibir atención por un sangrado y ese día fue denunciada mientras recibía atención médica. Se le formularon cargos y por 5 años se le impuso la medida cautelar de presentación periódica. Cuando los miembros de su comunidad se enteraron de esto ella fue

⁷²⁰Comité CEDAW. Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados del Ecuador. Párr. 32. Ver también: Comité CEDAW. Observaciones finales al décimo informe periódico de Ecuador.

⁷²¹ Ibid. Párr. 33.

⁷²²HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁷²³ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

apartada de la vida social dentro de la comunidad⁷²⁴.

Como ilustra este caso, la ruptura del secreto profesional y la confidencialidad en salud, no solo implicó la apertura de un proceso penal en su contra, sino estigma y discriminación por parte de su comunidad y la obstrucción de su proyecto de vida. Lo anterior también influye en la forma como las mujeres y personas gestantes ven al servicio de salud, lo que las disuade de acercarse al mismo, poniéndolas a elegir entre la cárcel, el estigma o la muerte, siendo fundamental para que las mujeres y otras personas gestantes que se garantice su confidencialidad en salud en el marco de su derecho a la privacidad e intimidad.

Al respecto, el Comité sobre los Derechos del Niño ha destacado que “todos los adolescentes deben poder acceder a servicios, información y educación en materia de salud sexual y reproductiva, en línea o presenciales, gratuitos, confidenciales, adaptados a sus necesidades y no discriminatorios, que deben cubrir, entre otros asuntos (...) servicios de aborto seguros”⁷²⁵. Asimismo, el Comité ha recomendado que los gobiernos se aseguren de que los niños y niñas tengan acceso a asistencia y asesoramiento médico confidenciales sin el consentimiento de sus padres, incluso para servicios de salud reproductiva⁷²⁶. Del mismo modo, ha instado expresamente a que haya acceso confidencial de las adolescentes a abortos legales⁷²⁷.

Por su parte, el Comité de DESC ha señalado que la no discriminación y la igualdad en el acceso a servicios de salud no pueden ser postulados únicamente formales, sino que se deben garantizar de manera sustantiva. De acuerdo con el Comité, “la igualdad sustantiva requiere que se aborden las necesidades particulares en materia de salud sexual y reproductiva de grupos concretos, así como cualquier obstáculo con que puedan tropezar”⁷²⁸. En este sentido, el Comité ha reconocido que algunos grupos enfrentan mayores obstáculos para acceder a la salud reproductiva, a saber: las personas que viven en zonas rurales y remotas⁷²⁹, las mujeres pobres, las adolescentes, y las mujeres y las niñas que viven en situaciones de conflicto armado y para reducirlos es fundamental que se respete su confidencialidad en salud y su derecho a la vida privada.

Para finalizar esta sección reiteramos que, como ha reconocido la Corte IDH, la divulgación de información por parte del personal sanitario sobre la salud sexual y salud reproductiva de las personas pacientes, especialmente en el marco de emergencias obstétricas en las que esté en juego su vida, constituye una injerencia arbitraria sobre la vida privada e intimidad de mujeres, niñas y personas gestantes; así como el incumplimiento de la obligación de mantener el secreto profesional⁷³⁰.

Vulneraciones al derecho a la libertad de conciencia en relación con el principio de Estado laico y el derecho al libre desarrollo de la personalidad

⁷²⁴ Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos “Surkuna”. Comunicado de prensa: “Justicia para Abigail” <https://surkuna.org/wp-content/uploads/2021/08/Comunicado-Justicia-para-Abigail.pdf>

⁷²⁵ Observación general del CDN núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (2016), párr. 59.

⁷²⁶ Observaciones finales del CDN sobre Polonia, Doc. de la ONU E/C.12/POL/CO/6 (2016); Indonesia, Doc. de la ONU CRC/C/IDN/CO/3-4 (2014); Venezuela, Doc. de la ONU CRC/C/VEN/CO/3-5 (2014); y Marruecos, Doc. de la ONU CRC/C/MAR/CO/3-4 (2014).

⁷²⁷ Ver, por ejemplo, Observaciones finales del CDN sobre Sri Lanka, Doc. de la ONU CRC/C/LKA/CO/5-6 (2018); en India, Doc. de la ONU. CRC/C/IND/CO/3-4 (2014).

⁷²⁸ Comité DESC (2016). Observación General No. 22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva.

⁷²⁹ *Ibidem*, párrafo 16.

⁷³⁰ Corte IDH. Caso Manuela Vs. El Salvador.

En el cargo sobre las violaciones al derecho a la autonomía personal y autonomía reproductiva en relación con el derecho a la dignidad, expusimos en detalle los motivos por los cuales la norma demandada imponía restricciones desproporcionadas e ilegítimas al ejercicio de este derecho por parte de las mujeres, niñas y personas gestantes. En este cargo, demostraremos que tales injerencias, además, resultan contrarias al principio de laicidad del Estado, vulnerando las obligaciones estatales derivadas del mismo y el derecho a la libertad de conciencia

En primer lugar, nos referiremos a los estándares aplicables sobre el principio de Estado laico y libertad de conciencia. A continuación, a la luz de un análisis histórico de las constituciones ecuatorianas, de la tipificación penal del aborto en los distintos códigos penales del país y los debates legislativos actuales al respecto, expondremos que la norma demandada impone vestigios morales y religiosos basados en estereotipos de género que replican la subordinación jurídica de la mujer y personas gestantes que vulneran el principio de Estado laico. Asimismo, expondremos que la norma genera e impone escenarios de coerción que violan su derecho a la libertad de conciencia en relación con el derecho a la autonomía personal y reproductiva.

Estándares sobre el principio de Estado laico

El artículo 1 de la CRE establece: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

El Estado laico, como institución jurídico-política tiene las siguientes características: i) implica una separación jurídica entre la iglesia y el Estado; y la garantía de libertad de la ciudadanía; ii) tutela la libertad y autonomía de las iglesias, a las que no podrá imponer normas, más allá de las necesarias para la convivencia general; iii) el Estado funge como árbitro imparcial, asegurando la igualdad de todas las personas y colectivos ante la ley; iv) **tiene una perspectiva laica y no religiosa del poder político como una actividad independiente de las instituciones religiosas. Estas últimas, aunque tienen la libertad de ejercer influencia política en función de su relevancia social, no deben intentar imponer su credo o aspectos centrales del mismo como la norma oficial.**⁷³¹

En consecuencia, la fórmula del Estado Laico no sólo debe defenderse como derecho, sino como una condición necesaria para la realización de las demás libertades y derechos, incluida la libertad religiosa y la libertad de conciencia. En efecto:

(...) la Laicidad avanza de la simple separación entre el Estado y las Iglesias, para adentrarse al terreno de la autonomía de lo político frente al tema religioso, independientemente de las diversas formas de relación existentes entre el Estado y las Iglesias o convicciones religiosas institucionalizadas. Por lo tanto, supone pluralismo y garantía de libertades y derechos⁷³².

⁷³¹ Mazo S, Ponencia: “Laicidad del Estado y Estado Laico; De la separación Iglesia – Estado a la autonomía de lo político frente a lo religioso”, CDD – Colombia, 2018, pág. 3; Corte Constitucional. Sentencia C – 570 de 2016. MP.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; y Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Acción de inconstitucionalidad Nro. 148/2017 párrafos 74 – 79

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2021-08/AI%20148.2017.pdf

⁷³² Mazo S, Ponencia: “Laicidad del Estado y Estado Laico; De la separación Iglesia – Estado a la autonomía de lo político frente a lo religioso”, CDD – Colombia, 2018, pág. 3.

Respecto a las obligaciones estatales derivadas del principio de laicidad del Estado, la CCE ha señalado:

23. En virtud del principio democrático el Estado procurará la existencia y protección de un pluralismo que permita el adecuado ejercicio de las libertades dentro de los parámetros constitucionales, lo que incluye la libertad de escogencia y práctica de la religión.

24. En cuanto al segundo elemento, para implementar y garantizar la laicidad del Estado, toda autoridad pública tiene la obligación de mantener el principio de neutralidad e imparcialidad en la emisión de todos sus actos, evitando con ello la promoción de una determinada práctica confesional o la sumisión del Estado a ella. De ahí que el papel del Estado no es el de promocionar, patrocinar, impulsar, favorecer o realizar cualquier actividad de incentivo respecto de cualquier confesión religiosa que se practique dentro de su territorio. Al contrario, es el de garantizar el ejercicio de las diversas religiones, cultos y creencias, sin involucrarse ni adscribirse a ninguna de ellas.

25. Al tenor de lo establecido sobre la laicidad estatal, en concordancia con la libertad religiosa, se evidencia que el Ecuador es un Estado con plena libertad religiosa, en el que no existe religión ni doctrina oficiales en materia religiosa y en el que además se garantiza el derecho de (i) practicar o no alguna creencia y difundirla, con el límite del respeto a los demás derechos; y se obliga al Estado, por un lado, (ii) a no interferir ni impedir su práctica; y por otro, (iii) a proteger todas las prácticas religiosas y su expresión a través del favorecimiento de un ambiente de pluralidad y respeto⁷³³.

Asimismo, la CCE se ha pronunciado sobre el valor de la laicidad para establecer la diferencia entre la ética pública y la ética personal, señalando que la primera es la única válida para restringir el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que, como todo derecho fundamental, no está condicionado a un determinado grado de excelencia moral. Asimismo, menciona que la importancia del Estado constitucional radica en que logra gestionar la pluralidad, a veces conflictiva, siendo un elemento clave para alcanzar el buen vivir⁷³⁴.

De acuerdo con esta comprensión de la laicidad establecida por la CCE, se puede concluir que este modelo de Estado se presenta como una expresión política que sirve como instrumento jurídico-político para salvaguardar las libertades en una sociedad plural, diversa y democrática. No se trata de una postura de indiferencia hacia lo religioso, ni de oposición directa a lo religioso o moral. Tampoco implica la negación de las religiones ni una lucha contra una iglesia o varias iglesias. Más bien, consiste en oponerse a las ideas teocráticas en la política, al autoritarismo de los dogmas que intentan imponerse como verdades universales. Por lo tanto, el principio del Estado laico no solo debe ser protegido como una forma de organización jurídico-política, sino también reconocido como un requisito esencial para garantizar el ejercicio pleno de otras libertades, derechos y de preservación del sistema democrático en el Ecuador.

⁷³³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 51-17-IN/21 de 13 de octubre de 2021.

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic4ZDVIZTk4NS00NDaxLTQ0YjEtODcwNy05NmRiZTliOGUyNTEucGRmJ30=

⁷³⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 10-18-CN/19 de 12 de junio de 2019. párrafo 42.2. y 42.3.

http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/4a2e4469-9d31-4ec9-b7d1-cd9c6022d2cc/0010-18-cn-19_sen.pdf?guest=true

Así, la defensa de la laicidad del Estado es esencial para avanzar como sociedad en el reconocimiento y la plena garantía de los derechos humanos, especialmente de aquellos colectivos históricamente marginados. Resulta particularmente importante que las decisiones jurídico-políticas no impliquen la violación de sus derechos, y que los principios de diversidad, multiculturalidad y pluriétnicidad sirvan como guías en un Estado democrático.

Estándares sobre el derecho a la libertad de conciencia

El derecho a la libertad de religión y creencia está protegido por numerosos tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.18); el PIDCP (art. 18), la Convención sobre los Derechos del Niño (art.14); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art.3); la CADH (art.12); la Convención Belem Do Pará (art.7.i).

El modelo de Estado ecuatoriano reconoce la supremacía de los derechos fundamentales y las libertades de las personas para lograr diversos objetivos sociales. El sistema de libertades es una de las garantías fundamentales que sustentan el referido modelo, el cual tiene en como piedra angular a la autonomía, entendida como el poder actuar de conformidad conforme a las propias creencias y los fundamentos morales y éticos que cada ser humano tiene⁷³⁵.

Los órganos internacionales de protección de derechos humanos han desarrollado el contenido y alcances de este derecho, estableciendo que la libertad de conciencia puede expresarse de dos formas: a través de creencias y convicciones religiosas o mediante creencias y convicciones de carácter moral⁷³⁶. A su vez, este derecho conlleva la libertad de las personas para expresar por cualquier medio las razones que demuestran la virtud de sus creencias, así como controvertir o criticar las compartidas por otros, con límites⁷³⁷.

En línea con lo anterior, la CCE ha considerado que el derecho a la libertad de conciencia protegido por la CRE contempla el derecho de las personas a pensar y creer en lo que consideren correcto según la construcción de sus ideas, lo que implica el derecho a adherirse a cualquier creencia y a actuar en consonancia con sus convicciones, pensamientos o creencias⁷³⁸. Tal y como ha establecido la Corte Constitucional de Colombia, la libertad de conciencia se define como "la capacidad que tiene un individuo para actuar de cierta manera o abstenerse de hacerlo, y esta capacidad se ve influenciada en gran medida por sus convicciones, su ideología personal y su forma de ver el mundo"⁷³⁹.

Siguiendo este razonamiento, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que el derecho a la libertad de conciencia se concreta a través de tres principios fundamentales⁷⁴⁰:

1. Ninguna persona puede ser objeto de acoso o persecución debido a sus creencias o convicciones.
2. A ninguna persona se le puede obligar a revelar sus convicciones.

⁷³⁵ Numeral 8 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁷³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros Vs. Chile)" párrafo 79; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pavez Pavez Vs. Chile de 04 de febrero de 2022. Párrafos 71 y 75. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf Comité de Derechos Humanos Recomendación General 22 de 27 de septiembre de 1993 https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11

⁷³⁷ Corte constitucional. Sentencia T – 823 de 2002

⁷³⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU - 108 de 2016. MP.: Alberto Rojas Ríos

⁷³⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU - 108 de 2016. MP.: Alberto Rojas Ríos

⁷⁴⁰ *ibid*

3. Nadie puede ser obligado a actuar en contra de su propia conciencia.

Asimismo, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que la libertad de conciencia establecida se ejerce de manera individual, ya que no se trata de la protección abstracta de un sistema moral determinado, o de una regla objetiva de moralidad⁷⁴¹.

Por otro lado, frente a este derecho los estándares internacionales también han establecido la importancia que tiene el Estado de proteger a su población frente a injerencias arbitrarias por parte del mismo Estado o terceros sobre la libertad de conciencia. La protección frente a este tipo de injerencias tiene como finalidad proteger los derechos humanos de personas que puedan estar en riesgo, pero también salvaguardan los valores y fundamentos del sistema democrático.⁷⁴²

Al respecto, la Corte IDH ha precisado que “según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática”⁷⁴³.

Asimismo, ha establecido que “en sociedades democráticas debe darse una coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de estos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro”⁷⁴⁴.

El Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias de Naciones Unidas ha señalado que el objetivo del derecho a la libertad de religión y creencia “**no es proteger las creencias en sí (religiosas o de otro tipo), sino a los creyentes y su libertad de profesar y expresar sus creencias, individualmente o en comunidad con otros, a fin de definir su vida de conformidad con sus propias convicciones**”⁷⁴⁵. (énfasis añadido)

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado que el derecho a la libertad de conciencia implica la garantía de todas las personas para actuar en concordancia con un conjunto de valores y convicciones personales⁷⁴⁶. Además, respecto del impacto que tiene en las estructuras sociales, ha precisado:

La protección de la libertad de conciencia tiene funciones y propósitos estructurales en un estado social y democrático de derecho. La libertad de conciencia, en tanto derecho fundamental, se protege ante todo como una facultad individual, propia de cada persona, sin perjuicio de las protecciones propias de comunidades étnicas y tradicionales de la nación. **Desconocer la libertad de conciencia de una persona, obligándola a revelar sus creencias o a actuar en contra de ellas, es una de las maneras más graves e impactantes de violentar un ser humano. La conciencia**

⁷⁴¹ CCE. Sentencia C-616 de 1997. MP Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷⁴² Vera Ana Cristina. (2011) “Análisis del discurso anti decisión sobre el aborto: caso del afiche sacado por la conferencia episcopal en la época de la Asamblea Constituyente”: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1298963551.trabajo_cris.pdf página 6

⁷⁴³ Corte IDH. Fontevecchia y D’amico Vs. Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Párrafo 49 y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pavez Pavez Vs. Chile de 04 de febrero de 2022. Párrafos 71 y 75.

⁷⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pávez Pávez Vs. Chile de 04 de febrero de 2022. Párrafos 71 y 75. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf

⁷⁴⁵ Organización de las Naciones Unidas. A/HRC/34/50. Perspectiva y visión del mandato del nuevo Relator Especial. Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias. 34° sesión del Consejo de Derechos Humanos. Párr. 24. Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/34/50>

⁷⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Nro. SU108/16.

requiere que el estado, la sociedad y las instituciones en general, den el espacio que todo ser humano necesita para poder reflexionar, atender su conciencia y actuar según ella. Este espacio amplio de libertad busca, como dijo la jurisprudencia, asegurar la posibilidad de realizar ‘aquellas acciones que la conciencia ordena sin estorbo o impedimento’.⁷⁴⁷ (Énfasis añadido)

Además, sobre las funciones y propósitos de la protección de la libertad de conciencia la Corte Constitucional de Colombia, ha señalado:

La libertad de conciencia, en tanto derecho fundamental, se protege ante todo como una facultad individual, propia de cada persona, sin perjuicio de las protecciones propias de comunidades étnicas y tradicionales de la nación. Desconocer la libertad de conciencia de una persona, obligándola a revelar sus creencias o a actuar en contra de ellas, es una de las maneras más graves e impactantes de violentar a un ser humano. **La conciencia requiere que el estado, la sociedad y las instituciones en general, den el espacio que todo ser humano necesita para poder reflexionar, atender su conciencia y actuar según ella. Este espacio amplio de libertad busca, como dijo la jurisprudencia, asegurar la posibilidad de realizar ‘aquellas acciones que la conciencia ordena sin estorbo o impedimento’.**⁷⁴⁸

Análisis del caso concreto: la penalización del aborto vulnera el derecho a la libertad de conciencia en relación con el principio de laicidad del Estado

A la luz de los estándares *supra* referidos, es necesario recalcar que el derecho a la libertad de conciencia tiende a la protección de las posturas particulares de las personas, pero no puede ser una imposición que faculta al Estado o a terceros a obligar el cumplimiento de una conducta con base en un ideal, creencia o dogma compartido por determinado grupos religiosos o sociales, que pueden estar intentando plasmar en una norma jurídica general sus convicciones personales, lo que sucede generalmente cuando criterios confesionales son plasmados en normas jurídicas, como es el caso del aborto.

En efecto, como señaló la Corte Constitucional colombiana, el espacio amplio de libertad que requiere la libertad de conciencia, busca asegurar la posibilidad de realizar ‘aquellas acciones que la conciencia ordena sin estorbo o impedimento’⁷⁴⁹

En el caso de las personas que han decidido abortar, su espacio de libertad se ve profundamente limitado e impedido cuando existe una prohibición normativa de hacerlo cuyo cumplimiento es obligatorio y que al inobservarla pone en cuestión su civilidad y ciudadanía. Una persona que tiene el convencimiento de que abortar es la opción indicada se ve obligada a actuar en contra de su conciencia porque en el medio se ha puesto en cuestionamiento también su idoneidad e integridad como ciudadano, pues las personas no quieren cometer un crimen, pero no hacerlo sería ir en contra de su propia conciencia y convicciones. Lo que ocasiona que la mayoría de los casos la norma que penaliza el delito actúe como un mecanismo de coerción social que en muchos casos distorsiona las convicciones personales de las personas o que en muchos otros casos las obliga a actuar en contra de su conciencia personal.

⁷⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Nro. T-430/13.

⁷⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Nro. T-430/13.

⁷⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Nro. T-430/13.

Así, el derecho a la libertad de conciencia incluye el verse libres de la obligación de cumplir con leyes diseñadas exclusivamente, o principalmente, en función de las doctrinas de una religión. Incluye también la libertad de actuar según la propia conciencia respecto a doctrinas religiosas no compartidas. En lo que respecta al aborto, no se debería obligar a las mujeres y/o personas gestantes a cumplir con leyes basadas exclusiva o principalmente en doctrinas de fe.

Sin embargo, la tipificación del delito de aborto prevista en el artículo 149 del COIP vulnera el principio de laicidad del Estado y la libertad de conciencia de las mujeres, niñas y personas con posibilidad de abortar porque: i) contiene elementos religiosos, a pesar de ser un Estado laico; ii) configura escenarios de coerción hacia dichos colectivos; iii) estigmatiza y discrimina a las personas con posibilidad de abortar; vulnerando con ello las obligaciones estatales en la materia. A continuación, desarrollaremos dichos argumentos en el mismo orden propuesto.

La tipificación penal del aborto contiene elementos religiosos que vulneran el principio de laicidad del Estado y la libertad de conciencia de las personas que quieren abortar

Diversos estudios demuestran que la penalización del aborto en Occidente ha estado ligada a procesos religiosos tras la adopción de la religión cristiana.⁷⁵⁰ En el derecho romano, la anticoncepción y el aborto provocado eran prácticas usuales que no constituían un delito, sino un acto de autonomía sobre el cuerpo⁷⁵¹. El padre de familia era el único que tenía el derecho de reconocer a la descendencia, y si no lo hacía, las y los niños eran expuestos o abandonados⁷⁵². Además, no se hacía distinción entre el aborto y la anticoncepción, ya que carecía de importancia el momento biológico en el que la mujer dejaba de estar embarazada⁷⁵³.

Cuando se adoptó el cristianismo-catolicismo en el imperio romano, se acogió la concepción de Aristóteles y Plinio llamada *corpus informatum*⁷⁵⁴. A partir de la adopción de este dogma, propio de la religión cristiano-católica, estas creencias se institucionalizaron en las diferentes esferas de la vida pública: la educación, la legislación, la política, entre otras; convirtiéndose en una práctica y norma obligatoria para toda la sociedad, sin considerar cuáles eran sus credos propios. Hasta cierto punto puede resultar comprensible que estas normativas estuvieran vigentes cuando la Iglesia y el Estado eran parte de un mismo ente, pero resultan insostenibles en Estados laicos que tienen un deber de respetar y garantizar las distintas creencias existentes en la sociedad.

⁷⁵⁰ Católicas por el Derecho a Decidir Colombia. (2020) Una relación entre luces y sombras: aborto e iglesia: ¿La iglesia ha tenido siempre la misma visión sobre el aborto?

⁷⁵¹ Se sancionaba únicamente a la mujer que abortaba cuando el marido se quejaba de ello, ya que se consideraba un incumplimiento del derecho que tenía el marido sobre su descendencia. Goetschel Ana María. "Historia, género y acción punitiva: un marco para pensar las violencias contras las mujeres". Página 84. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/54989.pdf>

⁷⁵² Según Paul Veyne, el nacimiento de un romano no se limitaba a ser un hecho biológico sino que se daba en virtud de la decisión del padre de familia. En tal sentido, la anticoncepción, el aborto y la exposición de la niñez eran prácticas usuales y legales.

⁷⁵³ Cecco Eldo & Mansilla Angélica. "El aborto en Roma: consideraciones jurídicas y morales": Universidad Nacional de Cuyo. https://bdigital.uncuyo.edu.ar/objetos_digitales/10956/03-cecco.pdf

⁷⁵⁴ Este concepto considera que el feto en un inicio es inanimado y que luego de ochenta días en el caso de las mujeres y cuarenta días en el caso de los hombres ingresaba el alma en el cuerpo, dándole vida. Goetschel Ana María. "Historia, género y acción punitiva: un marco para pensar las violencias contras las mujeres". Página 84. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/54989.pdf>

Esto es lo que ocurrió en la fundación del Ecuador en 1830 como un Estado confesional⁷⁵⁵.. Históricamente, tanto los debates legislativos constitucionales como los relativos a la adopción y posteriores modificaciones de los códigos penales, estuvieron permeados por dichas lógicas religiosas, aún tras la secularización del Estado. A continuación, nos referiremos brevemente a ambos.

En su primera Constitución de 1830, Ecuador se constituyó como un Estado confesional, oficializando la religión católica apostólica y romana⁷⁵⁶. Posteriormente, en 1906, se convirtió en un Estado oficialmente secular. En 2008 en Ecuador se adoptó una nueva Constitución, tras un proceso de Asamblea Nacional Constituyente que duró 2 años. En varios puntos del debate político, la Iglesia católica estuvo abiertamente en contra de la aprobación de este instrumento, por considerar que algunos de sus preceptos eran abortistas y abrían el camino para cambios en contra de la familia, como el matrimonio igualitario⁷⁵⁷..

En efecto, existen varios registros que evidencian la injerencia de grupos religiosos durante la Asamblea Nacional Constituyente de 2007, y en particular, en los debates sobre el aborto⁷⁵⁸. Por ejemplo, las asambleístas que se unieron en contra de la despenalización del aborto se apoderaron de la consigna “pro-vida”, relacionada a grupos religiosos. Varios asambleístas incluso se aliaron directamente a cúpulas de la Iglesia católica, como el presidente de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana y otros líderes religiosos, junto con quienes organizaron manifestaciones y marchas en contra del aborto y a favor de la familia tradicional⁷⁵⁹. La injerencia de la Iglesia católica fue tal, que incluso se leyó en el pleno de la Asamblea una carta suscrita por el Secretario de la Presidencia de la República en la que se dejaba constancia de que, para que la Iglesia apoyase el referéndum, tenía que existir una postura abiertamente contraria al aborto, disponiendo que ciertos cambios propuestos fueran corregidos⁷⁶⁰. Los principales argumentos intercambiados por los asambleístas que estaban en contra del aborto se resumen en los siguientes puntos:

1. En Ecuador hay una mayoría católica, por lo que se podía invocar el nombre de Dios y prohibir cualquier artículo que habilitase la posibilidad del aborto o del matrimonio igualitario en la CRE.
2. La Biblia es fuente de Derecho, por lo tanto, debería prohibirse el aborto pues solo Dios tiene la potestad sobre la vida, y la vida es un don divino.

⁷⁵⁵ Artículo 8 de la Constitución de la República del Ecuador de 1830. “Artículo 8.- La Religión Católica, Apostólica, Romana es la Religión del Estado. Es un deber del Gobierno en ejercicio del patronato protegerla con exclusión de cualquiera otra”. https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdf

⁷⁵⁶ El Universo. “Los jueces de la Corte Constitucional ya están excomulgados: monseñor Luis Cabrera se refirió al trámite de las demandas de inconstitucionalidad contra la ley de aborto en casos de violación”. <https://www.eluniverso.com/noticias/politica/los-jueces-de-la-corte-constitucional-ya-est-an-excomulgados-monsenor-luis-cabrera-se-refiere-al-tramite-de-las-demandas-de-inconstitucionalidad-contra-la-ley-del-aborto-en-casos-de-violacion-nota/> Primicias Ecuador. “Conferencia Episcopal desmiente que haya excomulgado a jueces de la Corte Constitucional”. <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/conferencia-episcopal-jueces-corte-constitucional/#:~:text=El%20presidente%20de%20la%20Conferencia,aborto%20en%20caso%20de%20violaci3n.>

⁷⁵⁷ Vera Ana Cristina. (2011) “Análisis del discurso anti decisión sobre el aborto: caso del afiche sacado por la conferencia episcopal en la época de la Asamblea Constituyente”: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1298963551.trabajo_cris.pdf página 6

⁷⁵⁸ Torres, Alejandra (2021). “Estudio de las campañas Déjame Decidir, Aborto por Violación y Salvemos las Dos Vidas”: Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8511/1/T3713-MC-Torres-Narrativas.pdf>

⁷⁵⁹ Espinoza, Margorie. (2018) “El espejismo laico del Ecuador. Los debates constituyentes sobre el aborto, la adopción homosexual y el nombre de Dios en el preámbulo de la Constitución”: Revista de Derecho Nro. 29 Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6282/1/09-TC-Espinoza.pdf>

⁷⁶⁰ Ibidem página 150.

3. Argumentos reproductivos naturalistas que señalaban que el fin del matrimonio es la reproducción⁷⁶¹.

Como se puede evidenciar, los principales argumentos vertidos en contra del aborto durante los debates legislativos para expedir la Constitución de 2008 responden a lógicas confesionales que, como veremos más adelante, también se evidenciaron cuando se discutió el nuevo Código Penal en 2014.

a) Consideraciones sobre la tipificación penal del aborto en los distintos Códigos Penales ecuatorianos hasta su tipificación actual en el COIP

El aborto se tipificó por primera vez dentro del Código Penal en 1837, durante la presidencia de Vicente Rocafuerte, incluyéndose entre los delitos contra las personas. En esta primera tipificación no se penalizaba a las mujeres que abortaban sino a las personas que practicaban los abortos⁷⁶².

En 1872 se elaboró un nuevo Código Penal durante la presidencia de Gabriel García Moreno. Esta vez el delito de aborto se añadió a la sección de crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moral pública. Las mujeres fueron consideradas como sujetos activos de este delito. Estos cambios implicaron que el delito de aborto pudiera ser perseguido por el Estado, que, en ese momento era confesional (católico).

En el Código liberal de 1906, adoptado tras la secularización del Estado, el aborto continuó siendo parte de la sección de los crímenes y delitos contra el orden de las familias y la moral pública. Incluso existía un atenuante para aquellos casos en los que el aborto fue realizado para evitar la deshonra⁷⁶³.

En el Código penal de 1938, expedido durante la dictadura de Alberto Enríquez Gallo, se incluyó el aborto en la sección de los delitos contra las personas y contra la vida. En esta normativa se introdujeron por primera vez las nociones de aborto terapéutico y eugenésico⁷⁶⁴.

En 2014, se emprendió una nueva reforma al código penal. El debate en torno a la penalización del aborto como un delito tampoco estuvo exento de injerencias por parte de la Iglesia católica. De hecho, las personas y organizaciones históricamente en contra de la despenalización del aborto han estado vinculadas a los sectores más conservadores de la Iglesia católica. Ha sido tal la injerencia de las creencias y dogmas religiosos en este tema, que los políticos que han estado en contra de la despenalización del aborto han usado el argumento de pertenecer a un grupo religioso para justificar su postura. Un ejemplo de esto fueron las declaraciones otorgadas por el expresidente Rafael Correa, quien señaló que, al ser católico, era un defensor de la vida desde la concepción⁷⁶⁵.

El COIP de 2014 se eliminó la punición del aborto provocado para “salvar el honor de una mujer”, disminuyó las penas y sustituyó los términos idiota o demente por discapacidad mental. La redacción final del artículo 149 es la que hemos referido supra.

⁷⁶¹ Ibidem página 150.

⁷⁶² Goetschel Ana María. (2021) “El aborto en Ecuador en la primera mitad del siglo XX”: Flacso Ecuador/ Planned Parenthood. Página 42. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/59467.pdf>

⁷⁶³ Ibidem página 43.

⁷⁶⁴ Ibidem página 43.

⁷⁶⁵ Flores, Carlos. “El aborto en Ecuador, no gira a la izquierda”: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – FLACSO Ecuador. https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/%25f/agora/files/el_aborto_en_ecuador.pdf

En el año 2018 empezó un nuevo debate legislativo en la cual se incluyó nuevamente la despenalización de la causal violación. En este contexto, también la iglesia realizó una fuerte incidencia para impedir la aprobación de la causal, participando en el debate legislativo, sacando comunicados de prensa y opiniones sobre el tema⁷⁶⁶. Incluso del mismo se habló en los púlpitos en las mismas y se sacó información en la hoja dominical. En esta ocasión la reforma legislativa no fue aprobada por la Asamblea Nacional, pues a pesar de contar con 65 votos a favor no se logró alcanzar la mayoría calificada de 70 votos⁷⁶⁷. Esto causó que la reforma legal sin esta modificación fuera enviada al presidente, colegislador con capacidad de veto, en el régimen constitucional ecuatoriano.

El Ejecutivo, en lugar de objetar el artículo 150.2 por inconstitucional, solicitó a la Corte Constitucional un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la penalización del aborto por violación. El 27 de noviembre del 2019, la CCE emitió dictamen en el cual rechazó la pretensión del Ejecutivo, sin pronunciarse sobre el fondo⁷⁶⁸.

La exclusión de la despenalización del aborto por violación de las dos reformas de la normativa penal y la incidencia en las mismas por parte de la jerarquía de la iglesia católica demuestra como la tipificación del aborto responde a razones confesionales más que legales en un Estado Laico. Igualmente, en el proceso de la acción de inconstitucionalidad del aborto por violación en la Corte Constitucional, la iglesia católica emitió pronunciamientos en contra de esta reforma normativa desde su postura religiosa.⁷⁶⁹

La influencia de la Iglesia católica en el debate sobre el aborto sigue siendo importante en la actualidad en el Ecuador a tal punto que en diciembre de 2023, la Conferencia Episcopal Ecuatoriana representada por monseñor Luis Cabrera, indicó que las y los jueces que participaron en la decisión constitucional que despenalizó el aborto en casos de violación⁷⁷⁰ se habían autoexcomulgado de la iglesia católica, ya que el aborto es un delito que atenta contra la vida, y toda persona que participe de éste deja de formar parte de la iglesia católica⁷⁷¹.

Como hemos demostrado *supra* el delito de aborto consentido sigue imponiendo a todas las mujeres y personas con posibilidad para gestar embarazadas en el Ecuador, salvo en casos extremos⁷⁷², las mismas prohibiciones y obligaciones previstas en el Código Penal de 1872, esto, aunque haya cambiado el “bien jurídico protegido” (de la moral pública por la protección de la vida desde la concepción). Lo que vulnera el principio de laicidad del Estado

⁷⁶⁶ Artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁷⁶⁷ France 24. “Asamblea de Ecuador rechaza despenalización del aborto en caso de violación”. <https://www.france24.com/es/20190918-asamblea-ecuador-despenalizacion-aborto-violacion>

⁷⁶⁸ Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen Nro. 4-19-OP/19 de 26 de noviembre de 2019.

⁷⁶⁹ CCE. Sentencia 61-18-IN/23 de 20 de diciembre de 2023

⁷⁷⁰ El Universo. “Los jueces de la Corte Constitucional ya están excomulgados: monseñor Luis Cabrera se refirió al trámite de las demandas de inconstitucionalidad contra la ley de aborto en casos de violación”. <https://www.eluniverso.com/noticias/politica/los-jueces-de-la-corte-constitucional-ya-estan-excomulgados-monsenor-luis-cabrera-se-refiere-al-tramite-de-las-demandas-de-inconstitucionalidad-contra-la-ley-del-aborto-en-casos-de-violacion-nota/> Primicias Ecuador. “Conferencia Episcopal desmiente que haya excomulgado a jueces de la Corte Constitucional”. <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/conferencia-episcopal-jueces-corte-constitucional/#:~:text=El%20presidente%20de%20la%20Conferencia,aborto%20en%20caso%20de%20violaci%C3%B3n.>

⁷⁷¹ El Universo. “Los jueces de la Corte Constitucional ya están excomulgados: monseñor Luis Cabrera se refirió al trámite de las demandas de inconstitucionalidad contra la ley de aborto en casos de violación”. <https://www.eluniverso.com/noticias/politica/los-jueces-de-la-corte-constitucional-ya-estan-excomulgados-monsenor-luis-cabrera-se-refiere-al-tramite-de-las-demandas-de-inconstitucionalidad-contra-la-ley-del-aborto-en-casos-de-violacion-nota/> Primicias Ecuador. “Conferencia Episcopal desmiente que haya excomulgado a jueces de la Corte Constitucional”. <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/conferencia-episcopal-jueces-corte-constitucional/#:~:text=El%20presidente%20de%20la%20Conferencia,aborto%20en%20caso%20de%20violaci%C3%B3n.>

⁷⁷² Art. 150 del COIP

porque supone la imposición de vestigios morales y religiosos relacionados con los dogmas de la religión cristiano-católica⁷⁷³.

Vulneraciones a la libertad de conciencia y autonomía personal en relación con el principio de laicidad del Estado

Con todo lo anterior, podemos afirmar que la libertad de conciencia en sus distintas dimensiones, es decir desde la libertad religiosa y desde la esfera de la moral, es un derecho fundamental de aplicación inmediata que “tiene toda persona para actuar en consideración a sus propios parámetros de conducta, sin que pueda imponérsele actuaciones que estén en contra de su razón”⁷⁷⁴ que adicionalmente está ampliamente reconocido en el derecho internacional y, en suma representan una consecuencia necesaria del carácter pluralista del estado.

Así, el pluralismo previsto como norma fundante del ordenamiento jurídico defiende y protege la existencia de modos distintos de ver el mundo, y de maneras disímiles de concebir y desarrollar los principios de “vida buena” de cada persona. Por ese motivo, rechaza la exaltación del modo de vida mayoritario, cuando ello significa una declaración oficial de prevalencia de esas opciones sobre las demás, o cuando ello comporta ventajas concretas para un culto determinado, carentes de una justificación razonable⁷⁷⁵.

Desde esta perspectiva, el pluralismo religioso y la libertad de conciencia son el marco para comprender la laicidad del Estado. En la fórmula del Estado Laico, éste toma radical distancia frente a las distintas confesiones religiosas que existen en la sociedad. Es exactamente la antítesis del Estado Confesional, razón por la que además de no tener como oficial ninguna religión, debe garantizar el derecho fundamental a la libertad religiosa, ligado a la libertad de conciencia, esto significa que un Estado Laico no puede imponer o defender normas, valores o principios morales particulares, propios de una religión determinada.

Por ende, no resultan admisibles medidas legislativas o de otra índole que tiendan a sancionar a personas o comunidades que no comparten los dogmas, credos o prácticas religiosas de determinada religión, sea porque ejercen otro credo, porque no comparten ninguno o, incluso, porque manifiestan su abierta oposición a toda dimensión trascendente. Cada una de estas categorías es aceptada por el Estado Constitucional ecuatoriano, el cual, en tanto tiene naturaleza laica y secular, reconoce y protege dichas legítimas opciones, todas ellas cobijadas por el derecho a la autonomía individual y a la dignidad humana.

En ese sentido, la CCE ha señalado determinadas obligaciones estatales para garantizar el principio de laicidad, entre ellas: “toda autoridad pública tiene la obligación de mantener el principio de neutralidad e imparcialidad en la emisión de todos sus actos, evitando con ello la promoción de una determinada práctica confesional o la sumisión del Estado a ella”⁷⁷⁶;

⁷⁷³Existen grupos de mujeres católicas que comparten las creencias y dogmas de la religión cristiano-católica y están a favor del aborto, ya que no consideran que esto atente contra su fe. Ver “Católicas por el derecho a decidir”. <https://catolicasmexico.org/#:~:text=Somos%20un%20movimiento%20de%20personas,violencias%20de%20género%20y%20discriminación.> Y Soul Force <https://soulforce.org>

⁷⁷⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 51-17-IN/21 de 13 de octubre de 2021. Al respecto ver también: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T – 332 de 2004. MP. Jaime Córdoba Triviño.

⁷⁷⁵ CCE. Sentencia Nro. 51-17-IN/21 de 13 de octubre de 2021. Al respecto ver: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 948 de 2014. MP. María Victoria Calle Correa.

⁷⁷⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 51-17-IN/21 de 13 de octubre de 2021.

“no interferir ni impedir su práctica”; y “proteger todas las prácticas religiosas y su expresión a través del favorecimiento de un ambiente de pluralidad y respeto”⁷⁷⁷

En consecuencia, la transgresión de la libertad de conciencia y el principio de Estado laico que denunciamos no radica en la participación de varias Iglesias en los debates y posturas sobre la construcción y regulación normativa del derecho al aborto a la que nos hemos referido *supra*. En un Estado que garantiza la libertad de opinión y creencia, es natural que haya una diversidad de voces en el escenario. **Más bien, la vulneración del derecho a la libertad de conciencia que denunciamos se centra en el reconocimiento desproporcionado que el Estado ecuatoriano ha concedido a una determinada postura, llegando incluso a la exclusión de distintas religiones y creencias, así como de las personas o grupos que discrepan de adherirse a cierto credo religioso, a pesar de que nuestro sistema legal se rige por el principio de laicidad.** Asimismo, da lugar a una desprotección de los sistemas de creencias y valores que no necesariamente están relacionados con las creencias religiosas o teológicas. Con ello, vulnera sus obligaciones estatales en la materia.

Lo primordial es que nuestro ordenamiento jurídico salvaguarde la autonomía reproductiva en su aspecto positivo y en su aspecto negativo. Esto implica respetar tanto la libre elección de las mujeres y personas gestantes para abrazar la maternidad como una opción de vida que no es obligatoria y que por lo tanto un embarazo puede ser interrumpido. La procreación, al igual que la gestación o la reproducción, no deben ser consideradas simplemente como procesos biológicos o mandatos, sino decisiones que son la expresión de un proyecto de vida personal.

Así, la punición del aborto implica la penalización de una opción de vida para la mujer o persona gestante y la impone la obligación de convertirse en madre. Adicionalmente, como lo hemos argumentado *et supra*, el hecho de que este delito se base en concepciones morales, religiosas de un determinado grupo de la población, contraviene varios principios penales y constituye al uso del derecho penal como abusivo, pues busca una finalidad moral⁷⁷⁸. En ese sentido, el debate es más amplio pues no se trata solo de acceder a servicios de aborto, sino también de tener la posibilidad de poder actuar de conformidad a mi conciencia y en consecuencia elegir la maternidad como una forma de vida, siendo este marco de decisión algo que es penalmente irrelevante y que por ende no debería ser sujeto de persecución penal.

En definitiva, a la luz de lo expuesto, sostenemos que la actual tipificación del delito de aborto prevista en el artículo 149 del COIP está permeada por dogmas y creencias religiosas que resultan contrarias al principio de Estado laico reconocido constitucionalmente y contraviene el derecho a la libertad de conciencia de las personas que consideran que el aborto es una opción legítima, imponiendo escenarios de coerción que vulneran sus derechos fundamentales.

Mantener vigente la disposición normativa que penaliza el aborto consentido en el COIP es insostenible porque se utiliza el derecho penal de última ratio para criminalizar las diferentes

⁷⁷⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 51-17-IN/21 de 13 de octubre de 2021.

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic4ZDVlZTk4NS00NDxLTQ0YjEtODcwNy05NmRiZTliOGUyNTEucGRmJ30=

⁷⁷⁸ Ferrajoli Luigi. La Cuestión del Embrión Entre Derecho y Moral. Artículo originalmente publicado en la revista Los Jueces para la Democracia. Información y Debate. Madrid. Julio 2002. Disponible en:http://138.219.40.12:8080/bitstream/handle/123456789/366/derecho_y_moral.pdf?sequence=1&isAllowed=y

formas, creencias y convicciones personales sobre el aborto que se alejan de los fundamentos o dogmas de determinados sectores de la religión cristiano – católica.

Como hemos analizado en este acápite, el derecho a la libertad de conciencia se puede expresar a través de una religión o a través de posturas morales. Este derecho ha sido reconocido en la CRE y en tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que son vinculantes para el Estado ecuatoriano⁷⁷⁹. La protección de este derecho tiene dos dimensiones: i) la primera es personal y persigue evitar injerencias en la vida privada de las personas; ii) la segunda tiende a la protección del sistema democrático y la pluralidad de pensamiento.

Desde la segunda dimensión, el pluralismo religioso y la libertad de conciencia es el marco para comprender la laicidad del Estado⁷⁸⁰. La fórmula del Estado laico implica que éste debe tomar distancia frente a las distintas confesiones religiosas. Es decir, no puede imponer o defender normas, valores o principios morales particulares, ligados a una religión determinada.

Sin embargo, la regulación del aborto en Ecuador ha sido objeto de debates polarizados, permeados por fundamentalismos religiosos. El rechazo moral a dicha práctica no debería implicar automáticamente una prohibición legal, ya que, en un Estado laico como el nuestro, el derecho no puede tener la función de establecer o reforzar una regla objetiva permeada por preceptos religiosos. Al contrario, el Estado debe garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de todas las personas en condiciones de igualdad y sin discriminación. Aquí radica la importancia de adoptar una concepción jurídica bioética moderna neutral que permita la coexistencia de las diferentes formas de pensamiento y la acción en función de estas.

En ese sentido, a la luz del principio de laicidad del Estado y la libertad de conciencia, el ordenamiento jurídico de nuestro país debe garantizar que, en cuestiones de autonomía reproductiva, las mujeres, niñas y personas gestantes tengan pleno derecho a tomar decisiones fundamentadas en un conjunto de valores derivados de sus propias convicciones ideológicas, moldeadas por su experiencia moral y su interacción con el entorno social, político y económico. Esto es especialmente relevante porque el proceso de gestación es una experiencia única que solo la persona embarazada enfrenta. Sin embargo, la tipificación penal del aborto criminaliza a quienes desean ejercer sus derechos sexuales y derechos reproductivos, imponiendo una determinada concepción religiosa, forma de pensamiento y forma de acción -materna-.

En su defecto, la despenalización del aborto representa un avance significativo en la protección de las libertades individuales y el fortalecimiento del sistema democrático, y en particular, la libertad de conciencia a la luz del principio de laicidad del Estado. Al permitir a las mujeres y personas gestantes tomar decisiones autónomas sobre su propia salud y cuerpo, se reconoce y respeta su derecho fundamental a la autonomía y la autodeterminación. Esto fomenta una sociedad más justa y equitativa, donde cada persona tiene la capacidad de ejercer sus derechos sexuales y derechos reproductivos de manera informada y libre de coerción externa. Además, la despenalización del aborto contribuye a reducir la estigmatización y discriminación hacia las mujeres y personas gestantes que deciden interrumpir un embarazo no deseado, promoviendo así la igualdad de género y el respeto a la diversidad de experiencias y circunstancias de vida.

779 Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros Vs. Chile)” párrafo 79 y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Caso Pavez Pavez Vs. Chile de 04 de febrero de 2022. Párrafos 71 y 75. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf

780 Artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

En el ámbito democrático, la despenalización del aborto garantiza las obligaciones del Estado ecuatoriano derivadas del pluralismo, así como el respeto a la libertad de conciencia y acción, y el cumplimiento de su deber de neutralidad, al reconocer la variedad de opiniones y creencias en una sociedad diversa.

La despenalización del aborto no obliga a ninguna mujer o persona gestante a abortar, pero si permite que quienes de forma coherente con sus creencias lo quieren hacer puedan realizar este procedimiento en condiciones de seguridad. Asimismo, fortalece la legitimidad del sistema democrático al garantizar que las leyes y políticas se basen en principios de justicia, igualdad y respeto a los derechos humanos, en lugar de imposiciones basadas en convicciones morales o religiosas particulares. **En resumen, la despenalización del aborto no solo protege las libertades individuales, sino que también promueve la inclusión y la justicia y fortalece nuestro sistema democrático**

La penalización del aborto es inconstitucional porque configura escenarios de coerción que vulneran el derecho a la libertad de conciencia

Como hemos desarrollado ampliamente, la penalización del aborto genera coerción moral sobre aquellas las mujeres y personas gestantes cuyas convicciones éticas o religiosas les llevan a considerar el aborto como una opción moralmente aceptable. Así, quienes desean abortar, se enfrentan a un conflicto entre sus creencias personales y las normas que el ordenamiento jurídico impone.

En la práctica, las mujeres y personas gestantes que quieren abortar tienen una convicción o decisión personal que se ve limitada por la consideración de que, al hacerlo, estarían cometiendo un delito. La convicción de que el aborto es un delito genera una carga emocional y psicológica significativa en las personas que desean abortar, quienes se ven inducidas a cambiar su decisión pese a sus convicciones personales. La idea de estar involucradas en un acto ilegal genera sentimientos de culpa, ansiedad y/o miedo a las consecuencias legales, lo que genera que se sientan obligadas a actuar en contra de su propia conciencia para evitar ser juzgadas o procesadas judicialmente.

En un estudio realizado por CLACAI, en el que se analizan los estigmas asociados al aborto en mujeres y en profesionales de la salud, los resultados muestran que el estigma está muy presente en la opinión pública y que tiene el potencial de aislar, discriminar y poner en riesgo a las mujeres. El entorno social las presiona a mantener en secreto sus intenciones o experiencias de interrumpir un embarazo, con el fin de evitar ser juzgadas, criticadas y discriminadas, lo que incluso ha llevado a ciertas mujeres a desistir abortar.⁷⁸¹

En ese mismo estudio, se plantean tres conceptos importantes. El primero es el de estigma percibido entendido como la apreciación individual acerca de lo que los demás piensan sobre el aborto, y lo que podría ocurrir si la experiencia propia fuera exteriorizada como: rechazo de la familia o pareja, deterioro de relaciones sociales, pérdida de amistades, crítica, maltrato y aislamiento. El segundo concepto utilizado es estigma experimentado se refiere a la experiencia real de ser blanco de acciones de discriminación, de agresión u hostigamiento por parte de terceros. Por último, el tercer concepto es el de estigma internalizado es la manifestación de las dos anteriores dimensiones en sentimientos de culpa, vergüenza,

⁷⁸¹ CLACAI. El estigma asociado al aborto como objeto de estudio: los primeros pasos en América Latina. página 181. <https://clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/675/Estigma%20y%20Aborto.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

ansiedad y otras emociones negativas que producen malestar, motivan el ocultamiento e influyen en la toma de decisiones de las personas que requieren de un aborto.⁷⁸²

En conclusión, la consideración de que el aborto es un delito y el miedo a las repercusiones legales influye en la forma en que evalúan sus opciones y en su capacidad para acceder a información precisa y objetiva sobre el aborto y las alternativas. Por otro lado, la presión social y familiar que se genera cuando el entorno social de la persona que quiere abortar conoce su intención, pero al mismo tiempo quiere protegerla de enfrentar las consecuencias jurídicas de cometer un delito. La presión social sumada al miedo de enfrentar consecuencias jurídicas genera un nuevo elemento de presión que limita el poder de decisión de la persona gestante que quiere abortar y ejercer libremente su derecho a la libertad de conciencia.

En otro orden de ideas, la penalización del aborto genera estigma social y moral en torno a esta práctica, lo que lleva a las personas gestantes que desean abortar a ser juzgadas, criticadas o excluidas de la sociedad. Este estigma ocasiona sentimientos de vergüenza, culpa o aislamiento, lo que afecta negativamente su capacidad para tomar decisiones informadas y autónomas sobre su salud sexual y reproductiva.

Diversas investigaciones realizadas han concluido que el estigma asociado al aborto constituye una de las principales dificultades para las mujeres que desean poner fin a un embarazo no deseado. Entre los hallazgos principales de una investigación llevada a cabo en Colombia reportó:

“Las experiencias de estigmatización a raíz del maltrato por parte de algunos proveedores de servicios en centros de salud a los que se derivaron las pacientes en definitiva evitó que las participantes de este estudio pudieran acceder a los servicios de aborto deseados... Adicionalmente, aquellas que consiguieron acceder a servicios de aborto a pesar de la negativa inicial sufrieron abuso físico y psicológico por parte de los proveedores de salud y personal hospitalario, posiblemente debido al entrenamiento inadecuado acerca de la ley y el estigma social asociado con el aborto.”

⁷⁸³

En esa misma línea otros estudios realizados en varios países en el mundo han reportado al estigma asociado al aborto puede llevarlas a buscar opciones fuera del sistema de salud incluso si su solicitud está amparada por el ordenamiento jurídico.

“Un estudio cualitativo (...) encontró que el personal del hospital podía perpetuar el estigma y obstruir el acceso a servicios de salud... Investigaciones en Colombia han encontrado, de manera similar, que las mujeres que buscan un aborto legal temen experimentar maltrato y estigma, y alrededor de un tercio de las mujeres en un estudio en Ciudad de Cabo, Sudáfrica, reportaron buscar servicios de aborto fuera del sistema público de salud por preocupación a sufrir estigma y maltrato por los prestadores de salud del Estado ... Estudios en diferentes contextos también han encontrado que las

⁷⁸²Comité de Derechos Humanos (2019). *Observación general núm. 36. Artículo 6: derecho a la vida*. CCPR/C/GC/36, párrafo 3. Ver texto completo en:

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsrdB0H1I5979OVGGB%2BWPAXhNI9e0rX3cJmWwe%2FGBLmVgb8AE9NGVfbGSQPvBfkr3q4HklfE9nMzTxjohiPOdvK6iuvSliX3HNPZiayRXUHX>

⁷⁸³ US National Library of Medicine National Institutes of Health. BMC Reproductive Health. I felt the world crash down on me': Women's experiences being denied legal abortion in Colombia. 2017 Disponible en : <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5651606/>

mujeres anticipan un posible proceso penal por buscar un aborto, y que el miedo a ser juzgadas puede impedir el acceso a un aborto seguro”.⁷⁸⁴

Aunando a este análisis es interesante aportar lo que se ha estudiado respecto a la influencia del estigma en la toma de decisiones, se ha examinado cómo el estigma influye en la forma en que los profesionales de la salud imponen obstáculos a las mujeres que buscan acceder a un aborto. Estos obstáculos incluyen retrasos en la prestación del servicio, una interpretación restrictiva de las condiciones legales para el aborto, y la negativa a proporcionar el servicio cuando no se cuenta con una certificación médica que concuerde con las percepciones de riesgo de las mujeres mismas. Estas barreras no solo dificultan el acceso a servicios de salud en casos de aborto, sino que también afectan de manera desproporcionada a ciertos grupos de mujeres, exacerbando y perpetuando las desigualdades entre diferentes segmentos de la población colombiana. Por ejemplo, se ha observado que las mujeres más pobres y rurales tienen un riesgo casi 70% más alto que las mujeres urbanas y no pobres de sufrir complicaciones derivadas de abortos inseguros y de no recibir la atención adecuada.⁷⁸⁵

Otro caso interesante de estudio es Estados Unidos de América que recientemente a través del fallo *Dobbs vs. Jackson Women’s Health Organization* se otorgó la facultad a cada Estado a expedir sus propias regulaciones sobre aborto.⁷⁸⁶ En este contexto, se ha incrementado el turismo hacia los Estados que aún lo permiten como son California, Colorado y Carolina del Norte.⁷⁸⁷ Según Planned Parenthood los costes del servicio varían dependiendo de cada Estado, pero se estima que llegan a costar miles de dólares a los que hay que añadir otros costes como son los valores de transporte. Como referencia según Planned Parenthood los costos de un aborto legal en el primer trimestre pueden llegar a ser hasta de 715 USD mientras que el segundo trimestre puede llegar a costar hasta 2000 USD.⁷⁸⁸ Las cifras mencionadas evidencian las grandes brechas económicas que se producen con la penalización del aborto, considerando que no todas las personas que lo requieran lo van a poder pagar los procedimientos fuera de su Estado.

Esta realidad evidencia como las mujeres y personas gestantes que quieren actuar de conformidad a su conciencia y tienen condiciones materiales para hacerlo pueden incluso costear un viaje fuera de sus países de origen hacia lugares en los que esté permitido el aborto y hacerlo de manera segura mientras que las mujeres y personas gestantes más vulnerables las que se ven obligadas a continuar con un embarazo no deseado, ser forzadas a la maternidad e ir en contra de su propia conciencia debido a que no pueden hacer efectiva y materializar su conciencia personal.

Este trato discriminatorio crea una situación injusta en la que el ejercicio de los derechos reproductivos se ve limitado por las condiciones socioeconómicas de la persona que requiere de un aborto. Las mujeres y personas gestantes más vulnerables son discriminadas y se pueden ver incluso obligadas a enfrentar consecuencias graves para su salud física y mental,

⁷⁸⁴ BMC Women’s Health. Experience obtaining legal abortion in Uruguay: knowledge, attitudes, and stigma among abortion clients. Diciembre 2019. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6902415/>.

⁷⁸⁵ Singh S et al., *Abortion Worldwide 2017: Uneven Progress and Unequal Access*, New York: Guttmacher Institute, 2018, que incluye datos de Colombia.

⁷⁸⁶ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, No. 19-1392 (decidido el 1 de diciembre de 2022 por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos) https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf

⁷⁸⁷ Focus on the Family. What is Abortion Tourism? entrada de 03 de mayo de 2023. <https://www.focusonthefamily.com/pro-life/what-is-abortion-tourism/>

⁷⁸⁸ Planned Parenthood. ¿Cómo puedo obtener un aborto en clínica? <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/aborto/abortos-realizados-en-una-clinica/como-me-realizo-un-aborto-en-una-clinica>

así como para su autonomía y bienestar en general, simplemente porque no tienen los recursos necesarios para acceder a servicios de aborto seguro y legal. En tal sentido, esta situación discriminatoria perpetúa las desigualdades sociales y económicas al negar a las mujeres y personas gestantes más vulnerables el acceso a servicios de salud reproductiva básicos y al limitar su capacidad para tomar decisiones autónomas y ejercer su derecho a la libertad de conciencia. Para profundizar en el análisis sobre discriminación ver el acápite 2 de este documento sobre vulneración del principio y el derecho a la igualdad formal, sustantiva y de no discriminación.

En conclusión, la estigmatización y culpa internalizada debido a la penalización del aborto conduce a la autocensura de las personas que tienen posiciones favorables al aborto y/o que quieren decidir abortar. La exposición constante a cuestionamientos, estigma social y moral trae como consecuencia que interioricen estos mensajes negativos, lo que conduce a sentimientos de culpa, vergüenza y autocondena. Esta auto estigmatización y/o autocensura puede afectar negativamente la autoestima y la salud mental de las personas, así como su capacidad para tomar decisiones libres, informadas y autónomas sobre su salud sexual y reproductiva y de actuar de conformidad a su conciencia.

La penalización del aborto vulnera los derechos a las garantías judiciales y tutela judicial efectiva

Como desarrollamos *supra*, la penalización del aborto en Ecuador profundiza la discriminación estructural que enfrentan las mujeres en el país; replica y profundiza los estereotipos de género; y genera contextos propicios para la criminalización generalizada de mujeres, niñas, adolescentes y personas gestantes que acuden a los establecimientos médicos por emergencias obstétricas u otras cuestiones relacionadas con el aborto aun dentro de las causales legales, así como del personal médico que provee este servicio esencial. Asimismo, impone numerosas barreras para el acceso a este servicio reproductivo esencial. En la práctica, dichos factores también restringen, obstaculizan o impiden el acceso a mecanismos judiciales efectivos a quienes han visto vulnerados sus derechos en este contexto, y abonan a que se produzcan vulneraciones sobre sus garantías procesales.

En este acápite, en primer lugar, analizaremos cómo la penalización del aborto vulnera el derecho de tutela judicial efectiva tanto de las mujeres, niñas y personas gestantes que buscan acceder al aborto en las causales legales establecidas como de cualquiera que llega a los establecimientos médicos por emergencias obstétricas o simplemente buscando información sobre el aborto, al impactar en la efectividad de los recursos disponibles por distintos motivos. Asimismo, nos referiremos a las vulneraciones a este derecho derivadas de los estereotipos de género que permean los procesos de criminalización a los que son sometidas dichas mujeres.

En segundo lugar, analizaremos la forma en que la penalización del aborto vulnera el derecho al debido proceso, por la existencia de patrones institucionalizados de ruptura de las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa derivados de las características de este tipo penal, que como ya explicamos anteriormente es utilizado como una forma de corregir las conductas de mujeres y personas gestantes de acuerdo a los estereotipos, roles y prejuicios de género socialmente dominantes.

Estándares aplicables sobre protección judicial efectiva

El derecho a la protección o tutela judiciales efectiva constituye un pilar fundamental del Estado de Derecho en una sociedad democrática⁷⁸⁹. Implica la previsión normativa y el acceso efectivo a acciones judiciales o de cualquier otra índole que permitan amparar a las personas ante vulneraciones a los derechos humanos mediante un recurso idóneo, sencillo, rápido y efectivo ante tribunales competentes. Así, está protegido por diversos tratados internacionales a través del derecho de acceso a recursos judiciales, entre ellos: el PIDCP (artículo 2)⁷⁹⁰; la CADH (artículo 25)⁷⁹¹. En el caso específico de las mujeres, niñas y adolescentes, este derecho está protegido por la CEDAW (artículo 2.3)⁷⁹² y la Convención Belém do Pará (artículo 4.g)⁷⁹³.

En nuestra Constitución la tutela judicial efectiva es considerada como un derecho de protección y está recogida en el artículo 75 que precisa:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, la tutela judicial efectiva tiene los siguientes componentes: “: i) el derecho al acceso a la administración de justicia; ii) el derecho a un debido proceso judicial; y iii) el derecho a la ejecutoriedad de la decisión”⁷⁹⁴.

De acuerdo a este organismo, el derecho a la tutela judicial efectiva se concreta en: i) el derecho a la acción y a tener respuesta a la pretensión⁷⁹⁵ sin trabas, ni condicionamientos que

⁷⁸⁹Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197. Párr. 59; Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 128; y Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 57.

⁷⁹⁰ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

⁷⁹¹OEA. CADH. Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

⁷⁹²ONU. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Artículo 2.3. (...) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base d igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

⁷⁹³OEA. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Artículo 4.g. (...) el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos.

⁷⁹⁴CCE, sentencia 889-20-JP/21, 10 de marzo de 2021, párr. 110

⁷⁹⁵ Sentencia No. 159-16-EP/21, párr. 29

no se encuentran previstos en la ley, que vulneren derechos constitucionales⁷⁹⁶ o que restrinjan de forma desproporcionada e irracional la posibilidad de accionar⁷⁹⁷; ii) el derecho al debido proceso judicial se concreta en la garantía de que el proceso sea sustanciado de forma efectiva, expedita e imparcial⁷⁹⁸, con sujeción al principio de debida diligencia, que se garantice derecho a la defensa⁷⁹⁹, a una resolución debidamente motivada⁸⁰⁰ y apego a la norma pertinente⁸⁰¹; y, el iii) en que la sentencia sea cumplida⁸⁰² por parte de las personas obligadas, es decir que exista una ejecución plena y una efectividad de los pronunciamientos⁸⁰³.

Estándares aplicables sobre protección del acceso a la justicia

En lo referente al acceso a la justicia, tal y como ha desarrollado ampliamente esta Corte la jurisprudencia interamericana⁸⁰⁴ y otros Tribunales Constitucionales de la región⁸⁰⁵, el acceso a la justicia es un derecho que, a su vez, tiene un contenido normativo orientado a 3 elementos: a) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales –acciones y recursos- para la efectiva resolución de conflictos; b) el derecho de acción o de promoción de la actividad, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; y c) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas, y que ella se produzca dentro de un plazo razonable.

Así, para respetar, proteger y garantizar este derecho, los Estados deben cumplir con una serie de obligaciones estatales, cuyo contenido y alcance ha sido desarrollado por los órganos internacionales de protección de derechos humanos. En síntesis, las obligaciones estatales son las siguientes: i) garantizar la existencia de recursos sencillos y rápidos⁸⁰⁶, primordialmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en

⁷⁹⁶ Sentencia Nº. 621-12-EP/20, parr. 25

⁷⁹⁷ CASO No. 1584-15-EP, parra 28

⁷⁹⁸ CASO No. 1584-15-EP, parra 28

⁷⁹⁹ Sentencia Nº. 621-12-EP/20, parr. 25

⁸⁰⁰ Sentencia Nº. 621-12-EP/20, parr. 25

⁸⁰¹ CASO No. 1584-15-EP, parra 29

⁸⁰² CASO No. 1584-15-EP, parra 28

⁸⁰³ CASO No. 935-13-EP, parra 41

⁸⁰⁴ Al respecto ver: Corte IDH. Cuadernillo de jurisprudencia No. 13 de 2021. Protección judicial. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf

⁸⁰⁵ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-268/96, MP Antonio Barrera Carbonell.

⁸⁰⁶ Específicamente sobre sencillez y rapidez, ver, inter alia: Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 172; Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 74; Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 198. Ver también: CIDH. El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. Párr. 241. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6028.pdf>

que sean idóneos y efectivos⁸⁰⁷ para la tutela de los derechos fundamentales⁸⁰⁸; ii) garantizar que los recursos sean realmente efectivos⁸⁰⁹; iii) garantizar que las víctimas puedan interponerlos⁸¹⁰; iv) asegurar que los recursos serán considerados por una autoridad competente con capacidad para emitir una decisión⁸¹¹; v) garantizar que puedan interponerse contra actos realizados autoridades públicas y por sujetos privados; vi) desarrollar los recursos judiciales; vii) establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución⁸¹².

La obligación de establecer recursos idóneos y efectivos de acuerdo a los parámetros *supra* mencionados ha sido específicamente recalada para garantizar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Al respecto, la CIDH ha recalado que ello requiere de acciones judiciales y de acciones de cualquier otra índole que permitan reclamar ante el incumplimiento de estos, de manera individual y colectiva, para restaurar equilibrios en el marco de situaciones socialmente desiguales:

239. En este sentido, la vigencia de mecanismos adecuados de reclamo de derechos sociales resulta un tema central a considerar en la agenda de reformas judiciales en la región para fortalecer el acceso a la jurisdicción y la participación social y política en el ámbito de la justicia, así como para la fiscalización de las políticas estatales y de la actuación de actores privados, que impactan con sus acciones en el ejercicio de aquellos derechos básicos. En este marco, el SIDH ha reconocido la trascendencia de desarrollar recursos judiciales efectivos e idóneos para la tutela de derechos económicos sociales y culturales y ha comenzado a trazar estándares en materia de la formulación y puesta en práctica de mecanismos adecuados de exigibilidad de estos derechos⁸¹³.

⁸⁰⁷ Específicamente sobre idoneidad y efectividad de los recursos, ver: Corte IDH. Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 140; Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 201517, párr. 131; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 296, y Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 202.

⁸⁰⁸ Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párr. 245; Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, párr. 91.

⁸⁰⁹ Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 703, párr. 191; Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 90.

⁸¹⁰ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 90; Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 93.

⁸¹¹ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 100. Ver también: CIDH. El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. Párr. 241. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6028.pdf>

⁸¹² Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228. Párr. 106. Ver también: CIDH. El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. Párr. 241. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6028.pdf>

⁸¹³ CIDH. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4 7 septiembre 2007. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6028.pdf>

Por su parte, específicamente respecto a la salud sexual y reproductiva, el Comité DESC ha señalado que los Estados tienen la obligación inmediata de “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 reproductiva”⁸¹⁴..

Estándares aplicables sobre el debido proceso y derecho a la defensa

La Constitución del Ecuador establece el derecho al debido proceso, como un derecho en el artículo 76 de la Constitución que se hace efectivo a partir de algunas garantías básicas:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. (...) 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. *(...) e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. (...) k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

La CCE en varias sentencias ha reconocido al debido proceso como un derecho fundamental que comprende el conjunto de derechos, garantías, condiciones de carácter sustantivo y procesal que deben cumplirse para garantizar procesos exentos de arbitrariedad y garantías para ejercer el derecho a la defensa.⁸¹⁵

El derecho al debido proceso de acuerdo a la CCE es un principio fundamental que garantiza que una persona y sus intereses sean juzgado de forma tal que se asegure un resultado conforme derecho, contempla reglas de garantía pero que no se agota en las mismas, pudiendo existir vulneraciones al debido proceso que no se relacionen con las mismas; requiere de establecimiento de procedimientos y reglas de trámite, pero su vulneración no depende de la violación de las mismas sino de la transgresión de las reglas constitucionales de garantía.⁸¹⁶

⁸¹⁴ Comité DESC. Observación general No. 22 sobre salud sexual y reproductiva. Párr. 49.h.

⁸¹⁵ SENTENCIA N.º 002-14-SEP-CC CASO N.º 0121-11-EP

⁸¹⁶ CCE Sentencia No 546-12- EP/20

De acuerdo con la Corte, el debido proceso tiene reglas de garantía propias e impropias. Las reglas de garantía propias son aquellas que establecen una obligación, una prohibición, un poder o una inmunidad; mientras que las reglas de garantía impropias requieren que se compruebe la vulneración a la regla de trámite. En ambos casos es necesario determinar si hubo una vulneración al debido proceso como principio constitucional para argumentar que ha existido vulneración de este derecho.⁸¹⁷

Es así, que la Corte establece con claridad que únicamente cuando existe una vulneración al derecho al debido proceso como principio, es que la misma puede considerarse como relevante desde el punto de vista constitucional. Sobre el debido proceso como un derecho la CCE ha señalado que es parte del derecho a la tutela judicial efectiva y que puede ser analizado de forma autónoma.

123. Si bien el derecho al debido proceso es un componente importante de la tutela efectiva, por el detallado desarrollo jurídico establecido en el artículo 76 de la Constitución, cada garantía del debido proceso podrá merecer un análisis autónomo sin que sea necesario, cuando fuere el caso, declarar al mismo tiempo la violación a la garantía analizada y a la tutela efectiva. Por ejemplo, si en un caso se demuestra que no hay motivación y se argumentó como parte de la tutela efectiva, bastará con la declaración de la violación de la garantía de motivación sin que sea necesario analizar ni declarar la violación al derecho a la tutela judicial efectiva⁸¹⁸.

En otro orden de ideas la CCE, reconoce que el derecho a la defensa es un principio fundamental del debido proceso, que en sí mismo está compuesto por garantías y que se materializa ante la posibilidad de presentar argumentos y pretensiones, contradecir y presentar pruebas, hacer respetar sus derechos e intervenir en pie de igualdad en un proceso judicial.⁸¹⁹

Dentro de las garantías que reconoce el debido proceso, se encuentra el derecho a la defensa. La CCE respecto de este derecho ha señalado: "El derecho a la defensa, en el ámbito constitucional y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, exige que nadie sea privado de los medios necesarios para proclamar y hacer respetar sus derechos dentro de un proceso legal, equilibrando, en lo posible, las facultades que tienen tanto el sujeto procesal accionante como el accionado (...). En concreto, el derecho a la defensa adquiere el carácter de norma con jerarquía constitucional, legítimo para todo tipo de proceso, emanado de los valores de seguridad jurídica y de igualdad de oportunidades para acceder a una recta administración de justicia y permite que el accionado o parte demandada tenga la oportunidad de ser escuchado, hacer valer sus razones, ofrecer y controlar la prueba e intervenir en la causa en pie de igualdad con la parte actora"⁸²⁰.

El derecho a la defensa constituye la garantía de las partes procesales para acceder al sistema judicial, administrativo o de cualquier índole en el que se determinen derechos y obligaciones, con el propósito de ser escuchado, hacer valer sus razones, preparar y presentar su prueba, intervenir en igualdad de condiciones con la contra parte, así como recurrir del fallo, si lo considera necesario⁸²¹.

⁸¹⁷ CCE Sentencia No. 740-12-EP/20

⁸¹⁸ CCE Sentencia No. 889-20-JP/2

⁸¹⁹ CCE Sentencia 1078-10-EP/22 Caso N.º 1180-1 I-EP CCE Sentencia No. 785-20-JP/22, SENTENCIA N.º 002-14-SEP-CC. CASO N.º 0121-11-EP

⁸²⁰ Caso N.º 1180-1 I-EP

⁸²¹ SENTENCIA N.º 002-14-SEP-CC. CASO N.º 0121-11-EP

Las garantías que incluye el derecho a la defensa están establecidas en el numeral 7 del artículo 76 y en el artículo 77 de la CRE que desarrolla algunas garantías especiales relacionadas con el derecho a la defensa en procesos penales donde exista privación de la libertad.⁸²²

En el presente cargo demostraremos que la penalización del aborto consentido vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su componente de acceso efectivo a la justicia y al debido proceso, pues en la criminalización del aborto existen patrones institucionalizados de ruptura de las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa derivados de las características de este tipo penal, que como ya explicamos anteriormente es utilizado como una forma de corregir las conductas de mujeres y personas gestantes de acuerdo a los estereotipos de género.

Análisis del caso: la penalización del aborto impone barreras que obstaculizan el acceso efectivo a la justicia

El aborto es un servicio de salud reproductiva esencial. En el Ecuador, es no punible en tres causales. Por ello, su justiciabilidad debe ser garantizada por el Estado, al menos, en las tres causales a través de acciones y recursos idóneos y efectivos.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé la existencia de dos garantías jurisdiccionales: las medidas cautelares autónomas y la acción de protección cuyo objetivo es la protección de los derechos fundamentales. Por lo que en caso de vulneraciones relacionados con el acceso al aborto podrían ser interpuestas.

Ahora bien, en este punto, es importante analizar la jurisprudencia interamericana respecto a la eficacia de los recursos. La Corte IDH ha precisado que la existencia formal de los recursos no es suficiente para garantizar que éstos sean adecuados, idóneos y efectivos⁸²³. Asimismo, también ha señalado que la efectividad de un recurso se debe analizar en su aspecto normativo y empírico⁸²⁴. Sobre este segundo elemento la Corte IDH ha precisado que es necesario analizar las condiciones políticas e institucionales, para mirar si el recurso puede cumplir con su objeto y generar el resultado para el cual fue concebido, siendo que un recurso que formalmente puede considerarse efectivo en determinados casos es ilusorio en otros casos. Por ejemplo, cuando es demasiado gravoso para la víctima o cuando el Estado no ha asegurado su debida aplicación por parte de sus autoridades judiciales⁸²⁵

En Ecuador, las mujeres y personas gestantes encuentran barreras insuperables para activar las garantías jurisdiccionales cuando se les niega el acceso al aborto legal. Los tiempos procesales de activar este tipo de mecanismos que usualmente son largos y engorrosos. Incluso si llegarán a ser resueltos oportunamente implican la erogación de recursos. Además las acciones deberán enfrentar la falta de información y formación por parte de los operadores de justicia sobre la temática, entre otras. Estas barreras implican que, aunque

⁸²² Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 7.El derecho de toda persona a la defensa incluye: a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento. b) Acogerse al silencio c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

⁸²³ Ibid. Pag. 54

⁸²⁴ Ver: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6028.pdf>

⁸²⁵ Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

existan recursos disponibles *de jure* no están disponibles *de facto*. Lo que hace que en la práctica no sean recursos efectivos ⁸²⁶.

La penalización del aborto consentido reproduce estereotipos que fundamentan la pervivencia de la discriminación estructural que sufren las mujeres afectando el acceso a recursos efectivos en casos de denegaciones de abortos amparados en las causales legales

La situación de discriminación estructural que enfrentan las mujeres y personas gestantes en Ecuador se fundamenta en estereotipos de género que se reproducen en la sociedad y en el sistema de justicia. La CIDH ha considerado que la existencia de contextos de discriminación estructural contra las mujeres puede ser determinante respecto a la ineficacia de los recursos previstos para que puedan hacer frente a violaciones a sus derechos humanos, lo que a su vez vulnera el derecho a la protección judicial efectiva ⁸²⁷.

Al respecto, la CIDH consideró que, cuando el Estado muestra tolerancia frente a prácticas discriminatorias contra las mujeres en contextos de discriminación estructural, suele actuar de forma sistemática con base a esa tolerancia estableciendo un patrón general de negligencia y falta de efectividad en el acceso a la justicia, lo que, a su vez, genera contextos propicios para que se reproduzca la discriminación en su contra, al no existir "evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad" ⁸²⁸

El mandato impuesto bajo sanción penal no solo implica tolerancia frente a prácticas discriminatorias; es una norma discriminatoria en sí misma que interfiere en el acceso efectivo tanto al procedimiento en sí para garantizar su acceso efectivo al aborto, como a los recursos que requieren las mismas cuando se les niega su derecho de acceso a un aborto en el sistema nacional de salud.

En el Ecuador existe una cultura generalizada de negación de este derecho/servicio de salud a las mujeres y personas gestantes que causa que el mismo se perciba como inexistente. ⁸²⁹ Esto a su vez, genera que la activación de recursos judiciales para su exigibilidad no sea efectiva. En principio, la falta de información sobre aborto y sobre la existencia de recursos judiciales para su exigibilidad constituyen uno de los obstáculos más relevantes. Otro problema es la falta de conocimiento por parte de operadores de justicia sobre las causales

⁸²⁶CDH, *Jama Warsame vs. Canadá*, Comunicación No. 1959/2010, (1 de septiembre, 2011), UN Doc. CCPR/C/102/D/1959/2010, para 7.4. [CDH, *Jama Warsame vs. Canadá*]; CDH, *Marcellana and Gumanoy v The Philippines*, Comunicación No. 1560/2007, (17 de noviembre de 2008), U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1560/2007, para 6.2. [CDH, *Marcellana and Gumanoy v The Philippines*]; Ver También A. A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies under the UN Covenant on Civil and Political Rights and Its Optional Protocol", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 28, no. 4, 1979, pp. 734–765., pág. 758, refiriendo: "In some cases in which the problem at issue has been raised, the committee has in fact deemed necessary an indication by the State party concerned of the domestic remedies available to the authors of communications in the particular circumstances of their case". Disponible en: JSTOR, www.jstor.org/stable/758819. Último acceso, 19 de julio de 2020.

⁸²⁷ CIDH. Caso 12.051 *María Da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil*. Informe No.54/01 de 16 de abril de 2001. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>

⁸²⁸ Corte IDH. Ver: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm>

⁸²⁹ Como se ha señalado en esta acción el Estado ecuatoriano ha reportado solamente 93 casos de acceso al aborto legal por violación entre 2021 y noviembre de 2023 cifra ínfima si se la relaciona con las miles de víctimas de violación menores de 14 años que han dado a luz en 2021, 2022 y 2023

legales de aborto y su exigibilidad⁸³⁰, y la imposición penal de estereotipos de género sobre el rol reproductivo de las mujeres.

La penalización del aborto obstaculiza e impide el acceso a la información pública sobre este servicio, tornando ilusorias sus posibilidades de acceso efectivo a la justicia

Como se señaló, una barrera para la activación de cualquier recurso judicial para acceder a un aborto legal o a servicios de aborto seguro en Ecuador consiste en la falta de información pública que tienen las mujeres sobre las causales de aborto no punible o sobre su derecho de acceder a servicios de aborto como servicios esenciales en salud. La falta de información se deriva de la tipificación penal del aborto consentido, que genera la creencia generalizada que el aborto siempre es ilegal. Así, muchas mujeres y personas gestantes no saben que tienen derecho a acceder a servicios de aborto seguro, ni que existen causales legales de aborto o que tienen derecho a utilizar mecanismos judiciales cuando se vulnera su derecho de acceder a un aborto, lo que impacta directamente en sus posibilidades de acceder a un recurso efectivo para garantizar sus derechos.

Al respecto la investigación realizada por Kaleidos⁸³¹ establece:

De igual manera, la falta de información pública sobre los servicios de interrupción voluntaria del embarazo genera un vacío sobre la oferta de los centros de salud y el potencial acceso a los mismos por parte de las mujeres. Este es un problema que se conecta con los prejuicios individuales y colectivos generados por la aplicación de creencias religiosas a la esfera de la práctica profesional de múltiples servidores de salud y de justicia. A esto se suma, que aun cuando los servicios están disponibles, el nivel de comunicación comunitaria sobre su disponibilidad es muy limitado. Una de nuestras entrevistadas, describe la situación actual en Loja de la siguiente manera: “No ofrecen [información]. No hay ningún servicio que ofrezca eso, sigue siendo tabú, sigue siendo el secreto mejor escondido, mejor guardado” (Lucia, servidora de salud Loja, entrevista personal 2022).

De acuerdo con la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, el acceso a la información es un derecho fundamental que posibilita el ejercicio de sus derechos y la exigibilidad de estos y en tal sentido, ha señalado:

3. El acceso a la información es también una herramienta particularmente útil para el ejercicio informado de otros derechos como los derechos políticos o los derechos sociales y económicos. Esta situación es especialmente relevante para la protección de sectores sociales marginados o excluidos, que no suelen tener a su disposición mecanismos de información sistemáticos y seguros, que les permitan conocer el alcance de sus derechos y la forma de hacerlos efectivos⁸³²

⁸³⁰ Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

⁸³¹ Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

⁸³² CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. El derecho de acceso a la información pública en las Américas: Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. 2012. Párr. 3 Disponible en: <http://www.cidh.org/relatoria>

En este sentido, la falta de información pública sobre el aborto genera un contexto propicio para que los mecanismos de exigibilidad del mismo no sean efectivos, pues hace que no sea posible activar el sistema de justicia para exigirlos.

Asimismo, el incumplimiento de la obligación estatal de transparencia activa respecto al suministro de información pública sobre la legalidad de este servicio y los mecanismos para hacerlo efectivo repercute directamente en la protección judicial de quienes buscan acceso a un aborto legal y enfrentan restricciones o negaciones injustificadas. Lo anterior, debido a que, en la práctica, genera una exclusión sistemática en sus posibilidades de acceso a la justicia.

La obligación de transparencia activa, deriva del derecho de acceso a la información que tienen las personas en una sociedad democrática, que impone al estado la obligación de "suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa"⁸³³ que se "requiere para el ejercicio de otros derechos —por ejemplo, la que atañe a la satisfacción de los derechos sociales como los derechos a la pensión, a la salud o a la educación—"; sobre "la oferta de servicios, beneficios, subsidios o contratos de cualquier tipo"; y, sobre "el procedimiento para interponer quejas o consultas, si existiere."

De acuerdo con estándares internacionales, esta información debe ser "completa, comprensible, con un lenguaje accesible y encontrarse actualizada" y debe considerar las diversas situaciones de las personas para garantizar que el Estado pueda difundirla garantizando el acceso a cualquier persona.⁸³⁴

En este sentido, los Estados tienen la obligación de transparencia activa entendida como la obligación de brindar información de forma dinámica incluso en ausencia de una solicitud⁸³⁵. Esta obligación en un Estado Constitucional de derechos y justicia, como el ecuatoriano, cuyo principal objetivo es la garantía de derechos humanos, es especialmente reforzada en lo que respecta a brindar información que se requiere para el ejercicio de derechos, para el acceso a servicios relacionados con este ejercicio y su exigibilidad.

Es así que, la falta de existencia de información sobre las causales de aborto legal, el acceso a abortos seguros y los mecanismos judiciales existentes para exigir estos derechos evidencia el incumplimiento de esta obligación por parte de los Estados, que genera justamente que las mujeres y personas gestantes que buscan un aborto se vean imposibilitadas de usar el sistema de justicia para la exigibilidad de este servicio.

La falta de información sobre las causales de aborto legal y los mecanismos judiciales existentes para garantizar este derecho se combina, además, con la desinformación existente sobre el mismo tanto en la sociedad, como en el sistema de salud, protección y justicia. Es así, que anualmente muchas mujeres y personas gestantes que preguntan por la posibilidad de realizarse un aborto o solicitan un aborto en el sistema de salud, son sistemáticamente

⁸³³<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/el%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20as%20americas%202012%2005%2015.pdf>

⁸³⁴<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/el%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20as%20americas%202012%2005%2015.pdf>

⁸³⁵ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. El Derecho de acceso a la Información en el Marco jurídico interamericano. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 1/09. 30 de diciembre de 2009. Párr. 33. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/RELEacceso.pdf>; Declaración Conjunta de los Relatores de Libertad de Expresión de la ONU, la OEA y la OSCE de 6 de diciembre de 2004. Disponible en: <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=319&IID=2>

desinformadas sobre este derecho, pues en general los profesionales de salud les dicen que este proceso es ilegal y que de realizarlo pueden ser criminalizadas.

Lo anterior se evidencia en nuestro país en las estadísticas de abortos médicos, que representan menos del 4% de atenciones en el sistema nacional de salud. También como en el alto índice de denuncias a mujeres que buscan atención por una complicación obstétrica relacionada con aborto desde el sistema de salud que representan más del 73%. Asimismo, solo el hecho de buscar información sobre aborto o el acceso al aborto puede suponer la criminalización de las mujeres y personas gestantes lo que genera un efecto disuasorio que impacta directamente sobre sus posibilidades de acceso a la justicia. En efecto, en Ecuador, muchas veces las mujeres ni siquiera consideran como opción acudir a los sistemas de justicia para buscar el acceso a un aborto, ante los estigmas existentes y el miedo a ser criminalizadas por solicitar este servicio⁸³⁶.

Al respecto, la Relatora de violencia contra las mujeres en su informe sobre Ecuador reconoció esta situación⁸³⁷:

27. Las mujeres que solicitan atención médica en caso de emergencias obstétricas o que buscan información sobre el aborto suelen ser denunciadas a la policía o al fiscal por los médicos y el personal médico, y los servicios de salud se utilizan para interrogar a las mujeres, obligándolas a incriminarse a sí mismas. Esta violación de la confidencialidad médico-paciente afecta negativamente a la salud de las mujeres, ya que las disuade de buscar asesoramiento y tratamiento para abortos mal practicados, incluso en los casos en que han sufrido violencia sexual.

Aunado a lo anterior, es preciso recalcar que esta falta de información y desinformación sobre aborto no se da únicamente en el sistema de salud, sino que también es una constante en el sistema de justicia y en el sistema de protección. Las mujeres y otras personas gestantes están expuestas a desinformación constante que les hace creer que el aborto siempre es ilegal y que no pueden activar ningún recurso administrativo o judicial para acceder al mismo.

Al respecto, en su informe tras la vista a Ecuador realizada en 2019, la Relatora sobre violencia contra las mujeres constató que en el país existe un problema en la formación de operadores de justicia sobre estándares internacionales de derechos humanos que impiden sistemáticamente que estos sean aplicados⁸³⁸. Esta situación es extensible en el tema de aborto, pues desde el Estado no se ha registrado en estos años ni una sola capacitación al respecto, siendo gravemente preocupante que solo el 5% de operadores de justicia conozcan con claridad las causales de aborto legal⁸³⁹.

Según datos del Consejo de la Judicatura, en el año 2023 se realizaron 377 cursos de capacitación, formación continua y 1 curso de formación inicial y especialización con 159.333 operadores de justicia, entre ellos: jueces, fiscales, defensores públicos, secretarios, ayudantes judiciales, peritos, mediadores, equipos técnicos, miembros del Foro de Abogados, Policía

⁸³⁶HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁸³⁷ Ver:

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/121/46/pdf/g2012146.pdf?token=LUIIxCE109REd0uQG1&fe=true>

⁸³⁸ Ver:

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/121/46/pdf/g2012146.pdf?token=LUIIxCE109REd0uQG1&fe=true>

⁸³⁹ Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

Nacional, y estudiantes⁸⁴⁰. De estos procesos de formación ninguno versó sobre el tema de aborto.

Para ejemplificar lo dicho anteriormente, citaremos el caso de Norma Vs. Ecuador, actualmente en conocimiento del Comité de Derechos Humanos⁸⁴¹. Caso en el cual una niña de 12 años víctima de incesto fue obligada a una maternidad forzada a pesar de haber solicitado un aborto legal por causal salud. En el caso de Norma, la desinformación sobre aborto, combinada con la falta de información sobre el sistema de causales no le permitió activar ningún recurso adicional a la petición del proceso en el sistema nacional de salud. Esto a pesar de que su caso fue conocido por el sistema de justicia y protección, y de que ella manifestó en diversas ocasiones no desear continuar con ese embarazo. En el caso de Norma, ningún agente del Estado le brindó información sobre aborto legal. Simplemente le dijeron que este proceso no podría realizarse.

El caso de Norma ejemplifica los miles de casos de niñas, adolescentes, mujeres y personas gestantes que solicitan información o acceso a abortos y a las que se les informa que estos no son legales o que sus casos no cumplen con los requisitos para ser resueltos en el sistema de salud. También ilustra cómo el sistema de justicia y protección no les informa de su posibilidad de activar vías judiciales para acceder a un aborto cuando creen tener derecho al mismo y este ha sido negado. En el Ecuador existe una espiral de silencio⁸⁴² sobre la legalidad del aborto que causa que siga prevaleciendo la idea de que el mismo es ilegal.

Es claro que sin acceso a información sobre la existencia de un recurso (*principio de transparencia activa – informar sobre derechos*), no se puede esperar que las mujeres y otras personas gestantes puedan acceder en la práctica a este recurso cuando reciben negativas en el sistema de salud. Esto, pues más allá de que en teoría un recurso exista no implica que sea realmente efectivo y que esté a disposición de las personas. La falta de información sobre los recursos disponibles para la exigibilidad del derecho al aborto es, en consecuencia, una vulneración del derecho de acceder a la justicia de las personas, pues lo torna inefectivo. Asimismo, es un incumplimiento de la obligación de transparencia activa mediante la cual los Estados tienen la obligación de informar a las personas sobre sus derechos y sobre los recursos disponibles para exigirlos.

El estigma sobre el aborto obstaculiza el acceso efectivo a la justicia

En esta línea, otro de los obstáculos que atraviesan las mujeres para acceder a un recurso efectivo para garantizar su acceso al aborto legal es el estigma en torno al aborto que ha sido conceptualizado por Kumar, Hessini y Mitchell como “un atributo negativo asignado a las mujeres que buscan terminar un embarazo que las marca interna y externamente como inferiores al ideal de mujer”⁸⁴³.

De acuerdo con la investigadora Nina Zambelin⁸⁴⁴, las mujeres que interrumpen un embarazo rompen las expectativas sociales dominantes sobre la naturaleza del ser mujer a partir de tres elementos: a) la sexualidad femenina ligada a lo reproductivo; b) la maternidad como destino;

⁸⁴⁰ Ver: https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/InformeAnual_Consolidado_%20NACIONAL.pdf

⁸⁴¹ Centro de Derechos Humanos y SURKUNA (2016). Demanda en el caso de Norma vs Ecuador.

⁸⁴² La espiral del silencio es una teoría de la politóloga alemana Elisabeth Noelle-Neumann, donde estudia la opinión pública como una forma de control social en la que los individuos adaptan su comportamiento a las actitudes predominantes sobre lo que es aceptable y lo que no, para evitar sufrir estigma y ser excluidos por opiniones contrarias a esto.

⁸⁴³ Ver: <https://clacaidigital.info/handle/123456789/675>

⁸⁴⁴ Ver: <https://clacaidigital.info/handle/123456789/675>

y c) el instinto natural femenino de cuidado hacia los vulnerables. Es el desvío de esta norma el que causa tanto la criminalización de las mujeres que no cumplen con las expectativas de profesionales de salud de actuar como debería actuar una mujer que pierde un bebé, como que las mismas sean tratadas como malas mujeres pecadores, egoístas, irresponsables, asesinas.

Las normas que criminalizan el aborto acentúan estos estigmas. Según, el Relator Especial sobre el derecho a la salud en su informe sobre tipos penales que causan afectaciones en la salud, la penalización del aborto genera y perpetúa el estigma sobre el mismo⁸⁴⁵ generando un círculo vicioso entre criminalización y estigmatización.

Si bien son muchos los factores sociales y culturales que generan y agravan los estigmas, su penalización perpetúa la discriminación y genera nuevas formas de estigmatización...El estigma resultante de la penalización crea un círculo vicioso. La tipificación como delito del aborto empuja a las mujeres a buscar abortos clandestinos, posiblemente en condiciones peligrosas. El estigma resultante de un aborto ilegal y, por consiguiente, de una conducta delictiva, perpetúa la noción de que el aborto es una práctica inmoral y de que el procedimiento es intrínsecamente peligroso, lo que a su vez refuerza la continua penalización de esta práctica.⁸⁴⁶

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de México sobre el estigma señaló:

(...) la carga negativa asociada al concepto abortar, en relación con la posición en que socialmente se coloca a la mujer o persona con capacidad de gestar que atraviesa por tal evento. Es preciso eliminar el tratamiento que recibe esa expresión y que se empata, por virtud del diseño del sistema jurídico, con un crimen, pues esto se traduce en un efecto estigmatizante que perpetúa un estereotipo de género en relación con el rol de la mujer en la sociedad (...)"⁸⁴⁷

De acuerdo a la investigación sobre criminalización del aborto en Ecuador realizada por HRW, el estigma sobre el aborto repercute en el acceso al debido proceso por parte de las mujeres y en el uso de estereotipos de género en su contra y en contra de abogadas defensoras de las mujeres. Es otro de los obstáculos de acceso a la justicia para estas mujeres.

El estigma, también es interno. Pasa por la propia experiencia que tienen las mujeres al ser blanco de acciones de discriminación, de agresión u hostigamiento por parte de terceros que causa que internalicen sentimiento de culpa, vergüenza, ansiedad y otras emociones negativas que producen malestar y motivan el ocultamiento del proceso que desean realizar. Esto hace que sea muy complicado, que una mujer busque acceso judicial para garantizar el mismo, por el propio estigma que siente sobre su decisión. De acuerdo a investigaciones, esto causa que ellas prefieran acudir a un aborto inseguro a activar recursos legales o administrativos para acceder a un aborto legal⁸⁴⁸

⁸⁴⁵ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Interim Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Highest Attainable Standard of Physical & Mental Health to the General Assembly" UN Doc. A/66/254, 2011. Párr 34-35.

⁸⁴⁶ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Interim Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Highest Attainable Standard of Physical & Mental Health to the General Assembly" UN Doc. A/66/254, 2011. Párr 34-35.

⁸⁴⁷párr. 298 engrose

⁸⁴⁸ Ver:<https://clacaidigital.info/handle/123456789/675>

Activar un recurso para exigir la garantía de un aborto en Ecuador implica una carga desproporcionada para las solicitantes de este servicio de salud. La penalización del aborto, los discursos estigmatizantes predominantes sobre el mismo y la existencia de estereotipos de género en el sistema de justicia las exponen a situaciones que resultan ser nuevamente estigmatizantes y revictimizantes.

Por otra parte, el desconocimiento de los operadores de justicia sobre las causales legales de aborto en el Ecuador hace que, la posibilidad de efectividad del recurso es mínima, pues al desconocimiento de la ley se suma la fuerte carga de estereotipos de género existentes en el sistema de justicia que hacen que sea probable una decisión desfavorable.

A través del acompañamiento en casos de aborto legal, la organización Surkuna ha podido documentar numerosas situaciones en las que operadores de justicia (funcionarios de la policía, fiscalía y judicatura) obstaculizan el acceso a abortos legales poniendo trabas innecesarias debido a su desconocimiento y a los estereotipos que tienen⁸⁴⁹

Se ha documentado casos que demuestran que es común que jueces y fiscales malinformen a profesionales de salud sobre los requisitos necesarios para acceder a un aborto legal, señalando, por ejemplo, que se requieren requisitos que no están legalmente previstos⁸⁵⁰. También se identifican casos en los que los operadores de justicia llamado a efectuar diligencias relacionadas con casos de aborto legal - como la investigación del delito de violación- intenten criminalizar a los profesionales de salud o a las mujeres y personas gestantes que buscan el servicio⁸⁵¹.

Con el objetivo de ejemplificar esto citaremos un caso acompañado por Surkuna donde este tipo de prácticas son evidentes. Justina, una niña de 13 años que accedió a un aborto legal por violación en el hospital de Sucumbíos. El hospital notificó a fiscalía del procedimiento y solicitó que delegará a una persona para la toma de muestras de ADN e identificar al autor de la violación. El equipo de medicina legal llegó al hospital con este objeto. En el hospital el equipo de medicina legal en lugar de recolectar las muestras llamó a la policía para que tome procedimiento tanto contra el médico como contra la niña por el delito de aborto consentido, aduciendo que no existía una sentencia judicial que autorizara el proceso.

Asimismo, en varios talleres realizados por Surkuna en conjunto con la fundación Lunita Lunera y ACNUR, en Sucumbíos, Esmeraldas, Carchi y Tulcán se evidenció la falta de conocimiento del marco legal existente de aborto tanto en operadores de justicia como en oficiales del sistema de protección. Estos contaron experiencias de negación de información sobre aborto legal a niñas, adolescentes, mujeres y personas gestantes, donde su rol fue

⁸⁴⁹ SURKUNA. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destrabar-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

⁸⁵⁰ SURKUNA. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destrabar-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

⁸⁵¹ SURKUNA. “Destruir el acceso al aborto legal con cada acompañamiento. Barreras en el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación en Ecuador desde la vigencia de la Ley para regular la interrupción voluntaria del embarazo por violación”. Diciembre de 2022. Disponible en: <https://surkuna.org/recurso/informe-destrabar-el-acceso-al-aborto-legal-con-cada-acompanamiento/>

decirles que esta práctica era ilegal y advertirles que en caso de abortar notificarían a las autoridades para que se inicie un proceso penal en su contra⁸⁵²..

El estigma, sumado a la falta de información sobre los servicios de aborto y los recursos judiciales existentes, incide en que las garantías jurisdiccionales no sean recursos judiciales efectivos para garantizar el acceso a un aborto seguro.

Finalmente, en las investigaciones sobre vulneraciones al acceso al aborto legal se ha evidenciado la preocupación que tienen las mujeres y personas gestantes de que su información personal se revelada pues en dichos procesos no se les garantiza anonimato. La publicidad de este tipo información las disuade de activar mecanismos judiciales de acceso a la justicia en estos casos.

La tipificación del artículo 149 del COIP perpetúa estereotipos de género

La Corte IDH ha señalado que la creación y uso de los estereotipos de género “se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales”⁸⁵³.

Asimismo, la Corte también ha señalado que “justificar la violencia contra la mujer y, de alguna manera, atribuirles responsabilidad en virtud de su comportamiento es un estereotipo de género reprochable que muestra un criterio discriminatorio contra la mujer por el solo hecho de ser mujer”⁸⁵⁴.

En esta línea, otro de los factores que hace que las garantías jurisdiccionales no sean un recurso efectivo para garantizar el acceso a un aborto legal, es la reproducción de estereotipos de género fuertemente arraigados en el sistema de justicia, que son afirmados por el derecho penal a través de la imposición del mandato de maternidad, convertido en un mandato legal a través del artículo 149 del COIP.

Estos estereotipos se hacen evidentes en los fallos judiciales sobre violencia basada en género y sobre aborto. Al respecto, en la investigación realizada por Human Rights Watch sobre la judicialización de mujeres por aborto en Ecuador se establece que:

Muchos casos analizados por Human Rights Watch contenían indicios claros de que policías, fiscales y jueces trasladaban al caso estereotipos de género y religiosos que influyen en el trato y las condenas que recibían las acusadas. (...) Con frecuencia, los jueces establecieron condenas que parecían destinadas a castigar a las mujeres y niñas y convertirlas, según los roles estereotipados de la mujer, en modelos aceptables de comportamiento femenino e instruir las para que sean buenas madres. (...) Este tipo de condenas ponen de relieve cómo los estereotipos acerca de las mujeres como

⁸⁵² Talleres realizados por SURKUNA y Lunita Lunera sobre aborto por causal violación.

⁸⁵³ Corte IDH. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Párr. 213.

⁸⁵⁴ Corte IDH. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Párr. 216. Ver también: Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 183, y Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, párrs. 235 y 236.

cuidadoras maternas por naturaleza o como personas inmaduras que necesitan orientación correctiva influyen en los procesos y juicios.⁸⁵⁵

En el informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres en Ecuador⁸⁵⁶, realizado por la Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador, SURKUNA, INREDH y el Taller de Comunicación Mujer y presentado en la Audiencia Temática de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Bogotá en Marzo del 2018, uno de los graves obstáculos de acceso a la justicia para las mujeres es justamente el uso de estereotipos de género por parte de operadores de justicia, en el caso de mujeres criminalizadas por aborto. Según el informe:

En los casos de mujeres acusadas por aborto y parto se da el mismo fenómeno, más que un análisis de las pruebas existentes los casos se sostienen en base a prejuicios y estereotipos sobre la maternidad y la sexualidad femenina. Si bien afrontamos una problemática diferente, pues en estos casos hablamos de mujeres procesadas penalmente, existe un continuum en cuanto a la forma como la falta de capacitación y sensibilización de los funcionarios en materia de género, limita el acceso a justicia por parte de las mismas, ya que en estos casos también la conducta sexual previa de la mujer, y su comportamiento durante y después de la emergencia obstétrica son fundamentales para determinar si será denunciada o no, y por qué delito será procesada⁸⁵⁷.

La estigmatización en estos casos ha escalado al punto que han existido acusaciones penales fundamentadas en cuestionamiento sobre si una mujer “no lloro como lo hacen las madres cuando pierden un bebé” o “porque fue infiel”. Asumiendo que no cumplir con los roles y estereotipos sobre las formas como deben actuar las mujeres en determinadas circunstancias, las convierten en culpables de cualquier delito que se les impute, incluso si las pruebas no son suficientes para poder procesarlas⁸⁵⁸.

Esto también sucede en los casos de mujeres que buscan justicia por temas de violencia basada en género, femicidio o desaparición forzada. El mismo informe establece⁸⁵⁹:

Jueces, fiscales, defensores públicos y funcionarios judiciales e inclusive autoridades gubernamentales, al no comprender la naturaleza de los casos y la situación por la que atraviesan las mujeres víctimas de delitos en razón de su género, las someten constantemente a procesos de culpabilización y revictimización a través del cuestionamiento de sus comportamientos, la interrogación sobre las razones de la violencia, la naturalización de la violencia, entre otros.(...).

Otra forma de evidenciar la resistencia a la aplicación del enfoque de género y el uso de prejuicios, estereotipos y estigmas por parte de operadores de justicia, radica en la constante y permanente puesta en duda de los testimonios y declaraciones de las

⁸⁵⁵Ver: <https://www.hrw.org/es/report/2021/07/14/por-que-me-quieren-volver-hacer-sufrir/el-impacto-de-la-criminalizacion-del>

⁸⁵⁶ Ver: <https://surkuna.org/wp-content/uploads/2021/09/Informe-Acceso-a-la-Justicia-de-las-Mujeres-en-Ecuador.pdf>

⁸⁵⁷ Ver: <https://surkuna.org/wp-content/uploads/2021/09/Informe-Acceso-a-la-Justicia-de-las-Mujeres-en-Ecuador.pdf>

⁸⁵⁸ Ver: <https://surkuna.org/wp-content/uploads/2021/09/Informe-Acceso-a-la-Justicia-de-las-Mujeres-en-Ecuador.pdf>

⁸⁵⁹Ver: <https://surkuna.org/wp-content/uploads/2021/09/Informe-Acceso-a-la-Justicia-de-las-Mujeres-en-Ecuador.pdf>

mujeres en los procesos judiciales, esto sucede como una constante en todos los casos, sea la mujer víctima o procesada.

En los casos en que las mujeres son las víctimas de delitos por su condición de género, las mismas son desacreditadas durante el juicio, pues se considera que la violencia es algo sobre lo que las mujeres mienten, de tal forma que los jueces en muchos casos otorgan mayor credibilidad al testimonio de los agresores y perpetradores, en lugar de valorar lo dicho por las víctimas, aun cuando el testimonio tenga concordancia con otras pruebas.

En los casos de violencia contra las mujeres y tentativa de femicidio, el riesgo al que están expuestas las mujeres es constantemente puesto en duda por las autoridades judiciales, quienes niegan boletas de protección, órdenes de restricción e incluso la inclusión de las mujeres en el sistema de protección de víctimas y testigos, al considerar que “exageran” sobre el riesgo que corren y son “dramáticas”.

Un sistema de justicia donde predomina el uso de estereotipos y prejuicios basados en el género contra las mujeres y personas víctimas de violencia y contra las mujeres criminalizadas por aborto no es eficaz para garantizar el acceso a abortos legales por parte de las mujeres, niñas, adolescentes y otras personas gestantes que los soliciten.

Al respecto, la Corte IDH ha precisado que, para garantizar el derecho a vivir una vida libre de violencia consagrado en la Convención Belem do Pará, se requiere “la formulación de normas jurídicas y el diseño de políticas públicas, instituciones y mecanismos destinados a combatir toda forma de violencia contra la mujer, pero también requiere, la adopción y aplicación de medidas para erradicar los prejuicios, los estereotipos y las prácticas que constituyen las causas fundamentales de la violencia por razón de género contra la mujer”⁸⁶⁰, entre ellas, capacitaciones dirigidas al funcionariado estatal⁸⁶¹.

Las capacitaciones en temas de género que reciben los operadores de justicia en Ecuador son escasas y poco efectivas. Generalmente se hacen en plataforma virtuales de forma asincrónica y de acuerdo con el testimonio de muchos operadores de justicia, fiscales y jueces hacen que el personal a su cargo haga estos cursos en su lugar⁸⁶², lo cual repercute en que, en general, no existan operadores de justicia están capacitados, sensibilizados y formados en temas de género y mucho menos en temas de aborto legal. Las escasas capacitaciones en temas de género no son suficientes para deconstruir y erradicar estereotipos de género impuestos por mandato legal a través de la penalización del aborto consentido.

Esto significa que, incluso si las mujeres o personas gestantes logran activar las garantías jurisdiccionales, estas no serán necesariamente efectivas para garantizar el acceso al aborto legal. Pues, existe un contexto de discriminación estructural plagado de estereotipos de género (afirmados por la tipificación del aborto consentido) que ya ha sido reconocido por organismos internacionales en materia de derechos humanos como uno de los obstáculos más fuertes en el acceso a la justicia para las mujeres⁸⁶³.

⁸⁶⁰ Entrevista Heidy Miles. Integrante de Mujeres de Frente. Situación de las cárceles en Ecuador. La maternidad, menstruación y la salud sexual y reproductiva. yanada.elpodcast. marzo 2024. Ver en: [yhttps://www.instagram.com/p/C4diy9Wr-YS/](https://www.instagram.com/p/C4diy9Wr-YS/)

⁸⁶¹ Ibid. Párr. 218.

⁸⁶² <https://surkuna.org/wp-content/uploads/2021/03/LI%CC%81NEA-BASE-FINAL-para-web-sobre-el-grado-de-conocimiento-de-abogadas-y-abogados.pdf>

⁸⁶³ Ver:

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/121/46/pdf/g2012146.pdf?token=LUJlxCE109REd0uQG1&fe=true>

Vulneración del debido y el derecho a la defensa con la tipificación del aborto consentido

En el presente cargo, demostraremos que la penalización del aborto vulnera el derecho al debido proceso. Como ya explicamos arriba, el tipo penal aborto busca corregir las conductas de mujeres y personas gestantes a través de estereotipos, roles y prejuicios de género socialmente dominantes. Por estas características, la criminalización del aborto, genera patrones de ruptura de las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa. Así lo revelan diversas investigaciones realizadas en nuestro país.

Vulneración de la garantía de presunción de inocencia

La garantía de presunción de inocencia se encuentra establecida en el artículo 76 numeral 2 de la CRE e implica el derecho de toda persona a ser tratada como inocente mientras que no se demuestre lo contrario.

De acuerdo con la Corte Constitucional del Ecuador, los efectos jurídicos que se desprenden de esta garantía son los siguientes:

i) la presunción de inocencia es un derecho que limita al poder punitivo, tanto en lo legislativo como en lo procesal; ii) se debe presumir la inocencia de cualquier persona y, en consecuencia, se le debe tratar como inocente antes y durante el proceso sancionatorio; iii) la presunción de inocencia debe vencerse mediante pruebas lícitas de culpabilidad y se la debe declarar en sentencia; y, iv) la carga de la prueba la tiene quien ejerce las funciones de fiscal o la persona que acuse⁸⁶⁴.

Igualmente, la CCE ha reconocido que la presunción de inocencia no se restringe a materia penal, sino que posee una dimensión extraprocesal que hace que la misma pueda ser violada por cualquier autoridad pública:

39. Así también, este Organismo ha establecido que **la presunción de inocencia no se restringe, únicamente, a la materia penal, pues: (e)l derecho a la presunción de inocencia no solamente tiene cabida dentro de un proceso penal o con relación a este, sino también posee una dimensión extraprocesal**, dado que ‘la presunción de inocencia puede ser violada no sólo por el juez o una Corte, sino también por otra autoridad pública’. Por tal motivo, esta dimensión extraprocesal – fuera del proceso penal – lleva de suyo el derecho de las personas y la obligación de las autoridades a respetar la presunción de inocencia, y que por ende no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos correspondientes a esos hechos en otras relaciones jurídicas⁸⁶⁵.

La primera vulneración a la garantía de presunción de inocencia que se observa de forma sistemática en la criminalización de mujeres y personas gestantes por aborto es la presunción de la provocación de un aborto (presunción de culpabilidad) que se realiza desde el sistema de salud con base en prejuicios, estereotipos de género, cuando por ejemplo, asisten con emergencias obstétricas en curso. En estos casos, uno de los impactos más graves de la vulneración de la presunción de inocencia es el tratamiento de las mujeres y personas

⁸⁶⁴ Dictamen 1-23-DS/23

⁸⁶⁵ Dictamen 1-23-DS/23

gestantes como culpables. Esto genera estigma, violencia y criminalización en su contra y causa fuertes vulneraciones a sus derechos a la salud, a la vida, a la integridad, a la confidencialidad en salud, entre otros.

En estos casos de acuerdo con la Investigación realizada por HRW⁸⁶⁶, es probable que los profesionales de salud, sobre todo de los servicios públicos, denuncien a las pacientes debido a sus convicciones personales o porque presumen que cuando tienen una emergencia obstétrica relacionada con aborto es porque fue provocado. Este informe señala al respecto: "De la documentación disponible de los 148 casos revisados por Human Rights Watch, se incluyen registros de declaraciones realizadas por funcionarios de salud (...) que reflejan estas actitudes negativas y sentenciosas hacia el aborto"⁸⁶⁷.

Este informe también establece que en la criminalización de mujeres por aborto se evidencia el uso de estereotipos de género y la criminalización indiscriminada de cualquier mujer que atraviese alguna emergencia relacionada con su salud reproductiva, sin distinguir si la misma es provocada, espontánea o fue forzada. En tal sentido, precisa:

(...) en casi tres de cada cuatro casos examinados por Human Rights Watch, la judicialización se inició debido a la vulneración al secreto profesional. Se procesó a mujeres y niñas luego de que fueran denunciadas por profesionales de la salud de los hospitales públicos a cuyos servicios de emergencia acudieron buscando cuidados en su salud debido a que estaban teniendo un aborto en curso, un aborto incompleto o una emergencia obstétrica⁸⁶⁸.

Esto genera graves impactos en el ejercicio del derecho a la salud de las mujeres y otras personas gestantes, como ya lo reconoció la Corte IDH en el caso *Manuela vs El Salvador*⁸⁶⁹, en el cual estableció que la denuncia de mujeres que atraviesan emergencias obstétricas desde los servicios de salud, pone en riesgo los derechos de las mismas a la vida, salud e integridad, pues las disuade de acceder a servicios de salud por miedo a ser criminalizadas.

Estos impactos también fueron reconocidos por la Corte Constitucional del Ecuador que señaló que la penalización del aborto "(...) impide que ante situaciones de emergencia mujeres o personas gestantes acudan a hospitales o centros de salud por temor a ser denunciadas."⁸⁷⁰

La mayoría de estas denuncias por parte de profesionales de salud son realizadas por miedo a la criminalización, presión de las autoridades⁸⁷¹, estigmas contra el aborto o estereotipos de género. La mayoría denuncias se dan cuando las mujeres no muestran un comportamiento acorde a lo que los profesionales de salud consideran adecuados para una mujer que atravieza

⁸⁶⁶ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁸⁶⁷ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁸⁶⁸HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁸⁶⁹ Corte IDH. Caso *Manuela vs El Salvador*.

⁸⁷⁰ CCE. Sentencia 34-19IN y acumulados

⁸⁷¹ SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

un aborto, por ejemplo, no lloran⁸⁷². Una investigación realizada por la organización Surkuna, sobre estereotipos de género en el juzgamiento del delito de aborto consentido en Ecuador⁸⁷³:

(...) los estereotipos de género y el estigma que recaen sobre el aborto tienen graves consecuencias para las mujeres, pues quienes acuden a los hospitales públicos por complicaciones obstétricas relacionadas con el aborto —sobre todo mujeres empobrecidas, jóvenes y racializadas— son objeto inmediato de sospecha y castigo por parte del personal de salud; eso causa que cuando son criminalizadas también son estigmatizadas, maltratadas y se ejerce violencia obstétrica sobre ellas como forma de corrección de su comportamiento (...)”⁸⁷⁴.

Y señala que:

A partir de las sentencias revisadas podemos afirmar que en las historias las mujeres que son criminalizadas por aborto prevalecen varios estereotipos de género. Así, las mujeres que sufren las consecuencias de los estereotipos de género y el estigma que recae sobre el aborto —incluida su penalización— son criminalizadas y acusadas como “asesinas”, malas mujeres y malas madres por quienes se oponen a la despenalización del aborto; esto último tiene efectos sobre el trato que reciben en el sistema de salud y en el sistema de justicia (...)”⁸⁷⁵

Esto implica que en el sistema de salud ecuatoriano de forma permanente se vulnera el derecho de las mujeres a la presunción de inocencia, al sustituirla por una presunción de culpabilidad en base a estereotipos y preconceptos sobre las mujeres y la maternidad. Al respecto HRW, establece:

La criminalización del aborto implica que cada niña y mujer embarazada que sufre un aborto espontáneo enfrenta el riesgo de ser investigada y procesada por aborto si intenta obtener atención médica y el profesional de la salud sospecha que puede tratarse de un aborto consentido y la denuncia⁸⁷⁶.

(...)En Ecuador, las niñas y mujeres embarazadas pueden ser juzgadas si sus embarazos no conducen al nacimiento de un bebé sano. En los casos analizados por Human Rights Watch, las autoridades persiguieron penalmente en reiteradas oportunidades a mujeres por cuestiones de salud, incluyendo aquellas que habían sufrido emergencias obstétricas, o abortos espontáneos⁸⁷⁷.

De los 148 casos analizados por Human Rights Watch, el 81 por ciento corresponde a casos iniciados contra mujeres y niñas que se realizaron un aborto, sufrieron un aborto espontáneo o tuvieron una emergencia obstétrica; el 14 por ciento se dirigía contra acompañantes que ayudaron a la realización del aborto, y el 5 por ciento contra

⁸⁷² Estudio cualitativo sobre las principales rutas de acceso y barreras al aborto legal en Ecuador. Kaleidos- Centro de etnografía interdisciplinaria (2022).

⁸⁷³ SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

⁸⁷⁴ SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

⁸⁷⁵ SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

⁸⁷⁶ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁸⁷⁷ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

el profesional de la salud que realizó el aborto⁸⁷⁸.

Muchos profesionales de salud, de forma contraria a su obligación de garantizar el derecho a la salud de las mujeres y personas gestantes, tienden a ejercer roles de investigadores sobre los procesos de aborto de las mujeres, les hacen pruebas invasivas e innecesarias sin su consentimiento, las presionan para confesar un aborto provocado e inclusive condicionan su atención a que den declaraciones en el hospital sobre la forma en que el proceso de aborto sucedió. De acuerdo con el informe de HRW:

Algunos profesionales de la salud han asumido un papel más parecido al de los fiscales, dado que interrogan a las mujeres y niñas sobre su conducta, y no solo sus necesidades médicas, intentando encontrar pruebas de culpabilidad. Esos mismos profesionales luego declaran contra ellas en el proceso judicial, a pesar de tener una obligación de confidencialidad. Algunos profesionales de la salud han realizado exámenes invasivos a mujeres y niñas que no forman una parte legítima de su tratamiento médico sin obtener su consentimiento informado o sin un fundamento legal, como el examen forense de órganos genitales⁸⁷⁹.

Igualmente, en la revisión de expedientes realizada por Surkuna, para la investigación sobre estereotipos de género en las sentencias de aborto⁸⁸⁰, se evidencio esta práctica de los profesionales de salud de interrogar mujeres o someterlas a pruebas innecesarias debido a esta presunción de culpabilidad. Al respecto presentamos algunos fragmentos de estos casos:

En su ingreso al hospital fue revisada por una doctora que cumplía turno de emergencias, quien encontró una masa pastosa de color blanquecino que dio lugar a un interrogatorio en el que Isabel fue obligada a auto incriminarse, al declarar haberse realizado un aborto. De manera inmediata, la doctora avisó al resto del personal de salud y al ECU 911, con ello activó una red de castigo que incluyó a los internos del hospital, quienes sacaron fotografías que fueron presentadas como evidencia para entregar a Fiscalía⁸⁸¹.

Los testimonios y historias recogidas en estas investigaciones⁸⁸²⁸⁸³ son relevantes para poder dar cuenta de estas graves vulneraciones al principio de inocencia debida, con el objetivo de mostrar los impactos de la ruptura de esta garantía en los derechos de las mujeres y personas gestantes. A continuación citamos algunos de ellos en sus partes relevantes:

En 2017, Sara tenía 38 años y dos hijos. Se consideraba y creía ser demasiado mayor para volver a quedar embarazada. Cuando empezó a tener un sangrado fuerte, acudió a un hospital público en Quito. Un médico le diagnosticó infección de las vías

⁸⁷⁸ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁸⁷⁹HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁸⁸⁰SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

⁸⁸¹ SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

⁸⁸² SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁸⁸³ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

urinarias e indicó en su ficha médica que la infección había provocado un aborto espontáneo. Un médico que ingresó en el turno siguiente se hizo cargo de su atención. Empezó a interrogar a Sara por el sangrado y le preguntó si había tomado pastillas o intentado tener un aborto. La condición de Sara todavía no era estable y tenía fiebre alta; el médico llamó a la policía⁸⁸⁴.

Tanto Delfina, de 17 años, como Josefa, de 21, ambas afroecuatorianas, sufrieron abortos espontáneos y debieron acudir al servicio de emergencias para recibir atención médica. Las dos fueron denunciadas a la policía por el personal médico y acusadas del delito de aborto consentido⁸⁸⁵.

Una noche, sintió un fuerte dolor abdominal y la necesidad imperiosa de defecar. Luego de ir al baño, la llevaron al hospital con una fuerte hemorragia. Allí se enteró de que había dado a luz de manera prematura en el baño y que su hija había muerto. Los médicos del hospital la acusaron de haberse inducido un aborto y le preguntaron reiteradas veces qué pastillas había tomado. " A mí los médicos me trataron mal, a mí me consideraban como que yo era la culpable, no me trataron bien", contó Soledad. "Yo les decía que me dolía el estómago, no me tomaban en cuenta, ellos mismos me acusaban a mí". Los médicos llamaron a la policía y Soledad fue trasladada a un centro de detención en Latacunga, Cotopaxi⁸⁸⁶.

Esto muestra que la criminalización del aborto tiene un efecto devastador en el respeto a la presunción de inocencia y al debido proceso. Como podemos evidenciar en la información anteriormente examinada, la violación de la garantía de inocencia debida en los servicios de salud genera fuertes impactos en la vida, salud e integridad de las mujeres y personas gestantes. Transforma a los servicios de salud en espacio hostiles a los que ellas procuran no asistir.

Los miembros de la policía y fiscales también vulneran la garantía de inocencia debida. El primer momento en que se genera esta vulneración es en el mismo hospital al cual acude la policía para investigar el delito. Ahí se realizan interrogatorios sin seguir las reglas procesales pertinentes, pero además presionan a las mujeres y personas gestantes conjuntamente con el personal de salud - mediante la manipulación, el engaño o la amenaza- para que confiesen, condicionando inclusive su atención de salud en esta situación de emergencia a que lo hagan. De acuerdo al informe de HRW, los fiscales y tribunales suelen considerar como prueba las declaraciones de las acusadas dadas en entornos sanitarios y sin abogado, mientras están atravesando una emergencia, esta organización alerta de que muchas mujeres son interrogadas "mientras todavía estaban bajo los efectos de la anestesia "y que en muchos casos "para poder continuar recibiendo tratamientos médicos de emergencia, a la mujer o niña se le impone la condición de que haga una declaración".

Una historia ejemplificadora de esto, es la de Damarys, recogida en el informe de HRW, en esta historia se evidencia cómo los médicos y policía manipulan a Damarys para que confiese, incluso mintiendo sobre las consecuencias de esta confesión.

⁸⁸⁴ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁸⁸⁵ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁸⁸⁶ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

Como se mencionó anteriormente, Damarys tenía 16 años cuando decidió interrumpir un embarazo no deseado, para lo cual acudió a una clínica privada. Tuvo complicaciones y necesitó atención médica. La llevaron a un hospital público. Los médicos la interrogaron e informaron a la policía. Tanto la policía como los médicos le dijeron a Damarys que sería mejor que colaborara y les dijera la verdad, que ya habían obtenido información sobre ella a través de su historia clínica, que lo peor sería negar lo ocurrido y que, si confesaba, no le pasaría nada. (...) ⁸⁸⁷

Este tipo de tratos derivan de la presunción de culpabilidad, y por tanto constituyen una vulneración de la garantía de presunción de inocencia. Los mismos implican graves violaciones de los derechos e incluso pueden ser considerados como tortura y malos tratos en entornos de salud, al respecto el relator contra la Tortura ha establecido:

Los Estados tienen la obligación afirmativa de reformar las leyes restrictivas sobre el aborto que perpetúan la tortura y los malos tratos al negar a las mujeres el acceso al aborto y la asistencia en condiciones de seguridad. Sigue siendo motivo de preocupación que se limite o se condicione el acceso a la asistencia médica en los abortos, especialmente cuando se niega tal asistencia con el fin intolerable de imponer un castigo u obtener una confesión (A/HRC/22/53). En particular, la práctica de obtener confesiones, para emplearlas en juicios, de mujeres que precisan asistencia médica urgente tras haberseles practicado un aborto clandestino es constitutiva de tortura o malos tratos ⁸⁸⁸

72. En lo que respecta a los malos tratos en entornos sanitarios, el Relator Especial exhorta a los Estados a que: b) Despenalicen el aborto y garanticen el acceso al aborto legal y seguro, como mínimo en los casos de violación, incesto y deficiencia fetal grave o mortal y cuando la vida o la salud física o mental de la madre esté en peligro; d) Garanticen el tratamiento inmediato e incondicional a las personas que solicitan atención médica urgente, aunque sea como consecuencia de un aborto ilegal ⁸⁸⁹;

También la vulneración del principio de presunción de inocencia deriva en malos tratos en salud, derivados de la calidad de sospechosas de haberse provocado un aborto. Es así que se evidencia que las mujeres son dadas de alta cuando aún se encuentran graves de salud y que incluso en ocasiones la policía las lleva a unidades de detención o audiencias sin que su situación de salud haya sido solucionada. Se ha evidenciado la negación de medicamentos para el dolor y la generación de violencia obstétrica como parte del estigma derivado del aborto y de esta presunción de haberse practicado uno. Este maltrato y esta violencia que se sostiene justamente sobre la presunción de culpabilidad se mantiene en el sistema penitenciario donde les niegan atención en salud y son víctimas de violencia tanto por parte del personal penitenciario como por parte de otras mujeres privadas de la libertad. Al respecto es emblemático el caso de Soledad, recogido en el informe de HRW sobre criminalización de mujeres en Ecuador:

“Me llevó la policía”, dijo. “El doctor dijo que estaba bien, pese a que yo me paraba y me bajaba sangre y me dieron una toalla sanitaria. Mi esposo se arrodilló pidiendo que no me lleven, pero me llevaron. Estaba muy asustada y les pregunté: ‘¿Adónde me llevan? ¿Por qué me llevan?’ Al salir del hospital caminando, sentí mareos. Y así

⁸⁸⁷Ver: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/121/46/pdf/g2012146.pdf?token=6CGeBqfewAE0gWsWXR&f e=true>

⁸⁸⁸Ver: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>

⁸⁸⁹ Ver: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>

como estaba, me fui en la patrulla. “Cuando llegué a Latacunga, fue tres noches sangrando. Estuve empapada de sangre hasta la espalda. Les pedí que llamaran a los médicos; [les dije] que me iba a morir, y la policía me decía ‘silencio’... Nunca me dieron ningún medicamento ni me vio un médico. Al cuarto día, ya no sangraba tanto y poco a poco se fue quitando. Ningún médico vino a revisar si estaba viva o muerta. Luego me llevaron a otro pabellón y sentí miedo. Me llevaron a una sala de reuniones y me sentaron. Me dijeron: “Tú eres la que llegó con un problema por un bebé’... Tenía mucho miedo de que me lastimaran, porque en esos pabellones suelen hacer que las otras presas te golpeen”⁸⁹⁰.

En el caso de otra mujer criminalizada por aborto, la obstetra a cargo de la atención de la misma en su versión en fiscalía declaró: "se fueron con la paciente sin esperar medicamento nada", señalando que esto se hizo a pesar de que la misma se quejaba del fuerte dolor que sentía tras la intervención médica de la que fue sujeta⁸⁹¹.

Esto implica que la tipificación del delito de aborto consentido genera condiciones propicias para la criminalización de mujeres con complicaciones obstétricas espontáneas. También a estas mujeres en el ejercicio abusivo del derecho punitivo se les inflige intencionadamente dolores o sufrimientos graves absolutamente prevenibles.

Igualmente, en investigaciones se registra que la policía trata a las mujeres como culpables potenciando la generación de estigma en su contra tanto por parte del personal de salud como de otras usuarias. Al respecto el informe de HRW, establece:

La criminalización del aborto por parte de Ecuador también está llevando a los profesionales médicos, quienes deberían estar enfocados en asistir a las mujeres, a presentar denuncias penales en contra de ellas. Esto expone a las mujeres a un grado aún mayor de violencia, que incluye la violencia obstétrica. Poner a mujeres bajo custodia debido a la sospecha de que se han practicado abortos, mientras se encuentran en los hospitales para pedir atención médica, constituye una forma de violencia en su contra⁸⁹².

Otra vulneración al principio de inocencia debida se da durante la investigación del delito de aborto. En varios casos que las investigaciones analizan se evidencia que los fiscales a pesar de su obligación de actuar con objetividad y buscar pruebas de cargo y de descargo: no investigan las historias de las mujeres, ni practican pruebas de descargo. Se concentran únicamente en probar una culpabilidad que asumen como cierta desde que inicia el caso.⁸⁹³ En la investigación sobre estereotipos de género en las sentencias judiciales realizada por la Organización Surkuna, únicamente en el 5% de los casos analizados se ordenaron pruebas de descargo, esta misma investigación establece que:

Es relevante señalar que los testimonios de las mujeres que han sido procesadas por aborto no siempre coinciden con los hechos que narran los fiscales a cargo del caso —a pesar de que el COIP establece que las autoridades fiscales tienen que aportar

⁸⁹⁰ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁸⁹¹ JUICIO 0324-2013

⁸⁹² HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁸⁹³ Ministerio de Educación. Ecuador. Guía Básica de Actuación frente a situaciones de embarazo, maternidad y paternidad en adolescentes del sistema educativo. Disponible en: <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/01/GUIA-BOLSILLO-EMB-ADOL.pdf>

elementos de cargo y descargo—; en la mayoría de procesos no se recaban indicios que permitan probar las historias que plantean las mujeres, más bien fiscalía tiende a generar únicamente pruebas de cargo —que incluso podrían ser ilegales—, con el objetivo de demostrar la culpabilidad de las acusadas. A pesar de existir indicios de que las mujeres fueron obligadas o de que no usaron nada para provocarse el aborto, no registran ese tipo de pruebas⁸⁹⁴.

En concordancia con esto la investigación de HRW establece que:

En los casos que analizó Human Rights Watch, algunas mujeres que debieron enfrentar juicios penales por aborto consentido presentaron pruebas de que el aborto, en realidad, no fue consentido, y denunciaron que habían sido obligadas a practicárselo, en general por el hombre responsable del embarazo. En uno de los casos, una mujer dijo que el hombre le había introducido por la fuerza pastillas de misoprostol en la vagina. Muchas otras mujeres refirieron haber recibido medicamentos para inducir el aborto, sin su conocimiento o consentimiento, por su pareja que no tenía intención de convertirse en padre. Otras mujeres enjuiciadas denunciaron ante el tribunal haber sido objeto de presión o coerción emocional o verbal por parte de su pareja para realizarse un aborto. Aparentemente, la policía y los fiscales en estos casos no tuvieron en cuenta ni investigaron estos señalamientos (...) ⁸⁹⁵.

No existen indicios en la documentación judicial analizada de que estos señalamientos de violencia hayan sido investigados de manera independiente, ni que hayan dado lugar a la imposición de cargos o juicios, así como tampoco de que se hayan tomado medidas para garantizar el bienestar y la seguridad de la mujer o niña. En lugar de ello, era habitual que se cuestionaran, desacreditaran o desestimaran las explicaciones ofrecidas por las mujeres y niñas, mientras seguían su curso los procesos legales en su contra⁸⁹⁶.

La falta de investigación de los testimonios de las mujeres o de recolección de pruebas de descargo implica la vulneración de varias garantías del debido proceso. Responde básicamente a la existencia de una presunción de culpabilidad por parte de las mujeres y de estereotipos de género existentes sobre las mismas como mentirosas o exageradas, mismos que repercuten en su acceso a la justicia.

El principio de inocencia debida se vulnera también en las instancias judiciales, donde se evidencia que los jueces en sus razonamientos judiciales invierten la carga probatoria partiendo de la premisa de que las mujeres y personas gestantes son culpables. Esto se evidencia en sus razonamientos donde sin ninguna evidencia cuestionan las versiones de las mujeres y asumen que debían tener determinada información, aunque el mismo Estado no la provee, condenándolas en base a esas presunciones que se derivan de estereotipos y preconceptos de género. Para ejemplificar esto citamos algunos razonamientos judiciales contenidos en las investigaciones anteriormente mencionadas.

⁸⁹⁴ SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

⁸⁹⁵HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁸⁹⁶ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

Es el caso de Sandra, una mujer de 20 años, que vivía violencia por parte de su pareja. De acuerdo con su testimonio cuando ella quedó embarazada, su pareja la obligó a abortar mediante el uso de violencia, amenazándola incluso con una navaja para que se tomara las pastillas y se dejará introducir otras. En este contexto y para acreditar su testimonio, Sandra presentó pruebas de la denuncia previa de violencia donde incluso se acredita que su pareja la golpeó en el vientre para hacerla abortar. Esto no se investigó y en la audiencia de juzgamiento el Tribunal no le dio valor a su testimonio, aduciendo que los hechos de violencia no se habían producido en el hospital, ya que ningún profesional de salud había sido testigo de los mismos y eso hacía que la culpable del aborto fuera Sandra.⁸⁹⁷

El razonamiento judicial en este caso demuestra la falta de comprensión por parte de los jueces de cómo opera la violencia basada en género. Además evidencia cómo los jueces asumen la culpabilidad de las mujeres aun cuando existen dudas más que razonables sobre la existencia de causales de exclusión de culpabilidad como el estado de necesidad.

Maribel tenía 27 años cuando fue criminalizada por aborto consentido. En el momento en que se llevó a cabo el proceso contra Maribel, ella se encontraba embarazada de nuevo de 12 semanas, pero no tenía pareja. En su testimonio Maribel dijo que nunca tomó pastillas para abortar, y que solo tomó una pastilla para el dolor de cabeza, señalando incluso que por eso había buscado un nuevo embarazo. No obstante, los jueces pusieron en duda su testimonio, aduciendo incluso que ella buscaba burlarse de ellos al pretender que el aborto se había producido por la ingesta de un medicamento no abortivo.⁸⁹⁸

Estos casos son ejemplificativos de la forma cómo el sistema de justicia resuelve los casos de mujeres criminalizadas por aborto. Los mismos ejemplifican cómo constantemente son consideradas culpables y su testimonio es invalidado inclusive en contexto de violencia contra ellas.

Vulneración de la garantía de no obtener o actuar pruebas en violación de la constitución y la ley en relación con el artículo 66.11 de la Constitución, los principios penales establecidos en el artículo 5 del COIP

La garantía establecida en el artículo 76 numeral 4 es una garantía impropia y por tanto requiere el análisis de otra normativa para poder dilucidar si efectivamente en la obtención y actuación de la prueba se vulneran principios legales y constitucionales. En la presente acción las demandantes sostenemos que en la obtención y actuación de la pruebas en casos de aborto existen vulneraciones sistemáticas derivadas de los estereotipos de género sobre las mujeres y la maternidad.

Es así, que se observan violaciones frecuentes al debido proceso en materia probatoria. Estas vulneraciones pueden clasificarse en: 1. vulneraciones relacionadas con interrogatorios, versiones o testimonios; 2. vulneraciones relacionadas con la falta de objetividad en la obtención de la prueba; 3. vulneraciones relacionadas con el uso de pruebas no científicas, inexactas, ilegítimas u obtenidas sin consentimiento informado y 4. vulneraciones relacionadas con la violación de la confidencialidad de la información en salud.

⁸⁹⁷ SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

⁸⁹⁸ SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

En el primer caso para poder valorar cómo se vulnera la garantía de no usar prueba obtenida con violación de la CRE y la ley, debemos remitirnos a las siguientes disposiciones constitucionales: el derecho a la defensa, la prohibición de que una persona sea interrogada incluso con fines investigativos fuera de recintos autorizados y sin un abogado y los principios de no autoinculpación y de derecho al silencio.

Continuando con el presente análisis, los testimonios o versiones autoinculpatorios y la vulneración del derecho al silencio se violan en la gran mayoría de casos donde una mujer o persona gestante es procesada por aborto consentido incluso si esta no es privada de su libertad. La ley penal establece la prohibición de autoincriminación, por lo que obtener un testimonio violando esta garantía no puede ser admitido en un proceso judicial.

En la mayor cantidad de casos de mujeres denunciadas por aborto consentido desde los servicios de salud, se observa una constante violación de la garantía de no ser interrogadas en distritos no autorizados y sin abogadas, del principio de no autoincriminación (constitucional y penal) y de su derecho a guardar silencio.

Las mujeres criminalizadas por aborto consentido son interrogadas en el hospital, cuando se encuentran delicadas de salud, sin asesoramiento legal, ni presencia de un abogado. Son coaccionadas mediante manipulación o engaño, nunca se les advierten las implicaciones penales de su propio testimonio, ni se les informa de su derecho a guardar silencio. Tampoco se les informa que su testimonio debe ser dado ante una autoridad y que no fueron obligadas por alguien por autoridad sobre ellas. En la práctica lo que sucede es que los profesionales de salud y la policía les condicionan su atención a que se autoincriminen, la amenaza más frecuente es que si no declaran se van a morir porque no saben qué usaron o no las van a atender.

En 99 casos que analizó Human Rights Watch, las mujeres judicializadas por aborto fueron interrogadas por policías en el hospital sin la presencia de un abogado, en violación de lo establecido por la ley nacional, que reconoce el derecho a una defensa adecuada y dispone en forma expresa que nadie puede ser interrogado por la policía sin la presencia de un abogado⁸⁹⁹.

En las sentencias revisadas, las diecisiete mujeres que fueron procesadas por el delito de aborto consentido fueron reportadas desde los hospitales, ellas fueron interrogadas durante la anamnesis y también por los policías —cuando estos llegaron al hospital, luego de recibir el reporte de las autoridades hospitalarias—⁹⁰⁰.

Otra vulneración es la admisión de testimonios de personas depositarias de un secreto derivado de su estado, profesión o arte, que están prohibidos en el artículo 502.3 del COIP. Es así, que, en todos los casos de mujeres y personas denunciadas desde el servicio de salud, se registra la comparecencia y declaración en juicio de profesionales de la salud depositarios de secretos profesionales. Estos testimonios constituyen generalmente la prueba más importante para condenar a las mujeres y personas gestantes.

Las vulneraciones relacionadas con la falta de objetividad en la obtención de la prueba son inconstitucionales. Vulneran el principio penal de objetividad establecido en el artículo 5

⁸⁹⁹ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁹⁰⁰ SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

numeral 21 del COIP, que establece que "en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan".

En los procesos de mujeres y personas gestantes criminalizadas por aborto la garantía de una investigación objetiva es constantemente violada. Como señalamos, los fiscales parten de una presunción de culpabilidad derivada de prejuicios y estereotipos de género, y sólo investigan pruebas de cargo. Es así que en investigaciones incluso se demuestra que las versiones de las mujeres sobre lo sucedido son sistemáticamente ignoradas y puestas en duda, consideradas como no creíbles o no confiables. Nunca se investigan sus denuncias de violencia ni siquiera cuando las mismas podrían dar cuenta de que el aborto que se investiga es un delito cometido contra ellas, no por ellas -aborto no consentido-.

En la investigación realizada por Surkuna sobre estereotipos de género en las sentencias de aborto consentido, se observan dos fenómenos relacionados con esto:

No se investigan los hechos denunciados por las mujeres procesadas, estos en muchos casos podrían cambiar de manera radical el curso de la investigación; por ejemplo, testimonios de violencia o aborto forzado⁹⁰¹.

(...) en la mayoría de los procesos no se recaban indicios que permitan probar las historias que plantean las mujeres, más bien fiscalía tiende a generar únicamente pruebas de cargo —que incluso podrían ser ilegales—, con el objetivo de demostrar la culpabilidad de las acusadas. A pesar de existir indicios de que las mujeres fueron obligadas o de que no usaron nada para provocarse el aborto, no registran ese tipo de pruebas⁹⁰².

Igualmente, en el informe de HRW, existe una sección entera dedicada a la judicialización de sobrevivientes de violación y otras formas de violencia donde se denuncia que

De los 148 casos evaluados por Human Rights Watch, 8 de ellas manifestaron que habían sido víctimas de violación y 9 denunciaron haber sido víctimas de otras formas de violencia de género. En estos casos, los jueces no tuvieron en cuenta esa información como elemento exculpatario. Por ejemplo, uno de los casos analizados por Human Rights Watch describe la situación de una mujer embarazada que habría sido agredida físicamente por su cónyuge, lo que provocó la muerte fetal; sin embargo, fue condenada por aborto consentido⁹⁰³.

Muchas acusaciones de aborto no consentido, en especial de 2015 en adelante, incluyen señalamientos de agresión sexual mediante la inserción forzada de pastillas de misoprostol en la vagina de la mujer embarazada, por parte de la pareja, y sin el conocimiento o consentimiento de la mujer; otros casos refieren presión o coerción emocional o verbal por parte de la pareja para practicarse un aborto. De la

⁹⁰¹ SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

⁹⁰² SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

⁹⁰³ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

información obtenida de los casos, estas situaciones de violencia doméstica o acoso sexual no fueron investigadas, y lo declarado y relatado por las mujeres a menudo se cuestiona, desacredita o desestima en el proceso legal⁹⁰⁴.

En esta misma línea la organización Surkuna ha documentado:

Como se menciona en las secciones anteriores, pese a que en 5 casos (29,4%) se señala que sus parejas eran violentas, existe una omisión absoluta por parte del personal de salud y de justicia para indagar sobre esa violencia, su relación con el proceso de aborto e incluso con las categorías típicas como son la antijuridicidad y la culpabilidad. Ello hace que —en estos casos— los procesos que enfrentan las mujeres no cumplan con el estándar de debida diligencia investigativa y tampoco de juzgamiento con enfoque de género. Lo que ocurre es que se parte del estereotipo de que ellas son asesinas de bebés y no merecen el respeto de ninguno de sus derechos humanos⁹⁰⁵.

Esto implica además, el incumplimiento de la obligación estatal de garantizar la debida diligencia frente a la violencia de género. Tales garantías incluyen la obligación del Estado de investigar cuando ellas denuncian violencia en una relación, aún si esta denuncia se hace en el marco de un proceso penal en su contra y mucho más cuando ellas denuncian que esta violencia está relacionada con su proceso de aborto, pues esto podría generar escenarios de ausencia de antijuridicidad que ni siquiera son examinados.

Otra de las graves vulneraciones a este artículo radica en la utilización de pruebas inexactas, no científicas, ilegítimas u obtenidas sin consentimiento. La obtención de este tipo de pruebas es inconstitucional pues vulnera lo establecido en los artículos 453, 454.6, 459, 463 y 465 del COIP, siendo por tanto pruebas obtenidas en violación de la ley.

Un ejemplo de prueba no científica es la docimasia pulmonar. Un ejemplo de prueba inexacta es asumir que sustancias encontradas en la vagina son sustancias abortivas sin ningún tipo de pruebas. Otras pruebas indebidas son uso de documentos bajados de internet sin ningún respaldo, obtención de pruebas sin decirle a las mujeres que van a usarlas para la investigación penal, sin su consentimiento o con un consentimiento viciado -les toman muestras periciales como que fueran necesarias para un tratamiento en salud-. Estas pruebas a pesar de ser ilegales en la mayoría de los casos son admitidas y valoradas por los juzgadores. Al respecto, el informe de HRW ha encontrado que:

En varios casos, los profesionales de la salud realizaron a las mujeres pruebas invasivas que no eran parte legítima de su tratamiento médico, y se llevaron a cabo sin consentimiento informado o sin un fundamento legal, como el examen forense de órganos genitales. 192 En lugar de excluir las pruebas obtenidas en violación de los derechos de las mujeres, como la información confidencial sobre su salud, los fiscales utilizaron reiteradamente este tipo de prueba y los jueces la aceptaron⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁹⁰⁵ Maldonado, J; Peña, C. (2020). Maternidad y brecha salarial: ¿Penaliza el mercado laboral la maternidad?. Quito: FARO. Disponible en: Banco Central del Ecuador. Cuestiones Económicas. Volumen 30 Número 2.

⁹⁰⁶ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

Otro problema es que los peritos forenses a veces utilizan métodos que han sido desacreditados por la comunidad científica hace por lo menos dos siglos, como la “prueba de flotación pulmonar”, también llamada “prueba hidrostática o docimasia”, con la cual se pretende determinar si un neonato nació vivo o muerto, evaluando si los pulmones han experimentado respiración. No obstante, en tres casos analizados por Human Rights Watch, los fiscales se basaron en los hallazgos obtenidos a través de este método para presentar cargos de homicidio agravado, como se explicó antes en el caso de Soledad. Durante el juicio de Soledad, el fiscal presentó los resultados de la “prueba de flotación pulmonar” como parte de la prueba legal de que los resultados de “una asfixia por sofocación con obturación de vías respiratorias y una estrangulación, al examen de las docimasias, fueron positivos”. Aunque se trata de una prueba médica desacreditada, se tuvo en cuenta durante el juicio. Soledad fue declarada inocente, tras haber estado encarcelada cinco meses a la espera del juicio y durante este⁹⁰⁷.

La obtención de pruebas relacionadas con la violación de la confidencialidad de la información en salud es inconstitucionalidad pues vulnera el derecho a la privacidad, intimidad, protección de datos personales y confidencialidad en salud, establecidos en los artículos 66.11, 66.19, 66.20 y 362 de la Constitución. Esto es constante en los procesos de criminalización de mujeres por aborto y complicaciones obstétricas donde las principales pruebas son las historias clínicas, los testimonios de profesionales de salud depositarios de un secreto profesional, el uso de sus testimonios dados durante la atención en salud y las hojas de atención de emergencia.

Es así, que en muchos de los casos de mujeres criminalizadas por aborto estas pruebas son usadas y calificadas como legales por los jueces a pesar de su clara ilegalidad y de la existencia de precedentes jurisprudenciales interamericanos que lo establecen (ver caso Manuela vs. El Salvador). De acuerdo al informe de HRW:

En la mayoría de los casos, la principal prueba contra las mujeres y niñas que intentaron realizar un aborto consiste en la historia clínica, la hoja de atención en emergencia y el testimonio de los profesionales de la salud que denunciaron ante la policía a la mujer o niña, todo ello en violación del secreto profesional. El derecho ecuatoriano prohíbe el uso de pruebas obtenidas en violación de derechos establecidos en la Constitución 185. Sin embargo, en los casos analizados, al parecer, los tribunales habitualmente permitieron que se presentaran pruebas obtenidas en violación del derecho constitucional de las pacientes al secreto profesional⁹⁰⁸.

Falta de juzgamiento por un juez imparcial.

La última vulneración a las garantías al debido proceso que analizaremos es la falta de juzgamiento por un juez imparcial. La existencia de un contexto de discriminación histórica a las mujeres y la generalizada presencia de estereotipos de género en el juzgamiento de mujeres procesadas por el tipo penal de aborto consentido vulnera la garantía de juez imparcial. Los jueces generalmente parten de criterios sesgados en base al estigma existente de aborto, estereotipos de género que tienen como objetivo la imposición del mandato de la

⁹⁰⁷ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁹⁰⁸ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

maternidad a partir de la amenaza de coerción penal o la sanción penal. Al respecto el informe de HRW ha establecido:

Con frecuencia, los jueces establecieron condenas que parecían destinadas a castigar a las mujeres y niñas y convertirlas, según los roles estereotipados de la mujer, en modelos aceptables de comportamiento femenino e instruir las para que sean buenas madres. “Es bastante traumático el hecho de que el juez te diga que tú tienes la obligación de ser mamá. En una audiencia, el juez le dijo a mi defendida, que fue condenada a prestar servicio comunitario en un orfanato: ‘a ver si así aprenden a ser mamás’”, contó Cristina Torres, abogada defensora, a Human Rights Watch⁹⁰⁹.

Mientras estaba a la espera del juicio, a Patricia se le exigió hacer terapia psicológica en un centro llamado “Esperanza por una Vida Nueva”. El centro elaboró un informe que se presentó en el juicio, donde se indicaba que Patricia “ha asistido a terapia psicológica normalmente, en la que se ha mejorado su equilibrio emocional y eliminación de ideas irracionales, dándole de alta del tratamiento”. A Patricia también se le ordenó que realizara trabajo comunitario en el Centro Infantil del Buen Vivir, en la parroquia de su ciudad⁹¹⁰.

Este tipo de condenas ponen de relieve cómo los estereotipos acerca de las mujeres como cuidadoras maternas por naturaleza o como personas inmaduras que necesitan orientación correctiva influyen en los procesos y juicios. Los jueces a menudo condenaban a las mujeres y niñas a realizar tareas de servicio comunitario que parecían destinadas específicamente a transmitir mensajes ideológicos, por ejemplo, disponer que prestaran servicio comunitario en un orfanato o trabajar para “evitar los embarazos [adolescentes] precoces⁹¹¹”.

Es así como en Ecuador las mujeres judicializadas por aborto son condenadas en base a prejuicios y estereotipos de género.

Las sentencias sobre aborto consentido sugieren con frecuencia que la mujer es madre y garante del fruto de la concepción y constituye su obligación moral y social realizar actos para precautelar la indemnidad del ser en formación. Es decir, sin importar sus deseos, las mujeres son reducidas a instrumentos de reproducción.

En la sentencia expedida en el caso de Magdalena:

La madre es garante del fruto de la concepción que lleva en su vientre, y que el orden jurídico le exige la realización de actos de salvaguarda, dirigidos a cautelar la indemnidad del ser en formación.” (Peña Cabrera Freyre Alonso, Curso Elemental de Derecho Penal-Parte Especial 1, Tomo 1, Lima-Perú, 2013, p.166) Obligación que evidentemente no cumplió la procesada, toda vez que su accionar, generó la eliminación de la vida prenatal⁹¹².

⁹⁰⁹ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁹¹⁰ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁹¹¹ HRW. (2021) ¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2021/07/14/ecuador-criminalizar-el-aborto-vulnera-derechos-y-afecta-la-salud>

⁹¹² SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

En la sentencia de Ana:

Adoptó una actitud indiferente al momento en que se le mostró el feto muerto por parte del médico que la intervino. Esas circunstancias trascienden a una acción voluntaria y consciente; es más, en abono a los elementos mencionados, de acuerdo a lo consignado en el expediente clínico de la encausada, no había tenido un control prenatal (folios 105,107 y 111 del proceso principal), no presentó la tarjeta de servicios prenatales correspondientes (114 vuelto del proceso principal); y aunque el apelante aduzca que al momento en que le fue mostrado el fruto de la concepción, su cliente se encontraba “sedada”; nota esta Cámara que esa indiferencia la reflejó desde un inicio, cuando se le explicó el procedimiento médico a seguir (folio 138 del proceso principal) y también, consta que durante toda su estancia en el Centro Hospitalario se mostró “poco colaboradora” (Sentencia caso Ana)⁹¹³.

Estas sentencias de manera explícita se sostiene el tipo penal de aborto en estereotipos de género sobre el rol de las mujeres en la sociedad en tanto madres, donde las “buenas madres” deben además adecuar su conducta a ciertas ideas preconcebidas: sacrificio, sufrimiento, cuidado.

En la sentencia de Ana, el juez señala que la parte agraviada es la sociedad no la mujer que consintió el aborto. En esta sentencia, se evidencia la imposición del mandato de maternidad a partir de la penalización del aborto consentido, como un interés social abstracto, esto es la reproducción de la especie o continuar el rol materno en tanto papel fundamental de las mujeres en la sociedad.

En todas esas sentencias se impone el estereotipo de que la protección de la vida desde la concepción prima sobre la calidad de sujetos que tienen las mujeres, pues la instrumentalizan los cuerpos de las mujeres y personas gestantes. Las instrumentaliza pues son reducidas a incubadoras, sin deseos, pensamientos, sueños, proyectos de vida; ellas son pospuestas por la protección de una posibilidad.

Incluso en los casos en que los jueces ordenan la suspensión de la pena las condiciones que les imponen son discriminatorias. Les prohíben acudir a lugares de entretenimiento nocturno. Les obligan a someterse a tratamiento psicológico y de manera textual les mencionan que ello es para “que no se repita este tipo de actos” y aprendan a ser madres. Les asignan trabajo comunitario enfocado en trabajos de limpieza y de cuidados a otras personas, etc. Un estudio de Surkuna sobre estereotipos de género encontró que de 11 mujeres que accedieron a suspensión condicional de la pena a 5 se les puso la condición de abstenerse de frecuentar lugares proclives al consumo de alcohol o sustancias estupefacientes. A 8 se les dispuso someterse a tratamiento psicológico a fin de que no se repita este tipo de actos y a 6 se les ordenó trabajo comunitario relacionado con el cuidado de otras personas⁹¹⁴.

Tal concepción ignora que el embarazo es un suceso que se da en el cuerpo de una persona autónoma con deseos, derechos y dignidad, y más bien reproduce el mandato de la maternidad, constriñendo a las mujeres a ser madres mediante una amenaza penal. Por ejemplo, en la sentencia del caso de Maribel se ordenó realizar terapia psicológica para evitar

⁹¹³ SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

⁹¹⁴ SURKUNA (2023). Estereotipos de Género en las sentencias de aborto consentido. Inédita en proceso de publicación

que vuelva a tomar decisiones equivocadas y perjudiquen la crianza de sus hijos; lo que demuestra que se restringe la capacidad de tomar decisiones y patologiza la decisión de abortar. Eso, como se ha dicho, hace del derecho penal un medio para corregir comportamientos considerados inadecuados o inmorales evidenciando su arbitrario y por tanto inconstitucional.

Todo lo anterior da cuenta de la vulneración del debido proceso, el derecho a la defensa y sus garantías.

Incumplimiento de obligaciones internacionales por parte del Estado ecuatoriano sobre la regulación del aborto lo que inobserva los principios de constitucionalidad y convencionalidad

El bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad es el conjunto de normas y principios de derechos humanos que aunque no estén expresamente incorporados en la Constitución son considerados parte integrante de la misma y tienen jerarquía constitucional. El bloque de constitucionalidad se integra por dos vías: i) por remisión a los instrumentos internacionales o ii) por reconocimiento expreso de los derechos innominados. Estos últimos son aquellos derechos no establecidos en la ley pero que se derivan de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Debido al bloque de constitucionalidad, los instrumentos internacionales en Ecuador tienen un rol especial: tienen rango constitucional, son vinculantes y están por sobre la Constitución si brindan una mayor protección en derechos humanos. La incorporación de los derechos previstos en instrumentos internacionales de derechos humanos y su calidad vinculante está prevista en varios artículos de la Carta Magna.⁹¹⁵

Los artículos 11.7, 417 y 426 que se refieren a la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad no se limitan a tratados, convenciones y acuerdos. De ahí que tanto tratados como instrumentos internacionales en materia de derechos humanos tienen el mismo rango y jerarquía constitucional. Sobre estas bases, la CCE expresamente reconoce como fuentes de derecho tanto a los convenios internacionales de derechos humanos, como a “las declaraciones, la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte IDH, las observaciones generales de los comités de derechos humanos, los informes de los relatores temáticos y grupos de trabajo de las Naciones Unidas, las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, entre otros.”

La Corte Constitucional ha citado instrumentos internacionales como fuentes de obligaciones estatales incumplidas. Ciertamente, estas han incluido los clásicos tratados y convenios internacionales. Pero además, ha citado como fuentes de derecho a otros tipos de instrumentos internacionales. Las medidas para que los Estados cumplan sus obligaciones son desarrolladas en instrumentos basados en los tratados, convenios, declaraciones emitidas por los Estados, por órganos de supervisión y control establecidos bajo las reglas del derecho

⁹¹⁵ Artículo 3 numeral 1 que establece como deber primordial del Estado “garantizar sin discriminación el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”. Otras disposiciones en este sentido incluyen los artículos 10, 11 numeral 3, 11 numeral 7, 41, 58, 156, 172.

internacional. Sin el trabajo de estos organismos, los derechos humanos serían letra muerta sujeta a la voluntad política de los Estados. No serían derechos. De ahí que el bloque de constitucionalidad tiene un rol fundamental para la efectividad de los derechos humanos.

Los tratados internacionales y sus interpretaciones legítimas emitidas a través de observaciones o recomendaciones de sus órganos de supervisión, denominados en la constitución organismos de derechos humanos, suelen abordar derechos emergentes o aspectos del contenido de los derechos humanos, desarrollando y/o especificando las correlativas obligaciones estatales que no están desarrolladas en la Constitución de manera expresa, lo que a su vez dota de contenido y tiene sentido a la luz del principio de supremacía constitucional desarrollado en el artículo 424 de la CRE y el de interpretación más favorable contenido en el artículo 11 numeral 5.

Los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales también tienen un régimen de tratamiento particular en la Constitución. Se aplicarán bajo los principios pro ser humano, no restricción de los derechos humanos, aplicabilidad directa y cláusula abierta. (artículo 417) En caso de varias interpretaciones posibles, se preferirá la que mejor proteja el derecho en cuestión. Así, cuando una jueza o juez considere que una norma jurídica es contraria a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y consultará a la Corte Constitucional.⁹¹⁶

Los derechos contenidos en instrumentos internacionales pueden limitarse bajo un examen de alta justificación, pero nunca restringirse. Al igual que los derechos contenidos en la Constitución, los de los instrumentos internacionales son de inmediato cumplimiento y aplicación y no puede alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar su vulneración.⁹¹⁷ Por vía de la cláusula abierta, los derechos no se limitan a los vigentes a la emisión de la Constitución ni a los contenidos que se les dio al momento de la emisión. Incluyen los demás derechos y elaboraciones sobre estos que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano, de comunidades, pueblos y nacionalidades. La aplicación directa de los principios de derechos humanos, dispuesta en los numerales 5 y 7 del artículo 11 de la Constitución y el principio *pro homine*, requiere considerar tanto los acuerdos internacionales que tienen por objeto y propósito la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana, como también aquellos que, sin tener por objeto principal la protección de dichos derechos, atañen, afectan o interesan a la materia.

La obligación constitucional de adecuación normativa

De toda esta especial consideración a los derechos humanos, deriva una especial obligación interna. La Constitución ordena que toda norma jurídica se adecúe a la Constitución, tratados internacionales y a los demás derechos que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano, comunidades, pueblos y nacionalidades.⁹¹⁸ Esta obligación es de cumplimiento obligatorio para todo órgano con potestad normativa; no una mera facultad o permiso como lo ha confirmado la Corte Constitucional.⁹¹⁹ Como se explicó arriba, la diferencia entre

⁹¹⁶ Artículo 428 de la CRE.

⁹¹⁷ Artículo 26 de la CRE

⁹¹⁸ Artículo 84 de la CRE

⁹¹⁹ CCE, sentencia 11-18-CN-19, Matrimonio Igualitario, párrafo 220

tratado e instrumento que hace el derecho internacional es irrelevante en Ecuador. Dicho esto, la obligación de adecuar normativa establecida en el artículo 84 no se limita a tratados en sentido restrictivo.

La adecuación es a los derechos. La Corte Constitucional ha identificado las tres fuentes de derechos: i) la Constitución; ii) los tratados internacionales: cuando son normas más favorables, la Constitución y demás normas deben adecuarse a esos derechos; iii) los demás derechos necesarios para la dignidad de personas o comunidades, pueblos y nacionalidades.⁹²⁰

En el derecho internacional de los derechos humanos, el correlato –más amplio, eso sí– de la obligación interna de adecuación normativa es el principio de convencionalidad. Esta deriva del deber genérico de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales adquiridas y de otros principios específicos en el derecho internacional de derechos humanos.

Sobre el control de convencionalidad

Según el principio de convencionalidad, las normas, decisiones y actuaciones estatales deben ser establecidas, tomadas, interpretadas y aplicadas de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, genera el deber del Estado de ajustar, de adecuar su legislación, jurisprudencia e incluso y prácticas administrativas a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que reconocen y garantizan derechos y desarrollan su contenido.

En el sistema interamericano de protección de derechos, la Corte IDH ha desarrollado el “control de convencionalidad” basado en las obligaciones estatales previstas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de respetar y garantizar los derechos y libertades en ella y adoptar todas las medidas legislativas o de otra índole, necesarias para efectivizar los derechos y libertades de la convención. Esto implica que todas las leyes, normas y prácticas al interior de los Estados, así como las políticas públicas de los Estados, se adecúen a la CADH, tanto en su adopción como en su aplicación. Esta obligación comprehensiva y exigente debe cumplirse de buena fe y no permite invocar el derecho interno para justificar incumplimiento, según lo dispuesto por el principio *pacta sunt servanda* plasmado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁹²¹ Vale recalcar que esa obligación es común en los demás tratados internacionales de derechos humanos.

El control de convencionalidad es comprehensivo. Incluye tanto abstenerse de emitir y derogar todas las medidas incompatibles con los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, como tomar las medidas conducentes a esa efectivización. En tal sentido, para la Corte IDH,

Este deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la *supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación* a las garantías

⁹²⁰ *Ibíd*, párrafo 219

⁹²¹ Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1

y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 párr. 35. Ver texto completo en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1262.pdf>

previstas en la Convención. Por otra, la *expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia* de dichas garantías.⁹²²

Todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación *del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos*.⁹²³

Respecto a los entes obligados, la Corte IDH sostiene que el control “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.”⁹²⁴ Igual, las y los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles tienen la obligación de controlar *ex officio* la adecuación entre las normas internas y los tratados de derechos humanos.⁹²⁵

Dos principios de interpretación de instrumentos internacionales se relacionan también con el control de convencionalidad y la obligación estatal de adecuación a los instrumentos de protección derechos humanos entendidos comprensivamente.

Uno es el principio de *effet utile* o efecto útil. El fin del control de convencionalidad es garantizar no sólo la adecuación de las normas internas a la CADH, sino también, que los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su efecto y fin.⁹²⁶ Para ello, la Corte IDH ha señalado que además del texto de la convención y demás instrumentos regionales de protección de derechos humanos se deben tomar en cuenta las interpretaciones realizadas por la Corte IDH como intérprete última de los mismos.⁹²⁷

El otro es el principio de interpretación evolutiva implícito en el artículo 29 literales b y d de la CADH que rechazan interpretaciones de la convención que puedan limitar derechos y libertades o que puedan limitar la aplicación de otros instrumentos. Para la Corte IDH, “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. En consecuencia, para interpretar un tratado hay que considerar tanto los instrumentos formalmente relacionados con el mismo y el sistema en el que se inscriben⁹²⁸, como otros métodos de interpretación, tales como “los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado.”

⁹²² Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, párrafo 207

⁹²³ Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*, párrafo 93. Ver texto completo en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf

⁹²⁴ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, párr. 239. Ver texto completo en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

⁹²⁵ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso, (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*, párrafo 128. Ver texto completo en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

⁹²⁶ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros v. Perú*, párrafo 124. Ver texto completo en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

⁹²⁷ *Ibid.* Ver también, CADH artículo 62.1

⁹²⁸ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 31; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia*, párrafo 156. Ver texto completo en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf

En el contexto ecuatoriano, el principio de convencionalidad deriva del artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador que establece la preeminencia de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la legislación interna. Esto significa que los derechos reconocidos en ellos tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa por las autoridades estatales. Al establecer esta jerarquía, la Constitución hace que lo convencional se vuelva constitucional y que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos se conviertan en fuentes de derecho.

Con respecto a los entes obligados y el universo de medidas sometidas al principio de convencionalidad, la visión de la Corte Constitucional coincide con la de la Corte IDH. El principio de convencionalidad obliga a “conocer y aplicar los estándares internacionales [de derechos humanos] del mismo modo que lo harían con los preceptos constitucionales”. A la vez, en Ecuador, la adecuación normativa impone una obligación con objeto amplio:

Las normas a adecuarse son las leyes y las “demás normas jurídicas.” La palabra ley hace referencia a las normas expedidas por la Función Ejecutiva. Las “demás normas jurídicas, siguiendo la enumeración que consta en el artículo 425, se deben entender que son “la Constitución; los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los derechos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.” Cada una de esas normas, según la Constitución, tiene autoridades con sus competencias normativas asignadas y también sus procedimientos. Así, la obligación de adecuar la Constitución corresponde a la Asamblea Constituyente o a la Asamblea Nacional; las leyes corresponden a la Asamblea Nacional; los reglamentos, a la Función Ejecutiva; las ordenanzas, al Concejo Municipal. La jurisprudencia, fuente de la que emanan normas jurídicas vinculantes, también debe ser adecuada, si corresponde a los instrumentos internacionales de derechos humanos, como es el caso de las opiniones consultiva [s/z] de la Corte IDH, corresponde a la Corte Constitucional, cuando se refiere a legislación ordinaria, a la Corte Nacional.⁹²⁹

La Corte Constitucional debe adecuar en su jurisprudencia los derechos a los instrumentos jurídicos que establecen nuevos derechos o derechos más favorables a los reconocidos en la Constitución.⁹³⁰

El control de convencionalidad corresponde a toda autoridad, órgano o poder público. Vincula a todos los operadores de justicia, jueces y juezas, tribunales y altas cortes, incluida la Corte Constitucional y también fiscales y personas que se dediquen a la defensa pública; a la Asamblea Nacional y a todos los entes con facultades normativas; y a entes administrativos, como por ejemplo, el Registro Civil y las Fuerzas Armadas. Ahora bien, como dice la Corte IDH y recoge la Corte Constitucional, el control de convencionalidad es subsidiario y

⁹²⁹ CCE, *sentencia 11-18-CN-19, Matrimonio Igualitario*, párrafo 218

⁹³⁰ *Ibíd.* p.221

complementario. El mecanismo “obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno.”⁹³¹ Eso no significa que sólo corresponda a los entes con funciones judiciales sino que en última instancia estos son los encargados de resolver internamente. El control de convencionalidad por parte de la Corte IDH opera cuando los controles internos fallan.⁹³²

En todo caso, las normas, decisiones, legislación, jurisprudencia y demás actuaciones estatales deben ser coherentes y consistentes con los estándares internacionales de derechos humanos; con más razón cuando la legislación nacional no los contemple de manera explícita o los contradiga. El control de convencionalidad en conjunto con el deber de adecuación rechazan la incompatibilidad entre lo que se acuerda casa afuera y lo que se hace casa adentro, en materia de derechos humanos.⁹³³

Esto significa que el Ecuador debe activar toda su articulación institucional y adecuar su normativa –inclusive la constitucional– y sus prácticas administrativas para respetar, proteger y cumplir derechos humanos y garantizar el respeto a la dignidad humana. Implica tres obligaciones concretas: i) expulsar del sistema jurídico la norma contraria al instrumento internacional; ii) interpretar las normas internas conforme al sistema internacional de derechos humanos; iii) aplicar y adecuar las prácticas aún cuando haya adecuación formal.⁹³⁴ La aplicación directa implica que para gozar de un derecho no se requiere norma. Si se trata de garantizar derechos, particularmente si se trata de grupos discriminados, la aplicación convencional es directa y no requiere necesariamente regulación legislativa.⁹³⁵

Esta obligación corresponde respecto a todos los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables a Ecuador sea que correspondan al sistema de la Organización de las Naciones Unidas, al sistema regional interamericano, al sistema andino de integración en la materia.⁹³⁶

En ese sentido, las recomendaciones que realizan al Ecuador los comités de protección son vinculantes en tanto provienen de órganos que nacen de instrumentos ratificados por el país. Como señala la Corte Constitucional en el caso del matrimonio igualitario.

Muchos tratados tienen órganos de aplicación e interpretación de sus normas. En el caso de la CADH son la Corte y la Comisión IDH. En otros, como, por ejemplo, la Convención de los Derechos de los Niños es el Comité de Derechos de los Niños; en el de la CEDAW es su Comité; el del Pacto de Derechos Civiles y Políticos es el Comité de Derechos Humanos. El control de convencionalidad debe hacerse tomando en cuenta lo expresado en el texto

⁹³¹ Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*, párrafo 94

⁹³² *Ibid.*

⁹³³ Como indica el juez interamericano García Ramírez, “[d]e lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.” Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 2. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso, (Aguado Alfaro y otros)*. Texto completo en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

⁹³⁴ CCE, sentencia 11-18-CN-19, Matrimonio Igualitario, párrafo 226

⁹³⁵ *Ibid.* 227

⁹³⁶ *Ibid.* 273

como lo resuelto en casos o interpretaciones de los tratados realizado [sic] por los órganos de supervisión del tratado.⁹³⁷

Así ha procedido ya la CCE. En la sentencia 1894-10-JP en un caso de discriminación a mujeres en contexto de educación por embarazo, la corte encontró “contravención a instrumentos internacionales que son parte de nuestro ordenamiento jurídico.” Se trató de dos tratados, la Convención de Belem do Pará y la CEDAW, y de tres recomendaciones generales del Comité CEDAW: la Recomendación 36, párrafo 24; la Recomendación 18 y la Recomendación 29. En la 36, la sentencia de la CCE expresamente señala como incumplidas las medidas “erradicar políticas, directrices y prácticas que discriminen a las niñas y mujeres en el sector educación” y “modificar o suprimir las leyes o políticas que autoricen la expulsión de las niñas y maestras embarazadas...” Con estos fundamentos, la CCE confirmó la vulneración de derechos y dispuso, entre otras medidas, el desarrollo de “políticas acordes a los instrumentos internacionales” y “abstenerse de emitir normas, políticas, actos o institucionalizar prácticas que atenten contra la igualdad y no discriminación de las personas por calidad de mujer, condición de embarazo, estado civil, maternidad, paternidad o discapacidad.”⁹³⁸

Sobre las normas y desarrollos interpretativos de organismos internacionales y las recomendaciones aceptadas por el Ecuador respecto a la despenalización del aborto y políticas de acceso.-

Diversas normas internacionales vigentes son pertinentes al revisar la constitucionalidad y convencionalidad de la tipificación del aborto como un delito y determinar el deber de adecuación normativa. Las normas contentivas de derechos pertinentes a esta acción son:

1. Sobre igualdad y no discriminación: los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por Ecuador en 1969), los artículos 2.2, 3 y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado por Ecuador en 1969), el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (ratificada por Ecuador en 1977), el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (Protocolo de San Salvador, ratificado por Ecuador en 1993) y la Convención CEDAW.
2. Sobre salud, incluida la salud sexual y reproductiva: el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; los artículos 10.1 y 10.2.f. del Protocolo de San Salvador (acceso a servicios de salud a personas de más alto riesgo y en especial vulnerabilidad por pobreza)
3. Sobre una vida libre de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes: artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en conexión con los artículos

⁹³⁷ Sentencia 10-18-CN/19, párrafo 274

⁹³⁸ *Ibíd.* párrafo 84.b.ii y 84.b.vi

1 y 2 de la, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

4. Sobre vida y vida digna: el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Sobre vida privada: el artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que incluye el derecho a la autonomía reproductiva.

Varios organismos internacionales se han pronunciado sugiriendo y exhortando a los Estados a eliminar el delito de aborto de los códigos penales y a regularlo como un servicio de salud. Estos incluyen: la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud (2011, 2016, 2018, 2021, 2022); el Comité CEDAW (1999, 2017); el Comité de Derechos Humanos (2019, 2000); el Comité sobre los Derechos del Niño y de la Niña (2015, 2016, 2021); el Comité DESC (2000, 2016, 2017), la Relatoría Especial sobre la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (2013 y 2016 y 2016); el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, MESECVI(2015), e incluso la OMS en su Guía de Atención al aborto de 2022. Además, la Relatoría sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental ha señalado que **la eliminación del delito de aborto debe ser inmediata ya que no constituye una carga pesada desde el punto de vista de los recursos, ni siquiera de mínimos**, El Comité CEDAW ha dicho incluso que la penalización del aborto es una forma de violencia en razón de género.

Además, diversos organismos internacionales de derechos humanos también han recomendado específicamente al Ecuador derogar las leyes que penalizan el aborto. Entre éstos: el Relator Especial sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2020), la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias (2020), el Comité de la CEDAW (2021), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2019), el Comité de Derechos del Niño (2017), entre otros.

En este punto es importante resaltar, que en el marco del último Examen Periódico Universal (EPU) realizado a Ecuador en 2022, el Estado ecuatoriano aceptó las recomendaciones realizadas por diversos estados relativas a la despenalización del aborto, asumiendo con ello una responsabilidad ante la comunidad internacional e internamente ante las mujeres y personas con posibilidad de gestar.⁹³⁹ En virtud del principio de buena fe el Estado tiene la obligación internacional de implementarlas. Detallamos para conocimiento de la Corte Constitucional que las obligaciones aceptadas por el Estado ecuatoriano son:

101.13 Despenalizar el aborto y garantizar el derecho al acceso universal y seguro a los servicios de salud sexual y reproductiva (Islandia);

⁹³⁹ NNUU, Consejo de Derechos Humanos. 52º período de sesiones 27 de febrero a 31 de marzo de 2023. Examen periódico universal.
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g22/608/13/pdf/g2260813.pdf?token=LrIG8egGrpFGNsH5KN&fe=true>

101.14 Legalizar el aborto en caso de violación, incesto, amenaza para la vida o la salud de la mujer embarazada o malformación grave del feto y despenalizarlo en todos los casos (México)

101.15 Asegurar el acceso oportuno y efectivo a servicios de aborto seguros y legales de todas las embarazadas que lo necesiten (Sudáfrica).

Lo anterior demuestra la incompatibilidad del artículo 149 Código Orgánico Integral Penal con el bloque constitucional respecto a obligaciones derivadas de compromisos internacionales asumidos por el Ecuador. Con base en este cuerpo normativo, cortes y tribunales en la región como las Cortes mexicana y colombiana han despenalizado el aborto ya que son normas que resultan inconstitucionales, discriminatorias y violatorias de la dignidad, autonomía, igualdad, libertad de conciencia y de los derechos fundamentales de mujeres, niñas y personas con capacidad de gestar. La Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado en esta misma línea en su sentencia 34-19-IN/21 y acumulados al conocer sobre la penalización del aborto en la causal de violación. Sus razonamientos y conclusiones refuerzan la necesidad de despenalizar el aborto en todas las causales ante la inconstitucionalidad e inconventionalidad de la norma demandada. Por aplicación de los deberes de adecuación normativa, de control de constitucionalidad y convencionalidad y de aplicación directa, la Corte Constitucional no tiene la opción sino el deber de expulsar del código penal el delito de aborto que previene el goce efectivo de derechos humanos reconocidos internacionalmente a mujeres y personas gestantes.

CONCLUSIONES GENERALES

La penalización del aborto es una norma discriminatoria que perpetúa estereotipos de género y constituye una forma de violencia basada en género. Significa una intromisión estatal indebida en la autonomía y vulnera los derechos a la igualdad formal y material, a la dignidad humana vinculada a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, al proyecto de vida, a la libertad de creencias, a la salud y a los derechos sexuales y derechos reproductivos con relación a los derechos a la vida e integridad de las mujeres embarazadas o personas gestantes y con posibilidad de abortar. Es, en síntesis, una norma desproporcionada e irrazonable, y por tanto, inconstitucional.

La norma demandada interfiere con el derecho que tienen las mujeres y personas gestantes a autodeterminarse y tomar sus propias decisiones que le permitan llevar a cabo su proyecto de vida y ejercer la autonomía sobre sus cuerpos. Las somete de forma obligatoria a las transformaciones sociales, fisiológicas y psicológicas que ocurren durante y por el embarazo pese a que son sujetos de plenos derechos y no instrumentos de reproducción a quienes se pueda imponer mandatos estereotipados, creencias dominantes, religiosas o no, para constreñirlas a aceptar una determinada ética o moral.

Respecto del principio de igualdad y no discriminación en sus dos dimensiones. La criminalización del aborto contraviene la prohibición de establecer diferencias de trato arbitrarias. La norma demandada está basada en estereotipos de género que afectan únicamente a las mujeres y personas gestantes. Ello debido a que, por su condición biológica, son las únicas que pueden concebir. Lo anterior resulta particularmente grave si se tiene en cuenta que son también quienes sufren en mayor medida los impactos de la desigualdad

estructural generada por la brecha de género que, además, afecta desproporcionadamente a los grupos poblacionales más vulnerables, constituyendo un factor que contribuye a mantener la discriminación estructural de la que son víctimas.

También vulnera la igualdad y no discriminación en su dimensión positiva, porque, al mantenerla vigente, el Estado no cumple con su obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. Refuerza el rol de la maternidad como único destino de las mujeres y personas gestantes, el cual debe ser cumplido aún a costa de significar graves afectaciones a sus derechos fundamentales y sacrificando sus proyectos de vida.

La penalización del aborto vulnera gravemente el derecho a la salud, salud sexual, salud reproductiva y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, niñas y personas gestantes. Su regulación como servicio de salud y, a la vez, como delito vulnera obligaciones estatales y profundiza numerosas barreras estructurales para acceder a un aborto. Obstruye y dificulta el acceso a servicios esenciales para las mujeres y otras personas gestantes, especialmente para aquellas que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad como resultado de la discriminación interseccional que enfrentan (niñas, mujeres rurales, indígenas y afroecuatorianas, mujeres que viven en situación de pobreza, entre otras). Como consecuencia, el delito de aborto contradice la obligación del Estado de facilitar, afirmar y promover el derecho a la salud con el máximo de los recursos disponibles, pues no se puede facilitar y promover el acceso a un servicio esencial de salud que es considerado un delito.

La norma demandada prohíbe el acceso al aborto cuando el caso no se subsume a las causales contempladas en el artículo 150 del COIP. Es decir que quienes a la fecha no se encuentran amparadas por las causales deben recurrir a abortos en condiciones inseguras poniendo en riesgo su vida y principalmente su salud, como lo demuestran las actuales cifras de mortalidad y morbilidad materna en el Ecuador. Ante esta situación es necesario regular el aborto como un servicio de salud mediante normas sanitarias.

Al mantener vigente esta norma, el Estado no adopta las medidas necesarias para prevenir los abortos en condiciones de riesgo y no vela por el acceso a educación e información integrales sobre la salud sexual y salud reproductiva que no sean discriminatorias. Tampoco garantiza el acceso mínimo esencial a este servicio de salud reproductiva bajo los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Esto afecta en particular a las niñas, adolescentes, mujeres y personas gestantes que pertenecen a los sectores más vulnerables y discriminados.

Con ello, el Estado también incumple sus obligaciones internacionales inmediatas respecto al derecho a la salud, a saber: i) la obligación de cumplir en niveles mínimos y sin discriminación con el derecho a la salud sexual y reproductiva; ii) la obligación de protección, ya que la norma genera, mantiene y profundiza barreras de acceso al aborto que provienen de terceros particulares; y iii) la obligación de respeto, pues la norma demandada constituye una injerencia indebida en el derecho a la salud que afecta a las mujeres que se encuentran por fuera de las causales autorizadas.

La evolución del bien jurídico protegido por la penalización del aborto pasó de “orden de las familias y la moral pública” en 1872 a “la vida” en 1938. La criminalización del aborto basada en las concepciones morales derivadas de la religión predominante es incompatible con la oficial laicidad del Estado. En la práctica, viola no sólo la libertad de credo en el Ecuador

sino, además, la cláusula de igualdad y no discriminación y el cúmulo de derechos de mujeres y personas con posibilidad de gestar, como se explica en esta demanda.

La penalización del aborto vulnera el derecho de tutela judicial. Impone una presunción de culpabilidad incluso contra quienes buscan acceder al aborto amparadas en las causales legales ya establecidas, quienes llegan a los hospitales en emergencia obstétrica o simplemente en busca de información sobre el aborto. Los estereotipos de género que subyacen a la criminalización del aborto permean los procesos a los que son sometidas quienes abortan y condicionan incluso la suspensión condicional de la pena de las sentenciadas, con disposiciones que perpetúan esos estereotipos.

La penalización del aborto vulnera también el derecho al debido proceso.

La penalización del aborto implica que Ecuador incumple varias obligaciones internacionales expedidas por organismos internacionales de derechos humanos que han reiterado que la despenalización del aborto, junto con una reglamentación adecuada (por vías distintas a la penal) y la prestación de servicios seguros y accesibles, es el método más expeditivo para proteger íntegramente el derecho a la salud. En este punto es importante que estas obligaciones han sido ratificadas en el último Examen Periodo Universal y que han sido reconocidas como válidas por el Estado ecuatoriano a través del Ministerio de la Mujer y Derechos Humanos.

Con base en lo anterior, las demandantes sostenemos que resulta fundamental analizar la inconstitucionalidad de la norma demandada a la luz de los más altos estándares desarrollados en materia de derechos humanos. Así también, analizarla considerando los pronunciamientos de los intérpretes auténticos de los tratados internacionales ratificados por el Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos, órganos de tratados de Naciones Unidas) y con relación al alcance de las obligaciones internacionales asumidas por el Ecuador en el marco del cuarto examen periódico universal.

Estas consideraciones son necesarias no solo por los efectos negativos de la penalización del aborto en derechos humanos. También para velar por que el efecto útil de las disposiciones de la CADH y demás instrumentos de derechos humanos pertinentes en este caso no se vean mermados por la aplicación de normas internas contrarias a su efecto.

En virtud de lo expuesto, reiteramos que la norma demandada no es idónea, necesaria ni proporcional para proteger la vida desde la concepción. En cambio, sí constituye una injerencia desproporcionada, arbitraria e inconstitucional en el derecho a la salud y salud reproductiva de las mujeres y personas gestantes convirtiéndose en una forma de violencia institucional basada en género. Por lo que en virtud de los principios de interpretación evolutiva de los derechos humanos y de los tratados que los contienen y del principio de buena fe en relación con los compromisos internacionales asumidos por el Ecuador y en aplicación del control de convencionalidad, la Corte Constitucional, al conocer esta acción de inconstitucionalidad, **deberá resolver favorablemente nuestra solicitud de que se declare la inconstitucionalidad de la norma demandada y se elimine el artículo 149 del Código Orgánico Integral Penal. (Énfasis añadido)**

SOLICITUD SALTO DE ORDEN CRONOLÓGICO Y DE TRAMITACIÓN URGENTE

El segundo inciso del artículo 7 del RSPCCC establece que los casos de conocimiento de esta Corte se tramitarán y resolverán en orden cronológico salvo situaciones excepcionales debidamente fundamentadas.

En este orden de ideas, su autoridad ha expedido la Resolución Interpretativa Nro. 003-CCE-PLE-2021 de la Norma de Trámite y Resolución en Orden Cronológico y las Situaciones Excepcionales a través de la cual ha precisado que la regla de la cronología en el trámite y resolución de las causas y sus respectivas excepciones, debidamente fundamentadas.

Las excepciones señaladas por su autoridad son varias, sin embargo, dentro de la presente acción invocamos las siguientes:

El paso del tiempo va a privar a la suspensión provisional del acto impugnado de su efecto útil como cuando la presunta víctima es una niña, niño o adolescente o una persona o grupo en situación de vulnerabilidad.

La existencia del delito de aborto causa graves vulneraciones a los derechos humanos y graves impactos en la vida de niñas, adolescentes, mujeres y personas gestantes. Esto pues la penalización del aborto es el mayor obstáculo que enfrenten las mujeres y otras personas gestantes para acceder a servicios de salud seguros y lograr sus objetivos en salud. La existencia de esta norma es en sí misma una forma de violencia basada en género que afecta desproporcionadamente a las mujeres y personas gestantes más vulnerables, lo que en muchos casos las obliga a buscar servicios clandestinos y en ocasiones inseguros para abortar o en caso de no hacerlo se ven forzadas a la maternidad.

Al ser el embarazo un proceso con una temporalidad limitada, entre 38 y 42 semanas, el tiempo con el que cuentan las mujeres y personas gestantes para poder llevar a cabo su decisión de abortar es limitado, siendo que cada día que pasa sin que esta acción sea discutida se condena a miles de niñas, adolescentes, mujeres y personas gestantes a abortos peligrosos o maternidades forzadas.

En este punto, es necesario considerar que la penalización del aborto consentido contenida en el artículo 149 del COIP afecta desproporcionadamente a los grupos poblacionales más vulnerables que no disponen de recursos sociales, culturales y/o económicos como son las mujeres empobrecidas, migrantes, con alguna discapacidad, racializadas, que habitan en áreas rurales, con bajos niveles educativos, madres solteras, víctimas de violencia, migrantes, niñas, adolescentes y personas de la diversidad sexogenérica, debido a las múltiples formas de discriminación que las mismas enfrentan.

Lo anterior resulta particularmente grave si se toman en consideración las tasas de embarazo de niñas y adolescentes en el país. Las tasas oficiales de maternidad infantil en Ecuador señalan que en el 2021 se registraron 1843 nacidos vivos de niñas de entre 10 y 14 años; y, 39486 nacidos vivos de adolescentes entre 15 y 19 años⁹⁴⁰. En 2022, las cifras de nacidos vivos de niñas entre 10 y 14 años aumentaron a 1.921; mientras que se registró un leve descenso de adolescentes entre 15 y 19 años (38.087)⁹⁴¹.

La despenalización del aborto por causal violación en abril de 2021 debido a la penalización del aborto consentido no ha tenido impacto en las cifras, siendo que incluso aumentaron los

⁹⁴⁰ CCE. Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados.

⁹⁴¹ CCE. Sentencia No. 1894-10-JP/20.

embarazos y partos en niñas menores de 14 años luego de que el aborto por violación fue despenalizado.

Un estudio realizado en la ciudad de Loja, denominado “El embarazo de las adolescentes atendidas en el centro de salud No. 1 de la ciudad de Loja y su impacto en la calidad de vida”, muestra que el 83,33% de las adolescentes y niñas expuestas a embarazos no deseados sufrieron de “el estrés, frustración, resentimiento e incluso enojo hacia sus bebés, baja autoestima, depresión e intentos de suicidio y alejamiento de pares”⁹⁴², debido a la deserción escolar, la carencia de recursos económicos, la imposibilidad de asumir la responsabilidad de la crianza sola y la imposibilidad de realizar las actividades propias de su edad.

Este mismo estudio se demuestra:

(...) el 66.66% de las madres adolescentes reconocen que la maternidad ha desmejorado su calidad de vida, pues ha significado un cambio drástico que ha generado consecuencias psicológicas, sociales, educativas, laborales y económicas como las citadas anteriormente. Así como es evidente que el 86.66% de las encuestadas expresan necesitar apoyo profesional del psicólogo/a, médico y de los/as profesionales en Trabajo Social para superar los efectos de sus acciones en un momento determinado en su vida.

Igualmente, el Centro de Estudios de Población y Desarrollo Social⁹⁴³ ha señalado que: “(...) la maternidad precoz o no planeada, pueden producir un impacto profundo y prolongado en la educación y situación laboral de la mujer”. De acuerdo con los datos de la Encuesta nacional de salud y nutrición⁹⁴⁴, un 86.5 % de mujeres entre 15 y 24 años, interrumpió su trabajo a causa de un embarazo; de este porcentaje, únicamente un 47.1 % volvió a trabajar. Con relación a lo educativo, un 59.1 % de mujeres interrumpió sus estudios a causa de un embarazo y de ellas únicamente un 14.8 % volvió a estudiar.

Estas mismas afectaciones diferenciadas se encuentran en caso de mujeres empobrecidas, migrantes, racionalizadas, con bajos niveles educativos, con discapacidad, que viven en lugares remotos o alejados, esto se debe justamente a que debido a sus condiciones de vida es más difícil que puedan buscar una opción segura por fuera del sistema de salud público. Es así que, de acuerdo a estadísticas, la tasa de fecundidad se encuentra fuertemente relacionada con el nivel de instrucción de las mujeres, con las provincias en que las mismas residen y con su condición de empobreciendo, siendo que las mujeres con menores niveles educativos, que viven en lugares remotos, alejados o con poca presencia del Estado y de servicios de salud y a aquellas que viven en condición de pobreza extrema son quienes menos decisiones pueden tomar sobre su fecundidad⁹⁴⁵.

Esto repercute en que sean las personas con mayores condiciones de vulnerabilidad quienes menos acceso tengan a abortos seguros y quienes tarden más tiempo en conseguir servicios de acceso a un aborto, lo cual las expone a mayores tasas de mortalidad materna,

⁹⁴² CCE Sentencia No. 1894-10-JP/20. 38

⁹⁴³ Comité CEDAW. Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19. Párr. 18

⁹⁴⁴ CDH. Caso V.D.A vs. Argentina, Doc. ONU CCPR/C/101/D/1608/2007, párrafos. 8.5 y 9.4.

⁹⁴⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011. Párr. 17.

complicaciones graves en salud y a resultados sanitarios deficientes⁹⁴⁶. Esto pues si bien de acuerdo con la OMS, el aborto es seguro sin límites cuando se realiza por personal capacitado y con las técnicas científicas adecuadas⁹⁴⁷, cuando se realiza en condiciones inseguras el aborto avanzado causa la mayor cantidad de complicaciones que se registran en este procedimiento de salud⁹⁴⁸.

El caso requiere un tratamiento de urgencia para impedir o interrumpir la ocurrencia de una vulneración a derechos constitucionales que ocasione un daño grave e irreversible.

La penalización del aborto causa graves vulneraciones en los derechos humanos de las mujeres y otras personas gestantes especialmente en su derecho a la salud, integridad, vida, libre desarrollo de la personalidad, libertad, igualdad y no discriminación; ocasionando un daño grave irreversible en la vida de las mujeres y otras personas gestantes que viven los efectos de la existencia del tipo penal de aborto consentido.

La penalización del aborto como lo demostramos ut supra afecta los derechos a la igualdad y no discriminación, a la salud, salud sexual y salud reproductiva, a la integridad, al libre de desarrollo de la personalidad y la autonomía, a la protección de datos de carácter personal, la confidencialidad en salud, el derecho a la vida privada y a la intimidad, a la libertad de conciencia, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y el derecho a la defensa, por lo que se constituye en un grave riesgo para los derechos humanos de las niñas, adolescentes, mujeres y personas gestantes de la diversidad sexogenérica en Ecuador.

Asimismo, a través de la penalización del aborto consentido se refuerza el control de la sexualidad de las mujeres a través del derecho penal y la imposición de formas de vivir la sexualidad y la familia, muchas veces contrarias a sus deseos o su libertad de conciencia y sus proyectos de vida.

El asunto por resolver tiene trascendencia nacional.

En la presente causa estamos frente a un asunto de trascendencia nacional, pues la penalización del aborto afecta a más del 50% de la población ecuatoriana, poniendo en grave riesgo sus derechos humanos y generando riesgo de que su dignidad humana al seguir siendo consideradas únicamente por sus roles reproductivos.

En este sentido, y por todo lo anteriormente citados, es fundamental que la CCE se pronuncie de forma urgente sobre esta demanda y ordene al Estado Ecuatoriano cumplir sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, despenalizando el aborto de forma inmediata.

⁹⁴⁶INEC. Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres-ENVIGMU. Noviembre, 2019. Disponible en: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/Principales%20resultados%20ENVIGMU%202019.pdf

⁹⁴⁷ World Health Organization. 2011. Intimate partner violence during pregnancy. Information sheet. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/70764/WHO_RHR_11.35_eng.pdf?sequence=1

⁹⁴⁸INEC. Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres-ENVIGMU. Noviembre, 2019. Ver: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/Principales%20resultados%20ENVIGMU%202019.pdf

PRETENSIÓN. -

Con base en los argumentos expuestos y amparadas en las disposiciones constitucionales y convencionales alegadas solicitamos de manera concreta:

1. Se admita a trámite esta acción de inconstitucionalidad y de conformidad con las disposiciones del artículo 7 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional se priorice su conocimiento.
2. Se declare la inconstitucionalidad del artículo 149 del Código Orgánico Integral Penal y se expulse del ordenamiento jurídico esta norma por incompatible con la constitución.
3. Se declare la inconstitucionalidad de cualquier acto, resolución o acto de poder público que tenga por objeto o finalidad regular, ejecutar, aplicar o cumplir la disposición cuya constitucionalidad se demanda.
4. Se declare de oficio la inconstitucionalidad conexa de todo acto normativo o administrativo de efectos generales que se considere necesario.
5. Que se ordene el cumplimiento inmediato de la sentencia que resuelva el presente caso.
6. Que se nos reciba en audiencia pública a efectos de presentar de manera oral las argumentaciones que sustentan la presente acción.
7. Se ordene las medidas de reparación necesarias a las que hubiera lugar, por la aplicación de la disposición demandada.

NOTIFICACIONES.-

Notificaciones que nos correspondan las recibiremos en los correos electrónicos:
legal@amazonfrontlines.org maria@amazonfrontlines.org
alianzaddhh.ecuador@gmail.com surkuna.ec@gmail.com ana.vera.surkuna@gmail.com

Ana Cristina Vera Sánchez
Centro de Apoyo y Protección de los
Derechos Humanos “Surkuna”
171373840-7

Vivían Idrovo Mora
171328907-0
Alianza de Organizaciones por los
Derechos Humanos del Ecuador

Lina María Espinosa Villegas
172474776-9
Amazon Frontlines

Lita Martínez Alvarado
1102798061
CEPAM - Guayaquil

Dayana Lisbeth Zamorano Cuero
0850465451
Fundación Lunita Lunera

Johanna Romero Larco
010473616-0
Organización BOLENA

María Isabel Cordero Pérez
01027817-1
Fundación SENDAS

Saraí Alejandra Maldonado Baquero
172129264-5