

SE PRESENTAN COMO AMICUS CURIAE

Sres/as Jueces/zas:

Dra. Nelly Minyersky, Pasaporte N° 2.584.562, ABOGADA, en mi carácter de Directora Académica **Revista Género y Derecho Actual (GDA)**, y Dra. María Andrea Cuéllar Camarena, Pasaporte N°16544765 ABOGADA, ambas constituyendo domicilio legal en la calle Esmeralda 740 piso 13 of. 1306 Capital Federal, República Argentina, en calidad de AMICUS CURIAE comparecemos dentro de la causa N° 115-20-IN por la INCONSTITUCIONALIDAD de la frase “en una mujer que padezca discapacidad mental” contenida en el Artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, demanda que fue presentada el Cabildo por las Mujeres del Cantón Cuenca y BOLENA, el 10 de diciembre de 2020.

En tanto existe identidad por el fondo con las causas 109-20-IN, 105-20-IN y 0034-19-IN, solicitamos se incorpore el presente Amicus Curiae con copia a las referidas causas.

I. ANTECEDENTES:

Género y Derecho Actual (GDA) es un proyecto académico-editorial dirigido por un grupo de abogadas junto a un prestigioso Comité Académico, con formación en derecho de las familias y derechos humanos. Somos un grupo de mujeres del derecho que ejercemos la profesión en forma privada y en diferentes ámbitos del Estado, a la vez que desempeñamos la docencia en el ámbito universitario. Como colectivo de abogadas feministas nos encontramos preocupadas por la vigencia plena de los derechos humanos de las mujeres e identidades diversas y denunciarnos al sistema patriarcal en tanto causa originaria de la desigualdad estructural entre varones y mujeres.

Inquietadas por la construcción de una sociedad más igualitaria y convencidas de que la desigualdad entre varones y mujeres es un fenómeno multicausal, llevamos adelante un proyecto editorial cuyo principal objetivo es divulgar y concientizar respecto de la necesidad de un cambio cultural para construir una sociedad inclusiva e igualitaria para todas las personas.

En este camino acompañamos la lucha por la despenalización y legalización de la IVE en nuestro país y en América Latina que será un paso adelante en el respeto de los derechos humanos de las mujeres y personas gestantes, a quienes sistemáticamente se les cercena el derecho humano a decidir sobre sus cuerpos, poniendo en jaque su salud sexual y reproductiva.

En base a las apreciaciones expuestas, estimamos digno de consideración por Vuestras Excelencias los argumentos de derecho internacional de derechos humanos que se verterán a continuación al momento de decidir en esta causa respecto de las cuestiones que se debaten en la misma.

II. FUNDAMENTOS

II. A. EL ESTATUS JURÍDICO DEL EMBRION. ASPECTOS MORALES-ÉTICOS, RELIGIOSOS, POLÍTICOS Y FEMINISTAS.

En este apartado de la presentación les proponemos analizar el estatus jurídico del embrión. Al respecto, en primer lugar, debemos considerar el Primer Código Civil argentino redactado por el ilustre Dalmacio Vélez Sarsfield, el cual, como gran parte del derecho privado latinoamericano, tiene su fuente en el Código Civil Brasileiro redactado por el Ilustre Augusto Texeira de Freitas, y en el derecho Romano.

El Código Civil de Vélez Sarfield refiere:

Sobre la existencia de la persona su Artículo 70:

“Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.

La nota del artículo precedente refiere:

“SAVIGNY, en el t. 2, desde la p. 5, reúne toda la Doctrina del Derecho romano sobre la materia, en los términos siguientes:

“1º Es preciso que el hijo sea separado de la madre; 2º separado completamente; 3º que viva después de la separación; 4º que sea una criatura humana.

Respecto a lo primero, son indiferentes los medios que se empleen para obtener esta separación. Así pues, en derecho no se distingue el nacimiento natural del que se obtiene por una operación quirúrgica” (...) La separación debe ser completa (3). *Es preciso que el hijo viva después de la separación (4). Si, pues, durante un parto trabajoso, el hijo da signo de vida, pero muere antes de haber sido completamente separado de la madre, nunca tuvo la capacidad de derecho. Debe decirse lo mismo, y con más razón, si antes de comenzar el nacimiento, el hijo hubiese muerto (5). Es preciso que la vida sea indudable, no importa por qué signos. (...)*

Por su parte el Artículo 74 indica que si la persona naciese con vida es como si nunca hubiese existido:

“Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido”.

Los artículos citados precedentemente deben leerse en conjunto con el Artículo 3290:

“El hijo concebido es capaz de suceder. El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido naciere muerto, tampoco puede sucederle”.

Y la nota del autor dice:

“El hijo en el seno de la madre, tiene sólo una vida común con ella; el nacimiento puede únicamente darle una vida individual. El Derecho, sin embargo, lo considera como hábil para suceder. Esta excepción es debida a las leyes romanas que consideraban al “foetus” como ya nacido cuando se trataba de su interés. “Qui in utero est, proinde ac si rebus humanis esset”. (L. 7, Dig. “De Stat. hom.”. Véanse los arts. 63 a 69 de este Código, y el art. 70 ídem. Cód. francés, art. 906. Así, por ejemplo, un hijo renuncia a la sucesión de su padre muerto, o es excluido de ella como indigno; la sucesión, a falta de otros hijos, pasará a los abuelos o a los parientes colaterales. Si nace después un hijo al que renunció la sucesión o fue excluido de ella, este hijo no podrá reclamar del abuelo la sucesión que había recaído en el que no estaba concebido al tiempo de la renuncia de su padre, con preferencia a sus ascendientes.

Así también, un testador no podría instituir por heredero a una persona que no estuviere concebida al tiempo de su muerte, ni aun subordinado formalmente la institución a la condición suspensiva “si naciere”. La sucesión correspondería a los sucesores “ab intestato”, porque el derecho no defiere jamás la sucesión sino pura y simplemente, de una manera irrevocable.

El principio de que la sucesión no se defiere a quien no está concebido, tiene consecuencias que no pueden disputarse. Los hijos legitimados, dice DURANTON, no tienen ningún derecho a las sucesiones de los parientes muertos antes del matrimonio que ha producido su legitimidad, aunque fuesen concebidos al tiempo de la muerte de sus parientes; porque no siendo legítima esa concepción anterior al matrimonio, es como si no hubiese existido para el efecto de atribuir al hijo el derecho de sucesión a los bienes de los parientes, pues que la legitimación no puede procurar a un hijo el beneficio de la legitimidad, sino desde la celebración del matrimonio sin efecto retroactivo. Estando ya la sucesión deferida a favor de esos parientes antes de esa época, la legitimación posterior del hijo no podría quitarle un derecho adquirido. Las sucesiones son siempre irrevocables, t. 6, núms. 67 y sigts. AUBRY y RAU, § 592. Véase DEMOLOMBE, t. 13, núms. 174 y sigts. y t. 18, núms. 580 y 581.

¿A quién corresponde la prueba de que el hijo ha nacido vivo? La incapacidad que deroga el derecho común no se presume. La presunción de derecho es, por el contrario, que todo hijo nace vivo, y por consiguiente al que alega que el hijo ha nacido muerto le corresponde probarlo.

Los artículos citados precedentemente refieren que se es persona desde el momento de la concepción, pero inmediatamente sujeta esta cualidad a su viabilidad, o sea, que si no hay nacimiento con vida, no hay persona.

Es por ello que el art. 3290 reconoce la representación legal de “nasciturs”, la cual estará a cargo de sus progenitores, pero sólo a los efectos patrimoniales y de familia, como es en el caso de caso de la sucesión, lo cual es explicado por Veléz Sarfield en su nota.

Este criterio fue sostenido en la actual redacción del Código Civil y Comercial de la Nación en los siguientes artículos:

Artículo 19: *Comienzo de la existencia La existencia de la persona humana comienza con la concepción.*

Artículo 21: *Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida.*

Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.

ARTICULO 2279.- *Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:*

a) *las personas humanas existentes al momento de su muerte;*

b) *las concebidas en ese momento que nazcan con vida;*

c) *las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561;*

d) *las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.*

En segundo lugar, que el derecho por sí sólo no define, ni determina que es la persona, ni desde cuando comienza o termina su existencia, sino que para ello, en diversos momentos históricos, ha tomado conceptos y teorías provenientes de la biología, la genética, la ética, la moral, la religión, la filosofía y la política. Aunque también debemos considerar que ni siquiera las ciencias y las disciplinas enunciadas se han puesto de acuerdo para aunar un criterio sobre esos temas.

De ese modo se ha podido construir, en diversos momentos históricos, discursos jurídicos, que permitan vincular la existencia de la persona a la problematización de la interrupción del embarazo, y a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y personas con capacidad de gestar.¹

Desde el punto de un punto de vista histórico es relevante considerar que “el derecho romano no acordaba protección especial a la vida embrionaria; no consideraba al nasciturus como un ser humano, sino como una parte del cuerpo materno (...) En tiempos de la decadencia, el aborto era una práctica normal, y, cuando el legislador quiso estimular los nacimientos, no se atrevió a prohibirlo (...) En el conjunto de la civilización oriental y grecorromana, el aborto es admitido por la ley.”²

¹ En Argentina nos referimos a las personas con capacidad de gestar, en Ecuador a las personas con capacidad de abortar.

² Beauvoir, Simone, “El Segundo Sexo”, Buenos Aires, Ed. Lumen. Primera edición, 2018, Pág. 112.

Los argumentos conservadores comienzan a desarrollarse con la caída del imperio Romano y la Consolidación de la Iglesia Católica como institución política, serán sus primeros Concilios Vaticanos los que determinaran el comienzo de la existencia de la persona desde que el alma baja al cuerpo. A ello Santo Tomás de Aquino, en la Summa Theologica, lo denominó animación, la cual se produce a los cuarenta días para los niños y a los ochenta días para las niñas.

Otros de los teólogos católicos que sostuvo la teoría de la animación fue San Agustín, indicando que: “Aquí la cuestión del alma es usualmente planteada como problema: lo que no está formado, se puede interpretar que no tiene alma y por esta razón no es homicidio, porque alguien no puede ser privado del alma si aún no lo ha recibido (...) Si el embrión no está aún formado, aunque de algún modo esté animado (...), la ley no establece que el acto sea homicidio, porque no se puede hablar de alma viva en un cuerpo que carece de sensación, si su carne no está desarrollada y no está dotado aún de sentidos.”³

La filósofa Laura Klein ha realizado un amplio análisis de los textos bíblicos y ha señalado que es “imposible hallar en las Sagradas Escrituras una frase que condene el aborto. Aunque en los Diez Mandamientos el “no matarás” ocupa un lugar fundamental, ni el Antiguo ni en el Nuevo Testamento se habla del aborto como matar. La posición actual de la Iglesia, que identifica la muerte del embrión con la muerte de una persona, es la que hace creer al lector desprevenido que, cuando la Biblia dice “no matar”, incluye “no abortar”. Mientras la biblia hebrea no hace del aborto un problema moral y lo pone como preferible a vivir mal⁴, la Biblia cristiana ni lo menciona, no corrige el Viejo Testamento, no agrega comentarios. Si la ausencia de la condena del aborto en el Antiguo testamento ponía a la Iglesia en una posición incómoda, que ello ocurra también en el Nuevo Testamento se vuelve francamente inquietante”⁵.

Jacques Maritain, interpretando a Santo Tomás de Aquino, sostuvo “ que el feto humano, desde el momento de su concepción, recibe el alma intelectual, mientras la materia no está todavía en nada dispuesta a este respecto, es a mis ojos un absurdo filosófico. Tan absurdo como llamar bebé a un óvulo fecundado. Es

³ San Agustín, Quaestiones in Heptateucum, 80.

⁴ Eclesiastés, 6;3/5: “Si alguno que tiene cien hijos y vive muchos años, y por muchos que sean sus años, no se sacia su alma de felicidad y ni siquiera halla sepultura, entonces yo digo: Más feliz es un aborto, pues entre vanidades vino y en la oscuridad se va; mientras su nombre queda oculto en las tinieblas. No ha visto el sol, no lo ha conocido, y ha tenido más descanso que el otro.

⁵Klein, Laura, “ Entre el crimen y el derecho”, Buenos Aires, Editorial Planeta, año 2005, Pág. 191.

desconocer completamente el movimiento evolutivo, que se considera entonces como simple movimiento de aumento o de crecimiento, como si a fuerza de aumentar un círculo llegara éste a ser cuadrado, o el Petit Lacrouse llegase a ser la Divina Comedia”⁶

Con la teoría de la animación retardada la Iglesia católica impuso la protección al nasciturus, pero también la posibilidad de llevarse a cabo la práctica del aborto, indicando que “el embrión cambia de estatuto según haya o no recibido un alma racional. Esto implica que los primeros 40 y 80 días según sea varón o mujer, el embrión tendría un alma humana sólo las partes vegetativa y sensitiva; pero para gozar de un status moral y espiritual distinto del animal requiere del alma racional. En esos plazos abortar para salvar la vida de la madre es legítimo –planteó en el Siglo XV San Antonio (1390-1450), arzobispo de Florencia- porque, aunque con el aborto terapéutico se impide la animación del feto, no se causa la muerte a un hombre y se libra a la madre de la muerte”.⁷

Hasta acá podemos considerar que para algunos teólogos y moralistas no todos los abortos estaban prohibidos.

Otras pensadoras liberales como Warren, quien en su obra “Sobre el estatus moral y legal del aborto”, sostuvieron que la humanidad genética no es suficiente para la pertenencia a la comunidad moral, la cual consiste “en todas las personas, y sólo en ellas, más que en todos y solamente los seres humanos”.⁸

La autora identifica un grupo de características esenciales que definen a la persona, entre los que se cuentan el razonamiento, la actividad automotivada y la autococencia.⁹ Va de suyo que el nasciturus no cumple con ninguno de los requisitos enunciados /precedentemente, por lo cual otorgarle derechos tendría tan poco sentido como exigirle obligaciones.

Por su parte el experto en Derecho Civil, Llambias, ha referido que: “Aun en nuestro sistema legal el hecho del nacimiento tiene también trascendencia respecto de la personalidad adquirida anteriormente por la persona por nacer (...) la personalidad de la persona por nacer no es perfecta sino imperfecta en cuanto está

⁶ Vázquez, Rodolfo, “Algo más sobre el aborto” en “Aborto: el derecho a decidir”, Directora: Marta Lamas, Debate Feminista, México, 2006, Año 17, Vol 34, p. 19 y ss.

⁷ Ídem, up. supra. Pág. 310.

⁸ Warren, Mary Anne, “Sobre el status moral y legal del aborto”, en Florencia Luna y Arleen L.F. Salles (eds) “Decisiones de vida y muerte”, Buenos Aires, Sadamericana, 1995, p. 195.

⁹ Salles, Arlenn, L.F. “El aborto”, en “Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos”, Fondo de Cultura Económica de Argentina de Argentina S.A., Buenos Aires 2008, p. 247 y ss.

subordinada a la condición resolutoria de nacimiento sin vida (...) todos los derechos adquiridos por él están bajo la amenaza de su nacimiento sin vida (...) Desde luego el nacimiento ejerce la mayor influencia sobre tales relaciones jurídicas pendientes cuando tiene lugar sin vida. Pues el hecho del nacimiento sin vida del concebido aniquila retroactivamente la personalidad de éste y por consecuencia desvanece los derechos constitutivos en cabeza suya.”¹⁰

El filósofo Nino enuncia cuatro principios morales fundamentales desde la óptica de los derechos humanos: principio de inviolabilidad, de autonomía, de hedonismo, y de dignidad. “El principio de inviolabilidad se aplica a las personas que son autoconscientes e independientes; el de autonomía lo disfrutan aquellos individuos que pueden elegir y materializar los diversos planes de vida; el hedonista beneficia a los individuos que pueden sentir placer y dolor, y el de dignidad lo disfrutan las personas que son capaces de tomar decisiones y aceptar las consecuencias de sus actos. Todas estas capacidades son graduales y se pueden verificar dentro de la amplia gama que se abre entre dos extremos: desde ciertos animales que sólo responder al principio hedonista hasta una persona moral que puede desarrollar las cuatro capacidad a un nivel máximo.”¹¹

Las posiciones más liberales o progresistas, no se limitan a analizar el estatus jurídico del embrión, aisladamente, si no de manera conjunta con los derechos de la otra parte involucrada: la mujer-persona gestante.

En ese aspecto Luis Ferrajoli refirió que “las tesis que afirman y las que niegan que el embrión es persona no son ni verdaderas ni faltas. El hecho de que la vida comience antes del nacimiento, aun siendo indudablemente cierto, no es un argumento suficiente para establecer que el embrión, y ni siquiera el feto son personas (...) siempre que se comparta el principio laico y liberal de la separación entre derecho y moral, la cuestión de si el feto (como el embrión) es o no persona no es una cuestión científica o de hecho, al ser indecible en el plano empírico, sino una cuestión moral que admite soluciones diversas y opinables, y no puede ser resulta por el derecho privilegiando una determinada tesis moral, la que considera al feto una

¹⁰ Llambías, Jorge Joaquín. “Tratado de derecho civil, parte general”, Tomo 1, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, Pág. 253 y ss.

¹¹ Ver en Vázquez, Rodolfo, “Algo más sobre el aborto”.

persona, imponiéndole a todos y por tanto obligando también a las mujeres que no lo compartan a sufrir sus dramáticas consecuencias.”¹²

Este autor define que no es el embrión o feto en sí quien tiene calidad de persona, sino que es la consideración que su madre tiene de él quien lo hace, nos permitimos citarlo textualmente: el embrión es merecedor de tutela si y sólo si es pensado y querido por la madre como persona. El fundamento moral de la tesis metajurídica y metamoral de la no punibilidad del aborto después de un cierto periodo de tiempo de concepción, o bien de la licitud de una utilización para fines terapéuticos de las células de los embriones, no consiste, ciertamente en la idea de que el embrión no sea una potencialidad de persona sino una simple cosa (una portio mulieris vel viscerum, como decían los romanos). Se cifra, según creo, en la tesis moral de que la decisión sobre la naturaleza de “persona” del embrión debe ser confiada a la autonomía moral de la mujer, en virtud de la naturaleza moral y no simplemente biológica de las condiciones merced a las cuales aquél es “persona”.¹³

La mencionada autodeterminación de la maternidad tendrá como corolario que será entonces, la mujer o persona con capacidad de gestar quien determinará si el embrión o feto se convertirá en su hijo/hija: y esa decisión es la que le otorgará entidad de persona. Una decisión tan relevante podrá ser tomada siempre y cuando tenga la libertad de hacerlo, la libertad de autodeterminarse como madre y como la persona que quiere ser; el hecho de que exista un castigo, una pena consecuencia de la interrupción voluntaria del embarazo, deja a la libertad acorralada, como a la autodeterminación.

El filósofo inglés Max Charlesworth señaló como valor supremo a la autonomía personal sosteniendo que es el derecho a elegir el estilo de vida propio. Insiste en la separación entre la esfera de la moralidad personal y la intervención del Estado evitándose así los excesos de autoridad y paternalismos jurídicos injustificados. Sostiene que en el conflicto de derechos entre la mujer embarazada y el feto, aquélla tiene el control último sobre su cuerpo y los procesos de reproducción por ser agentes morales autónomos, pero limita este derecho sosteniendo que este derecho existe prima facie distinguiendo entre aquellos embarazos que no

¹² Ferrajoli, Luigi, “La cuestión del embrión: entre el derecho y la moral”, en “Aborto: el derecho a decidir”, Directora: Marta Lamas, Debate Feminista, México, 2006, Año 17, Vol. 34 Pág. 37.

¹³ Ídem, up. supra. Pág 37.

son producto de un acto voluntario, por ejemplo: violación, y la posibilidad de interrupción del embarazo en cualquier momento del mismo”.

Por su parte el filósofo Farrell articuló en su análisis sobre el estatus jurídico del embrión a la autonomía con la interrupción del embarazo, y planteó, siguiendo a Rawls que en la cuestión del aborto, "hay tres derechos en juego, los que están potencialmente en conflicto: a. el respeto a la vida humana, b. la reproducción ordenada de la sociedad política a través del tiempo, y c. la igualdad de las mujeres en tanto ciudadanos. Respecto del punto b. el aborto no afecta la reproducción ordenada a través del tiempo, lo que se prueba con el comportamiento real de la sociedad. Sí merece análisis especial el respeto a la vida humana, derecho que está fuera de discusión y nadie cuestiona, en efecto nadie cuestiona que la vida humana merece respeto y hay vida humana desde la concepción; incluso si el feto no es una persona dotada de sus propios derechos, igualmente es una forma de vida humana.

El derecho mencionado en el punto c. es el de la autonomía. Las mujeres son iguales en tanto ciudadanos, las mujeres tienen tanto derecho como los hombres a reforzar su individualidad, tener sus propios planes de vida y que el aborto conlleva una elección íntima y personal decisiva para la autonomía en el sentido que le asignara John Stuart Mill.

La autonomía se encuentra constitucionalmente protegida en los Estados Unidos en la enmienda XIV y en Argentina en el art. 33 de la Constitución Nacional referida a los derechos implícitos. Actualmente tal principio es el fundamento del derecho al aborto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. Estos dos puntos generan tensión (respeto a la vida humana y autonomía de la mujer) y podrían ser considerados como valores iguales, pero debe determinarse qué peso tiene cada uno de ellos cuando se enfrentan.

Es por ello que Farrell otorgó distinta entidad al valor vida humana según el estadio del embarazo. Sostuvo que la fuerza de estos derechos puede variar con el transcurso del tiempo, ejemplificando con la pérdida de embarazos en los primeros días de la gestación, en los seis meses de embarazo, o cuando el niño ya ha nacido. A medida que aumenta el valor de la vida humana disminuye la autonomía. Este razonamiento, que pone el centro del debate sobre el valor de la vida humana y no sobre el concepto de persona, lo llevó a

decir que el feto no es persona en ninguno de los tres trimestres del embarazo, añadiendo que el concepto de persona no es útil para resolver el problema del aborto, porque es un concepto normativo; quien lo emplea decide primero qué casos de aborto va a tolerar y después hace coincidir la intolerancia con la aparición de la persona. En suma, lo que cuenta es el respeto por la vida humana, sea o no persona el feto.¹⁴

Debemos considerar en este análisis que en el momento histórico en que el derecho comienza a debatir el estatus jurídico del embrión y surgen las primeras leyes sobre la protección de la persona por nacer, la mujer no era un sujeto de derecho, en casi todas las legislaciones era considerada incapaz, no decidida sobre su vida sexual, y no tenía acceso a anticonceptivos.

Los movimientos feministas y de derechos humanos, han puesto en evidencia que “A la narración jurídica del patriarcado uno de los temas que más le interesó es el cuerpo de las mujeres y, consecuentemente, la maternidad. No es casual que las primeras leyes que nos reconocen como sujetas de derechos son las que castigan a madres solteras y condenan el aborto. En “Inglaterra en 1623 se aprobó un nuevo estatuto, en el que se creaba un nuevo delito y un nuevo delincuente (...) la ley consistía en que había de presumirse la culpabilidad de la madre si el bebe moría y era ella quien debía presentar las pruebas de su inocencia (...) en ese entonces el Estado no regulaba el matrimonio. En 1753 la ley de matrimonio de lord Hardwich inició un proceso de regulación... en 1803 se aprobó la primera ley penal sobre el aborto”. Nuestros cuerpos son territorios de disputa del ejercicio del poder, el cual se materializa en la “norma”, la cual sofoca el fuego del deseo, lo “normaliza”, lo adapta a la conducta esperada, la del “sujeto normalizado”¹⁵.

Sobre ello también refirió Beatriz Espinosa Pérez: “El derecho es logos y mito, en esa dualidad estructura su posibilidad de eficacia simbólica sobre ciudadanos y ciudadanas¹⁶ (...) Una tradición legal es parte constitutiva de un complejo mundo normativo. La tradición no sólo incluye un corpus juris, sino también un lenguaje y un mitos- narraciones en la que se sitúan al corpus juris quienes expresan su voluntad a través

¹⁴ Farrell, Martín D. “¿Existe un derecho constitucional al aborto?”. Ver en: https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/EXISTE_UN_DERECHO_CONSTITUCIONAL_AL_ABORTO.pdf

¹⁵ Brites Cynthia, “¿Qué fallan lxs jueces/juezas cuando fallan? “Las malas víctimas”, sujetas al derecho”. Ver en: https://gda.com.ar/wp-content/uploads/2020/03/revista-gda-lanza-12_2019.pdf

¹⁶ Espinosa, Pérez Beatriz, “Derecho y Maternidad. El lenguaje jurídico ante la transformación de un mito”. Ver en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14651>

de él. Estos mitos establecen paradigmas de comportamiento: crean relaciones entre el mundo normativo y el material, entre las limitaciones de la realidad y las demandas de una ética¹⁷.

La maternidad es uno de los hechos –mitos más protegidos por el derecho, y es a través del cual se ha sostenido la construcción del estereotipo “mujer”, y es a partir de ese estereotipo como las reglas jurídicas reconocen o niegan derechos a las mujeres y personas gestantes.

El rol de los y las juristas ha sido trascendente para que el derecho instale y consolide cierta figura de mujer, a la que se “le atribuya, implícita o explícitamente, algunas cualidades y les niegue otras. O, cuanto más, y especialmente desde la dogmática, su aporte ha consistido en señalar que textos legales deberían conservarse o derogarse según se quiera mantener o modificar la situación existente.”¹⁸

El pedido de inconstitucionalidad que acompañamos pone de manifiesto que hay una relación estrecha entre la autonomía de las mujeres y las normas sociales, jurídicas, morales-éticas, vigentes, que nos constituyen en sujetas de derecho, ya que en Ecuador hay mujeres o personas gestantes que podrán acceder a un aborto legal en caso de violación y otras no.

En todo análisis jurídico debemos considerar que como mujeres y personas gestantes nos protege: “el conjunto de derechos humanos plasmados en Declaraciones, Pactos y Convenciones Internacionales que reconocen derechos a toda persona por el solo hecho de serlo (...) Judith Butler insiste en que “persona” es un constructo social e histórico abierto, en tensión permanente. De ahí que podamos afirmar que en materia de autonomía sexual de las mujeres, en particular en relación con nuestro acceso al aborto, lo que está en juego es nuestro reconocimiento como humanas, y es precisamente ello lo que se niega a las mujeres cuando se penaliza el aborto: su/nuestra humanidad”.¹⁹

Esta acción de Inconstitucionalidad tiene como finalidad solicitar que se reconozca nuestra humanidad. Por lo tanto y considerando todo lo escrito precedentemente es que podemos afirmar que el estatus jurídico del embrión tiene diferentes enfoques, ético-moral, religioso y político, y cada uno de ellos incide en el

¹⁷ Cover, Robert, “Derecho, narración y violencia”, EE.UU. Biblioteca de Yale Estudios Jurídicos, 2002, Pág. 22.

¹⁸ Ruíz, Alicia, “Identidad Femenina y discurso jurídico”. Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000. Pág. 10.

¹⁹ Gonzalez Prado Patricia, “Aborto y la Autonomía sexual de las mujeres”, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2018, Pág 97.

discurso, ampliando o restringiendo, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y personas con capacidad de gestar.

Los derechos de las mujeres, las personas con capacidad de gestar y el embrión o feto, tienen distinto peso y se articulan de diferente manera según sea el estadio del proceso de gestación.

Por ello es sumamente importante considerar que “en los primeros meses debe considerarse prevaleciente el derecho a la autodeterminación de la mujer gestante, que irá mermando con relación inversamente proporcional al progreso del embarazo, salvo la existencia que afecten la salud tanto del nasciturus como de la futura madre. Esta prevalencia de la autonomía de la voluntad de la mujer sobre el derecho a la vida del nasciturus no significa, como así ha sido reconocido en diversas legislaciones, que no se tutele la integridad del feto frente al ataque que pudiera sufrir en su desarrollo por el accionar de terceros”²⁰.

Hasta lo aquí referido podemos concluir que el tipo de estatus jurídico que en Argentina se le da al embrión, solamente tiene incidencia en el ámbito del derecho privado, a los efectos patrimoniales, hereditarios y derechos de familia.²¹

Ello implica que el estatus jurídico del embrión no produce efectos en el derecho penal, particularmente no fue un argumento que restringió la sanción de la ley 27610 de “Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo”, promulgada en el año 2021, porque reconoce el debido alcance del art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.²²

GÉNERO Y DERECHO ACTUAL

²⁰ Nelly Minyersky, Lily Flah , “El Embrión, el feto y la vida humana”, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2011. Págs. 13/14

²¹ Al respecto ver exposiciones ante el Congreso de la Nación Argentina, en el marco de los debates parlamentarios sobre el aborto años 2018 y 2020 de la Dra. Nelly Minyersky en <https://www.youtube.com/watch?v=d-jFsQZ9lcE&t=523s> y <https://www.youtube.com/watch?v=PjrVC-0c5l4>

²² Al respecto ver exposiciones ante el Congreso de la Nación Argentina, en el marco de los debates parlamentarios sobre el aborto años 2018 y 2020 de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en https://www.youtube.com/watch?v=DI_VHUw1mQM y <https://www.youtube.com/watch?v=Oq8q1GZzao0>

II. B. EL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres y personas gestantes se vincula con un vasto conjunto de derechos humanos, entre los que encontramos el derecho a la vida, a la integridad física, a la autonomía, a la igualdad, a la libertad, a la intimidad, a la no discriminación, a la educación, al acceso a la justicia, a no ser objeto de tortura, entre otros.

En el ámbito de los organismos de Derechos Humanos, tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “DESC”) como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, “CEDAW” por sus siglas en inglés) han indicado claramente que el derecho de la mujer a la salud incluye su salud sexual y reproductiva. Ello se debe a que el término “salud” debe ser entendido en su acepción amplia acorde con la definición que establece la Organización Mundial de la Salud (en adelante, “OMS”), que considera a la misma en forma integral, lo que comprende la salud física, mental y social²³. Es decir, resulta claro que para el derecho internacional de los derechos humanos la salud sexual y reproductiva de las mujeres forma parte del derecho a la salud y que por tanto los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos relacionados con la misma.

En dicha línea, prestigiosa doctrina argentina señala que el “El Estado no solo tiene obligación de respetar los derechos sexuales y reproductivos, sino también la obligación de realizar acciones positivas, a través de políticas públicas que los garanticen y fortalezcan, promoviendo la participación social y la inclusión, atento el desarrollo de nuevas realidades sociales”²⁴.

Volviendo al marco internacional, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing del año 1995 al referirse al tópico “La mujer y la salud” determinó que: “... La salud reproductiva entraña la capacidad de

²³ Ver definición en http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf.

²⁴ MINYERSKY, Nelly, FLAHERTY, Lily Rosa: “Autonomía y derechos reproductivos de la mujer. Proceso gestacional y embrión”, La revista del Plan Fénix, año 5, número 32, marzo 2014, Pág. 74, disponible en <http://www.vocesenelfenix.com/content/autonom%C3%ADa-y-derechos-reproductivos-de-la-mujer-proceso-gestacional-y-embri%C3%B3n>.

disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual...”²⁵.

Por su parte, la Recomendación General 24 del Comité de la CEDAW (1999) reconoce la importancia del derecho de las mujeres a la salud durante el embarazo y el parto ya que se encuentra estrechamente relacionado con su derecho a la vida²⁶. A efecto de prevenir la mortalidad materna, el Comité explícitamente exige que se eliminen los impedimentos para que las mujeres accedan a los servicios de salud y puedan salvar sus vidas. Tal es el caso de los altos costos, la autorización del cónyuge, o los castigos impuestos a las mujeres que se someten a un aborto²⁷. Por último, agrega que “la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria”²⁸.

²⁵ Párr. 94

²⁶ Comité de CEDAW, *Recomendación General 24: La mujer y la salud*, 20ª Sesión de 1999, ¶ 27, Doc. de la ONU A/54/38/Rev. 1 (1999), reimpresa en *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, Doc. de la ONU HRI/tratados de derechos humanos, Doc. de la ONU HRI/GEN/1/Rev.6, (2003), Pág.271.

²⁷ Comité de CEDAW, *Recomendación General 24: La mujer y la salud*, 20ª Sesión de 1999, ¶ 14, Doc. de la ONU A/54/38/Rev. 1 (1999), reimpresa en *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, Doc. de la ONU HRI/GEN/1/Rev.6 (2003), Pág. 271.

²⁸ Comité de CEDAW, *Recomendación General 24: La mujer y la salud*, 20ª Sesión de 1999, ¶ 11, Doc. de la ONU A/54/38/Rev. 1 (1999), reimpresa en *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, Doc. de la ONU HRI/GEN/1/Rev.6 (2003), Pág. 271.

En idéntica línea, la CEDAW en su artículo 16 garantiza a las mujeres la igualdad de derechos para decidir "libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos". También, su artículo 10 declara que el derecho de las mujeres a la educación incluye "el acceso a información educativa específica para ayudar a garantizar la salud y el bienestar de las familias, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación familiar".

Las recomendaciones *supra* mencionadas fueron reafirmadas el 2 de octubre de 2020, en ocasión de la reunión virtual de la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en el marco de la reunión "Aceleración del logro de la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas", que selló el 25º aniversario de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.

Además, el Comité de CEDAW hizo énfasis en la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos durante la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19. Al respecto, el Comité instó a los Estados Parte a garantizar los servicios de salud sexual y reproductiva en tanto resultan esenciales, debiendo ofrecer servicios de salud sexual y reproductiva que tengan en cuenta la perspectiva de género, incluidos los relativos a la maternidad, a modo de respuesta ante el COVID-19. También se destacó la importancia del acceso confidencial de las mujeres y niñas a la información y servicios relacionados con la salud sexual y reproductiva, como por ejemplo métodos anticonceptivos modernos, servicios de aborto y servicios postaborto seguros en esta situación epidemiológica tan compleja²⁹.

Sumado a ello, el Comité de DESC ha aseverado que: "La prevención de los embarazos no deseados y los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados adopten medidas legales y de políticas para garantizar a todas las personas el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces y una educación integral sobre la sexualidad, en particular para los adolescentes; liberalicen las leyes restrictivas del aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y

²⁹ Documento elaborado por el Comité de CEDAW "Directrices/Notas sobre el CEDAW y COVID-19", Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx> (fecha de consulta: 13/10/2020)

asistencia de calidad posterior a casos de aborto, especialmente capacitando a los proveedores de servicios de salud; y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva”³⁰.

Recientemente, el mismo Comité ha afirmado que es particularmente importante un enfoque que tenga en cuenta el género para el derecho a la salud sexual y reproductiva. Por tal motivo, los Estados partes deben asegurar el acceso a las tecnologías científicas actualizadas necesarias para la mujer en relación con este derecho. Afirma que, en particular, los Estados partes deberían asegurar el acceso a formas modernas y seguras de anticoncepción, incluida la anticoncepción de emergencia, los medicamentos para el aborto, las tecnologías de reproducción asistida y otros bienes y servicios sexuales y reproductivos, sobre la base de la no discriminación y la igualdad³¹.

En el mismo orden, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que: “Los Estados partes deben facilitar un acceso seguro al aborto para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas, así como en las situaciones en que llevar a término el embarazo causaría a la mujer graves dolores o sufrimientos; sobre todo en los casos en que el embarazo es producto de violación o incesto, o el feto presenta una anomalía grave. 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”³².

Como se puede observar, a pesar de las obligaciones señaladas, las violaciones a los derechos de salud sexual y reproductiva de las mujeres son muy frecuentes y adoptan diferentes formas, no solo a través de la denegación del acceso a los servicios de salud —entre ellos al aborto seguro—, sino también a través de la provisión de servicios de mala calidad, la autorización de terceros para tales accesos, y otros más

³⁰ Comité de DESC, “Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, 2/5/2016, párr. 28

³¹ Comité de DESC, “Observación general núm. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, 30/04/2020, párr. 33.

³² Comité de Derechos Humanos, “Observación general núm. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida”, 30/10/2018, párr. 8

denigrantes tales como la esterilización forzada, exámenes de virginidad forzados, mutilación genital femenina y abortos forzados.

En esta oportunidad, nos centraremos en el aborto como derecho humano fundamental de las mujeres y personas gestantes. Derecho, que como se señaló, forma parte los derechos sexuales y reproductivos de las mismas, y que es inescindible del derecho a la igualdad en lo que implica su criminalización y falta de legalización.

II. C. RECOMENDACIONES A ECUADOR POR PARTE DE LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Las recomendaciones realizadas en el "Informe del Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, emitido el 3 de junio de 2020, luego de su visita al país durante el 17 al 26 de septiembre de 2019:

“j) Redoble los esfuerzos por tratar, con carácter prioritario, el problema de la violencia de género y los embarazos en la niñez y la adolescencia, entre otros medios, aplicando la Política intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes (2018- 2025);

k) Modifique urgentemente el Código Penal con el fin de despenalizar el aborto en los casos de violación, incesto y malformaciones fetales graves, y cree un entorno propicio para garantizar que todas las mujeres y niñas puedan practicarse un aborto sin complicaciones y tengan acceso a la atención posterior al aborto, garantizando el acceso a los servicios correspondientes. Respete la obligación de confidencialidad en el sistema de salud; adopte protocolos con base empírica; elabore cursos de derechos humanos dirigidos a los prestadores de servicios de salud sobre su obligación de ofrecer abortos legales, en particular cuando la vida o la salud física y mental corran peligro, y respete la privacidad y confidencialidad de las mujeres que utilizan los servicios de salud sexual y reproductiva (...)”

Las recomendaciones realizadas en el "Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias", emitido el 22 de mayo del 20204, luego de la visita realizada a Ecuador, del 29 de noviembre al 9 de diciembre del 2019:

“c) 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;

d) Aprobar leyes que prevean la ampliación de las causales de aborto legal, al menos cuando exista una amenaza para la salud física o mental de la embarazada o una grave malformación fetal o cuando el embarazo sea consecuencia de una violación o incesto.”

El Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) que recoge las Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Ecuador, publicado el 14 de noviembre del 20195 y que establece:

“a) Asegurar una coordinación efectiva y garantizar los recursos financieros y humanos suficientes para la efectiva implementación de la Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes 2018-2025 (...)

f) 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, en particular a través de la despenalización del aborto en casos de violación (...)”

El Informe del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 26 de octubre de 2017, que recoge las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Ecuador y, en la cual se recomienda:

“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 (...).”

La Recomendación General No. 35 sobre violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación general No. 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 26 de julio de 2017. Especialmente el contenido del párrafo 29, donde se recomienda a los Estados partes:

“c) Derogar, en particular en las leyes consuetudinarias, religiosas e indígenas, todas las disposiciones jurídicas que discriminan a la mujer y, de ese modo, consagran, alientan, facilitan, justifican o toleran toda forma de violencia por razón de género. En particular, se recomienda derogar lo siguiente: i) Las disposiciones que permitan, toleren o condonen cualquier forma de violencia por razón de género contra la mujer, incluido el matrimonio infantil forzado y otras prácticas tradicionales nocivas, las disposiciones que permitan realizar procedimientos médicos a mujeres con discapacidad sin su consentimiento informado y las disposiciones que penalicen el aborto, la condición de lesbiana, bisexual o transgénero y a las mujeres que ejercen la prostitución y el adulterio, o cualquier otra disposición penal que afecte a las mujeres de manera desproporcionada, en particular aquellas que conlleven la aplicación discriminatoria de la pena capital a las mujeres.”

Las Observaciones finales del Comité de Naciones Unidas Contra la Tortura, sobre el séptimo informe periódico del Ecuador del 11 de enero del 2017, en las que se recomendó a Ecuador:

“46. El Comité recomienda al Estado parte que vele porque las mujeres víctimas de una violación que voluntariamente decidan interrumpir su embarazo tengan acceso a abortos legales y en condiciones seguras.”

Las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, sobre el Sexto Informe Periódico de Cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del Ecuador, emitido el 11 de agosto de 2016, en las que recomendó al Estado ecuatoriano:

“16. El Estado parte debe revisar el Código Orgánico integral Penal afín de introducir excepciones adicionales a la interrupción voluntaria del embarazo, incluyendo cuando el embarazo sea consecuencia de un incesto o una violación, aun cuando la mujer no padezca discapacidad mental, y en caso de discapacidad fatal del feto, y asegurar que las barreras legales no lleven a las mujeres a recurrir a abortos inseguros que puedan poner en peligro su vida y su salud. Asimismo, debe incrementar sus esfuerzos con miras a garantizar que las mujeres y las adolescentes puedan acceder a servicios adecuados de salud sexual y reproductiva en todo el país y reforzar los programas de educación y sensibilización sobre la importancia del uso de anticonceptivos y los derechos en materia de salud sexual y reproductiva (...).”

El informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 5 de enero de 2016, en el cual se manifiesta:

“72. En lo que respecta a los malos tratos en entornos sanitarios, el Relator Especial exhorta a los Estados a que: a) Adopten medidas concretas para establecer marcos jurídicos y normativos que permitan realmente a las mujeres y las niñas reivindicar su derecho a acceder a los servicios de salud reproductiva; 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; c) Establezcan pautas claras sobre la aplicación de las leyes internas relativas al aborto y velen por que se interpreten en un sentido amplio; y controlen la aplicación práctica de las leyes para que las personas ejerzan en la práctica su derecho de acceso a los servicios jurídicos; d) Garanticen el tratamiento inmediato e incondicional a las personas que solicitan atención médica urgente, aunque sea como consecuencia de un aborto ilegal (...).”

Las recomendaciones del Comité de la CEDAW en el Informe de Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de Ecuador, de 11 de marzo de 2015, que señalan:

“C) Despenalice el aborto en casos de violación, incesto y malformaciones graves del feto, de conformidad con la recomendación general núm. 24 (1999) del Comité, sobre la mujer y la salud (...)”

La observación final contenida en las Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el tercer informe periódico de Ecuador, de 30 de noviembre de 2012 que establece:

“El Comité recomienda que el Estado Parte implemente la reforma al código penal con el fin de establecer excepciones a la penalización del aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una violación, aunque no se trate de mujeres con discapacidad, así como cuando se ha establecido la existencia de malformaciones congénitas.

La Observación General 2811 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, del año 2000, en la que se reconoce que para lograr la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, el Estado no debe negar el acceso a un aborto seguro a mujeres víctimas de violación. Por el principio de igualdad de los sexos, el Comité, amparado en el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, declara que es obligación del país miembro adoptar medidas para asegurar que todas las mujeres puedan prevenir embarazos no deseados, incluyendo aquellos que son resultado de una violación.”

La Recomendación general número 24 del Comité de la CEDAW de 1999", que establece:

“31. Los Estados Partes también deberían, en particular: c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. 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 (...)”

II. D. HACIA LA DESPENALIZACIÓN DE LA IVE EN LA REGIÓN LATINOAMERICANA Y ECUADOR

Como advertimos en el desarrollo anterior, el derecho internacional de los derechos humanos no constituye un obstáculo a la despenalización del aborto, sino más bien lo contrario. Los órganos de tratados tanto a nivel de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) como de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA), han acordado y sancionado las disposiciones jurídicas pertinentes y han formulado las interpretaciones legales para que los Estados Parte que aun criminalizan la práctica se adecúen a los estándares internacionales bajo el entendimiento de que la IVE es un derecho fundamental y autónomo de exigencia inmediata.

Frecuentemente se ha señalado que la protección de la vida en el sistema interamericano de derechos humanos es “a partir del momento de la concepción” de acuerdo al artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos; sin embargo, la letra textual de la Convención señala que la protección de la vida “será por ley, y en general, a partir del momento de la concepción”. Lo anterior implica comprender que la salvedad que se encuentra entre comas deja abierta la puerta y que la redacción tuvo en cuenta que al momento de su sanción, en muchos Estados la ley penal ya contemplaba supuestos de aborto no punibles.

“Esto explica las lecturas de los órganos internacionales de supervisión de los tratados que entienden que debe, como mínimo, despenalizarse el aborto con el fin de proteger los derechos de las mujeres”³³. En efecto, la despenalización de la IVE y el reclamo que nos convoca, se encuentra amparado por el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los argumentos vertidos en el caso “Baby Boy” de 1981.

Asimismo, el argumento central de esta Demanda que busca la declaración de inconstitucionalidad de la disposición que resulta de la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental”, se sostiene en

³³ Esta argumentación fue sostenida por la doctora en Derecho Mónica PINTO, quien participó en su calidad de experta del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, durante la reunión informativa del 26 de abril de 2018 del plenario de comisiones de la Cámara de Diputadas y Diputados, para debatir la legalización del aborto. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=mW6xnSPE2g0>, (fecha de consulta: 13/03/2021)

las recomendaciones generales del Comité de CEDAW y del Comité de DESC³⁴, que señalan a los Estados la necesidad de derogar las disposiciones internas que penalizan el aborto, por considerar que su criminalización constituye una forma de violencia por razón de género, que pueden incluso constituir tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes.

Respecto a los derechos humanos que se consideran violados por la disposición objeto de demanda debe decirse que, el derecho a la vida, a la salud y a la integridad de las mujeres, están consagrados por la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador complementario y, en el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. En tanto que el derecho de las mujeres a decidir el número de hijos en igualdad con los hombres, surge del artículo 10.h y 12.1 y de la CEDAW y su derecho a la privacidad para tomar libremente decisiones sobre su persona tiene amparo en el artículo 11.2 de la Convención Americana y en el 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De lo anterior se sostiene que en Ecuador, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres constituyen un piso de valores que están claramente protegidos por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contenidas en los pactos suscritos en el marco de la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos; acuerdos que obligan al Estado a adoptar todas aquellas medidas necesarias para promover su respeto en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna.

Resulta fundamental tener presente que las normas referidas protegen a las mujeres y personas gestantes y en ese sentido, el Comité de CEDAW considera que es un estereotipo que la protección del feto deba prevalecer sobre la salud, la vida y la autonomía de las mujeres. De ello que los terceros no están legitimados para reclamar respecto de las acciones de la mujer embarazada, pues se trata de su embarazo y

³⁴ El Comité de DESC en la Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), del 2/05/2016, tiene dicho “la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.” (párr 10).

su cuerpo. Por su parte, el artículo 15 del Protocolo de San Salvador y el artículo 7 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, prevén la protección especial de las mujeres antes y después del parto.

Finalmente, es importante precisar que la protección del derecho a la vida es incremental y gradual a medida que evoluciona, como lo mencionó la Corte Interamericana en el caso de Artavia Murillo. Si bien es cierto que las personas tomamos decisiones a la luz de nuestras creencias y convicciones, legislar sobre aborto no supone legitimación para ahondar en argumentos religiosos o en convicciones, que pertenecen a la esfera más íntima de la persona y a una zona de privacidad de la persona humana.

II. E. INCOMPATIBILIDAD CON EL DERECHO A LA IGUALDAD DE LA DISPOSICIÓN “EN UNA MUJER QUE PADEZCA DE DISCAPACIDAD MENTAL”

En la Demanda en cuestión, se explica que la penalización parcial del aborto actualmente estipulada en el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, constituye en sí misma una violación de derechos reconocidos y garantizados en la Constitución y tratados internacionales (derecho a la integridad personal y a la igualdad formal) y constituye además una forma de discriminación que afecta de forma desproporcionada el goce y ejercicio de otros derechos de las mujeres, niñas, adolescentes y personas con capacidad de abortar víctimas de violación y embarazadas.

En ese sentido, a través de la Demanda se visibiliza la necesidad de un pronunciamiento de la Corte Constitucional con relación a la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental”, en virtud de que en las reformas legales al COIP resueltas por la asamblea legislativa el 18 de septiembre de 2019, no se aprobó la reforma que incluía la no punibilidad del aborto en casos de violación. En este punto, se hace un desarrollo con relación al derecho a la igualdad formal y el juicio de igualdad para evaluar diferencias de trato de orden legal, así como el derecho a la igualdad material y la no discriminación.

A su vez, a través de la Demanda se visibiliza la necesidad de que la Corte se pronuncie con relación al numeral 2 del COIP aprobado el 28 de enero de 2014 y con plena vigencia desde el 10 de agosto de 2014, en apego a las recomendaciones en torno a la despenalización del aborto en *“casos de violación aún cuando la mujer no padezca discapacidad mental, incesto y malformaciones fetales graves”* que los órganos de tratados han efectuado directamente a la República de Ecuador y a la evolución jurisprudencial sobre la protección de la vida prenatal bajo la Convención Americana de Derechos Humanos.

Al efecto, queremos invocar los argumentos vertidos en el Dictamen emitido por la Doctora Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación, en el paradigmático caso “F, A L s/ Medida Autosatisfactiva”, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación exhortó a las autoridades competentes a implementar y hacer operativos los protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual; así como al Poder Judicial a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente.

Al efecto, queremos destacar los argumentos vertidos en el Dictamen de la Defensora General de la Nación, con relación a la causal de violación prevista por el artículo 86 del Código Penal Argentino (al momento del dictado de la sentencia), como parte de los supuestos previstos por la legislación que *“justifican la práctica del aborto, por entender que ante la imposibilidad de compatibilizar los intereses en pugna, se debe necesariamente sacrificar alguno de los bienes jurídicos en juego, ya que la interrupción del embarazo en estos supuestos está íntimamente relacionada con el ejercicio del derecho a la integridad, tanto física como mental.”*

Como bien señala la Doctora Maris Martínez, para poder desentrañar la complejidad de la causal de violación, es necesario remitirse al origen y momento histórico de la disposición en cuestión, es decir el año 1921 en que se sancionó el Código Penal Argentino. En efecto, esto implica situarnos en un momento en que *“las mujeres no formaban parte de las discusiones parlamentarias que precedieron la regulación de los derechos en general, y en especial, de delitos tales como los sexuales o el aborto.”* Cabe mencionar también

que *“las mujeres no podían ser sujetos de contratos sin la licencia del esposo, (...) ni podían administrar sus propios bienes. Tampoco podían estar en juicio sin licencia especial del marido”*.

Lo anterior nos permite comprender que el *“lugar de inferioridad jurídica que se deparaba a las mujeres hasta mediados del siglo XX, influyó para que el espíritu orientador en la protección contra los abusos sexuales, lejos haya estado de afirmarse en la libertad de elección y en la integridad sexual. En efecto, en ese marco histórico y social, la ley penal reguló los ataques sexuales en el Título II, CP, bajo el título “Delitos contra la honestidad”. En lugar de buscar proteger la libertad e integridad sexual de las mujeres, la regulación de los ataques sexuales buscaba resguardar el honor y nombre de quienes eran sus “dueños”, responsables o tutores”,* es decir, el honor de los padres o cónyuges de esas mujeres.

En ese sentido, el haber conseguido reconceptualizar los bienes jurídicos tutelados por las normas que penalizan la violación, implican por un lado incriminar actos que atentan contra la integridad física, psíquica y moral de las mujeres y cuerpos con capacidad de gestar y abortar, pues se reconoce legalmente que implican una agresión sexual contra su autodeterminación como seres humanos. Y en ese mismo sentido es que opera la búsqueda por la despenalización del aborto, pues implica el reconocimiento de las mujeres como personas libres para decidir sobre su sexualidad y sobre su propio cuerpo en tanto humanas.

En línea a lo anterior, podemos sostener que resulta entendible que al momento de la discusión parlamentaria sobre los casos de aborto justificados, no estuviera presente el argumento de *“la libertad sexual, la integridad sexual y la dignidad de las mujeres, pues no eran bienes jurídicos tutelados por el Código Penal. Asimismo, esto nos permite explicar “las interpretaciones restrictivas que surgieron alrededor del artículo 86, inciso 2o, CP, conforme a las cuales la norma excluiría de sus alcances a las mujeres que resulten embarazadas luego de una violación, pero que tengan pleno uso de sus facultades mentales.”*.

Es decir, resulta inimaginable discutir la decisión de interrumpir un embarazo producto de una violación, sin un básico reconocimiento de que las mujeres somos seres autónomos y libres para decidir sobre nuestro cuerpo y sexualidad. Así, la circunstancia de que el delito de violación constituya hoy en día un

atentado contra el cuerpo, mente y emociones de las mujeres y personas con capacidad de gestar, es parte del reconocimiento de humanidad por el que hemos luchado a lo largo de la historia. Y por ese mismo motivo es que hoy en Argentina, se reconoce legalmente la interrupción de un embarazo a las mujeres y personas con capacidad de gestar.

Por otra parte, a la falta de reconocimiento de los derechos femeninos en el momento en el cual se sancionaron las normas penales de la mayoría de los países de la región, debe tenerse presente que existe una confusa traducción de la versión originaria de la norma que *“ha favorecido la elucubración y persistencia de una exégesis que desconoce derechos elementales”*.

En efecto, *“la fuente del precepto bajo análisis fue el anteproyecto de Código Suizo de 1916, en su versión en francés del original en alemán. El resultado de este peculiar recorrido dio lugar a un texto cuyos alcances aún se discuten. El anteproyecto suizo, en su original en alemán, distinguía claramente tres situaciones en las que el aborto estaba permitido: por un lado, en el supuesto de violación (Notzucht), es decir el acceso carnal logrado mediante fuerza o intimidación, que se traduce literalmente como “cría en emergencia”, pero significativa de reproducción forzada; y la profanación o estupro (Schändung), que proviene del verbo desdorar, mancillar (Schänden), que se debe interpretar como el ataque sexual contra alguien incapaz de consentimiento válido (además de las mujeres con alteraciones mentales -llamadas entonces “idiotas”- se incluían en este caso a las que estuvieran inconscientes y a las que por cualquier otra razón no pudieran consentir el acto (...). El tercer supuesto previsto en el antecedente, que es mencionado expresamente en las consideraciones de la comisión legislativa, aunque no aclarado expresamente en la legislación nacional, era cuando el embarazo provenía de un incesto. El problema que presenta la norma, entonces, responde al hecho de que al realizarse la traducción no se reparó en la circunstancia de que el derecho alemán emplea nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza y para la violación de mujer insana o incapaz de consentir, a diferencia de lo que ocurren con el artículo 119, CP, que designaba, en su anterior redacción, con la palabra “violación” todos esos supuestos.”*

Por otro lado, debe decirse que la discusión parlamentaria de la norma giró en su momento, preponderantemente en torno al fin eugenésico; argumento que al día de hoy resulta totalmente insostenible. Es decir, *“la Comisión de Códigos del Senado, que fue la que propuso la incorporación de este artículo, celebró en su informe que ésta fuera, “...la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto nazca un ser anormal o degenerado”*. Afirmación que hoy en día resulta completamente inadmisibles por ser violatoria de los derechos de las mujeres y personas que padecen alguna discapacidad.

De lo anterior puede decirse que no existe motivo para establecer distinciones entre la decisión de interrumpir un embarazo con motivo de una violación a una mujer o cuerpo con capacidad de gestar que padezca de discapacidad mental y y la decisión de interrumpir un embarazo con motivo de una violación a una mujer o cuerpo con capacidad de gestar que no padezca una discapacidad; pues si bien las razones por las cuales existe un vicio en la voluntad es distinta, en ambos casos no existió consentimiento libre de la persona para la relación sexual que derivó en el embarazo que se pretende interrumpir.

II. F. EL DERECHO A LA SALUD EN CONDICIONES DE DESIGUALDAD ESTRUCTURAL

El aborto constituye un problema de salud pública pues, naturalmente las mujeres y personas gestantes -incluidas las adolescentes- con embarazos no deseados, suelen recurrir a prácticas de aborto peligrosas si no pueden acceder al aborto legal, seguro y gratuito. En ese sentido, son las mujeres pobres quienes tienen más probabilidades de someterse a este.

La OMS señala que las principales complicaciones del aborto peligroso que ponen en riesgo la vida son las hemorragias, las infecciones y los traumatismos del tracto genital y los órganos internos y que estos muchas veces derivan en la muerte³⁵. El mencionado organismo resalta también que en los países donde al aborto está completamente prohibido o se permite solo para salvar la vida de las mujeres o preservar su salud

³⁵ Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/preventing-unsafe-abortion> (fecha de consulta: 13/03/2021)

física, entre 2010 y 2014, sólo 1 de cada 4 abortos fue seguro; por el contrario, en los países donde el aborto es legal en supuestos más amplios, casi 9 de cada 10 abortos se realizó de manera segura. Finalmente, señala que restringir el acceso al aborto no reduce el número de abortos³⁶.

Así pues, legislar sobre aborto en Ecuador supone generar política pública que revierta las desigualdades por género, origen social, pertenencia étnica, color de piel, discapacidad, edad o nacionalidad. La igualdad constituye el punto de partida de la titularidad de derechos en un régimen democrático; y en el caso que nos ocupa, la igualdad de género implica el reconocimiento de la autonomía de las mujeres y personas con capacidad de abortar para decidir sobre su proyecto de vida.

La legalización de la IVE es el reconocimiento de la soberanía corporal de las mujeres y personas con capacidad de abortar. La interrupción del embarazo es un procedimiento seguro si es practicado con los instrumentos y en las condiciones adecuadas. En los países donde el aborto está permitido por la ley y el personal de salud está capacitado para ofrecer servicios seguros, la tasa de mortalidad por estas prácticas es baja, de 0,2 a 2 muertes por cada 100.000 abortos³⁷.

Respetar los derechos humanos de las mujeres, hace a la posibilidad de igualar derechos. En ese sentido, coincidimos con la Doctora Mónica Pinto en cuanto los legisladores y Magistrados deben abstenerse de “ejercer imperialismo moral, imponiendo estándares de conducta que cada persona tiene el derecho de definir”³⁸. De acuerdo a la Constitución de Ecuador y los tratados internacionales de Derechos Humanos, las decisiones con relación a la sexualidad y la reproducción deben ser respetadas y acompañadas por políticas públicas que permitan garantizar una salud integral y una vida libre de violencia en este aspecto.

La criminalización del aborto es la principal barrera de acceso al mismo, aun en las causales autorizadas, por el estigma que la punibilidad conlleva. Incluso superado el estigma existen otras barreras

³⁶ Disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/28-09-2017-worldwide-an-estimated-25-million-unsafe-abortions-occur-each-year> (fecha de consulta: 13/03/2021)

³⁷ “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo”. 2º Edición 2019, Ministerio de Salud de la Nación Argentina, pág. 10

³⁸ Argumento sostenido por la doctora en Derecho Mónica Pinto, quien participó en su calidad de experta del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, durante la reunión informativa del 26 de abril de 2018 del plenario de comisiones de la Cámara de Diputadas y Diputados, para debatir la legalización del aborto. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=mW6xnSPE2g0> (fecha de consulta: 13/03/2021)

estructurales que afectan desproporcionadamente a mujeres, personas con capacidad de abortar y niñas en situación de vulnerabilidad; tales como la condición social de bajos recursos económicos, la condición de migración, la niñez o algún tipo de discapacidad. Se viola también el derecho a la igualdad en la medida que existe desigualdad entre mujeres que están incluidas dentro de los supuestos de no punibilidad y las que no; ocasionando con esto que quienes no tienen otra alternativa acudan a un aborto peligroso.

A propósito de lo anterior, el Comité de DESC sostiene que: “Hay muchas leyes, políticas y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y la no discriminación en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, por ejemplo, la penalización del aborto o las leyes restrictivas al respecto. Los Estados partes deben velar también porque todas las personas y los grupos tengan acceso en pie de igualdad a toda la información, bienes y servicios de salud sexual y reproductiva, en particular mediante la eliminación de todos los obstáculos a los que determinados grupos puedan verse confrontados”³⁹.

Además, el órgano de supervisión del tratado de DESC ya había afirmado que: “El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos”⁴⁰.

Por su parte, el Relator Especial del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de la Asamblea General de Naciones Unidas ha dicho “una de las obligaciones más importantes de efecto inmediato asociadas al derecho a la salud es el deber de evitar la discriminación. Ello implica que, aunque haya limitaciones de recursos, el cumplimiento de esa obligación no debe ser progresivo. La discriminación y la estigmatización se consideran determinantes sociales para el disfrute del derecho a la

³⁹ Comité de DESC, “Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, 2/5/2016, párr. 34

⁴⁰ Comité de DESC, Observación general N° 14 (2000), “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11/8/2000, párr. 21

salud, puesto que las desigualdades sociales y la exclusión condicionan los resultados obtenidos en la esfera de la salud y contribuyen a aumentar la carga de morbilidad que soportan los grupos marginados.”⁴¹

En ese sentido, continuar con la política criminal del aborto tal como está planteada en la República de Ecuador, significa profundizar las desigualdades existentes en la sociedad, las que se incrementaron a partir de la situación epidemiológica de público conocimiento. Mirar de frente la realidad, despojados de preconceptos e ideas moralistas es fundamental para asegurar un Estado laico que respete los derechos humanos fundamentales de sus ciudadanas en condiciones de igualdad.

III. CONCLUSIONES

Del conjunto de principios jurídicos provenientes de los tratados de derechos humanos suscriptos por el Estado Ecuatoriano, concluimos que existe una obligatoriedad de cumplimiento que la Corte Constitucional debe hacer valer con relación a los derechos sexuales y reproductivos de mujeres, niñas y personas con capacidad de abortar. Así, con los elementos antes referidos, consideramos necesario que se declare la inconstitucionalidad de la frase “en mujeres que padecen discapacidad mental” contemplada en el artículo 150 numeral 2 del Código Integral Penal.

IV. PETITORIO

Esperando que nuestro aporte pueda contribuir a una justa resolución del caso, a V.E. solicitamos:

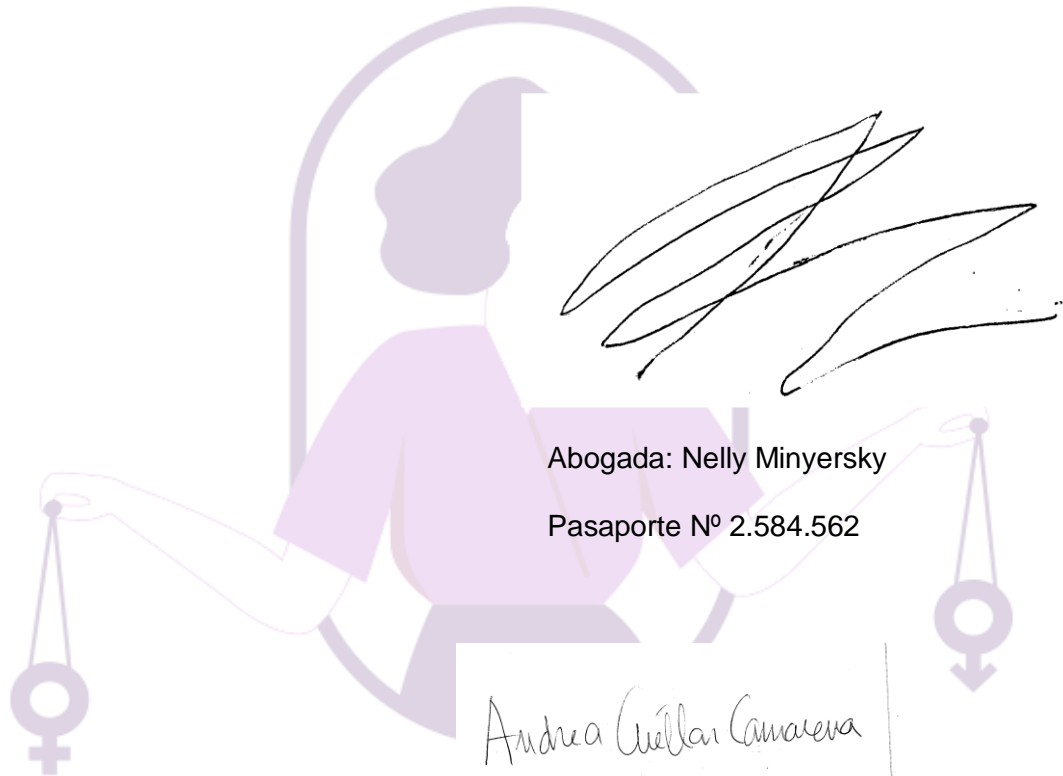
- 1) Se tenga a Género y Derecho Actual (GDA) como *Amicus Curiae* en esta causa.
- 2) Se tengan en cuenta los fundamentos de derecho expuestos en el presente documento y se resuelva en consecuencia.

⁴¹ Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Dainius Pūras, 2/04/2015, párr. 22

IV. NOTIFICACIONES.

Notificaciones que me correspondan las recibiremos a los siguientes correos electrónicos nminyersky@gmail.com y mariandrea.cc@gmail.com

Firmamos por nuestros propios derechos.



Abogada: Andrea Cuellar Camarena
Pasaporte N°16.544.765

GÉNERO Y
DERECHO
ACTUAL

