

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

La despenalización del aborto en el Ecuador
aplicando estándares internacionales desde un
enfoque garantista penal
Proyecto de investigación

María Gabriela Andrade Poveda

Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de abogada

Directora: Gabriela Monserrat Flores Villacís, LL.M
Quito, 1 de abril de 2020

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTORES / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: “La despenalización del aborto en el Ecuador aplicando estándares internacionales, desde un enfoque garantista penal”

ALUMNA: María Gabriela Andrade Poveda

DIRECTOR: Gabriela Flores Villacís

(Fernando Flores dirigió el Capítulo 1, por especialidad)

EVALUACIÓN: GABRIELA FLORES

a) Importancia del problema presentado

El tema planteado por la estudiante es relevante, pues la regulación del aborto es una discusión vigente actualmente dentro del ámbito de los derechos humanos, a nivel nacional e internacional. Los organismos internacionales de la materia, de forma unánime, han instado a los Estados a que flexibilicen sus legislaciones nacionales penales y disminuyan (o, incluso, eliminen) la carga punitiva impuesta en contra de las mujeres que deciden practicarse un aborto. Muchos Estados han decidido ya adoptar estas recomendaciones, pero el Ecuador mantiene todavía al aborto como una conducta tipificada ampliamente en los Arts. 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal. En ese marco, las reformas al COIP recientemente aprobadas (Registro Oficial Suplemento 107, 24 de diciembre del 2019) inicialmente incluían una cierta flexibilización de dichos delitos (despenalizando el aborto en ciertos casos), pero aquello no halló consenso en la Asamblea Nacional. Por otro lado, se han iniciado varias acciones de inconstitucionalidad en contra de los artículos mencionados, mostrando la inconformidad de ciertos sectores sociales con la legislación vigente y, más aún, la necesidad de un control de constitucionalidad y de convencionalidad de dichas normas. Estas acciones aún se encuentran en trámite.

En este contexto nacional e internacional, la discusión que presenta la estudiante en este trabajo es de gran relevancia y actualidad, pues refleja una preocupación social generalizada y un debate público que cada vez adquiere más vigor.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador

La hipótesis es trascendente porque, aunque la temática del aborto ha sido ampliamente discutida, la estudiante aporta un enfoque innovador de despenalización que consta de dos partes: primero, utilizando herramientas del Derecho Internacional Público y del Derecho Constitucional, plantea que los estándares internacionales actuales sobre aborto son vinculantes, generando una obligación sobre el Ecuador de modificar su legislación interna y despenalizar, al menos parcialmente, esta conducta; y segundo, defiende que la penalización del aborto también es insostenible, desde la óptica de la teoría del delito penal entendida desde una visión garantista, lo cual demanda también la despenalización.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

Los materiales utilizados por la estudiante son pertinentes, y recurre a un número suficiente de fuentes nacionales e internacionales, para sustentar sus afirmaciones. En el segundo capítulo, por ejemplo, la estudiante hace una recopilación amplia de estándares internacionales respecto de la regulación del aborto, en la esfera universal, interamericana y europea, lo cual evidencia una labor de investigación importante. La fundamentación del tercer capítulo considero, también, fue suficiente.

d) Contenido argumentativo de la investigación

La argumentación de este trabajo es buena. Específicamente en el segundo capítulo, la estudiante explica de manera clara la unanimidad de criterio de los estándares internacionales en favor de la despenalización del aborto. Más adelante, en el capítulo 3, se exponen las razones por las que estos estándares deberían ser considerados como vinculantes y requerir de parte del Estado Ecuatoriano una modificación en su legislación interna, utilizando ambas perspectivas, la internacional y la nacional.

Desde la perspectiva internacional, las razones principales que sustentan esta postura son: la tendencia creciente a reconocer los pronunciamientos de organismos internacionales no como soft law, sino como fuentes formales del Derecho Internacional; la exigencia de interpretar las obligaciones de derechos humanos bajo el principio pro homine y el principio de evolución dinámica; y, finalmente, el fenómeno de fragmentación del Derecho Internacional Público. Asimismo, desde la perspectiva nacional, la estudiante defiende que la Constitución del Ecuador da un tratamiento especial a los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluyendo los pronunciamientos de

organismos internacionales, caracterizándolos como exigibles, directa e inmediatamente aplicables y de rango constitucional.

Aunque sus afirmaciones hubieran podido ser ligeramente más profundas, sus argumentos permiten sustentar la hipótesis planteada.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación

Durante el desarrollo de la investigación, fue necesario realizar varias reuniones con la estudiante para estructurar el documento y plantear adecuadamente los argumentos de sustento de la hipótesis. A lo largo del proceso, la estudiante cumplió las tareas y acogió mayoritariamente las sugerencias realizadas y, así, la versión final representa un gran avance respecto del planteamiento inicial.

EVALUACIÓN: FERNANDO FLORES

A) Importancia del problema planteado

El problema planteado por la investigadora es de suma trascendencia e importancia por cuanto abarca uno de los temas sociales que mayor interés, debate y preocupación genera en nuestra sociedad, es decir la penalización del aborto. A la luz de grandes cambios sociales y radicales en nuestra sociedad gracias a movimientos políticos y sociales que buscan importantes reivindicaciones y cambios, el aborto es un tema que continúa siendo un punto de ataque directo no solo a la mujer sino a nuestra sociedad en general.

B) Trascendencia de la hipótesis planteada por la investigadora

La investigadora plantea un análisis nuevo y novedoso sobre el aborto, alejándose de los puntos de debate político o generales y enfocándose en la teoría del delito, entendida esta desde un prisma eminentemente garantista; lo cual la vuelve en una hipótesis nueva, interesante y trascendente, al afirmar que la penalización del aborto no cumple con los requisitos de la teoría del delito, cuando esta es sometida al análisis desde la teoría garantista del derecho penal.

C) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

El trabajo recopila de manera correcta y abundante tanto información cuantitativa relevante al tema como cualitativa, enfocándose esta en una correcta revisión e inclusión de la doctrina actualizada y autorizada sobre el pensamiento garantista del derecho penal. Los temas son abordados presentando siempre el sustento doctrinario y la fundamentación propia de la investigadora, por lo tanto, el material bibliográfico del trabajo cumple con ser suficiente y pertinente.

D) Contenido argumentativo de la investigación

La argumentación de la investigadora parte de diseccionar a la teoría del delito para realizar un análisis pormenorizado de cada una de sus categorías, acción típica, antijuridicidad y culpabilidad. Sobre cada categoría la investigadora presenta sus puntos de vista, sus argumentos y conclusiones, mismas que son debidamente amparadas por abundante material bibliográfico. La hipótesis planteada por la investigadora es entonces justificada y debidamente argumentada en base a los fundamentos e ideas de la investigadora, sustentada en una fuerte base doctrinaria, por lo cual la hipótesis planteada es debidamente justificada.

E) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación

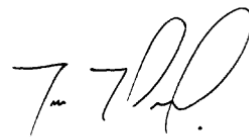
Durante el desarrollo del capítulo pertinente a la parte penal del trabajo, la alumna cumplió con todas y cada una de las observaciones y recomendaciones, realizándolas de manera correcta. De igual manera, la alumna acató todas las recomendaciones sobre investigación bibliográfica realizadas, mismas que se incluyeron en el trabajo final. Por lo tanto, todas las tareas encomendadas a la investigadora, fueron cumplidas cabal y responsablemente.

Por todo lo anteriormente mencionado, aprobamos la tesina de la estudiante y recomendamos que sea presentada para su defensa oral.

Atentamente,



Abg. Gabriela Flores Villacís
Directora

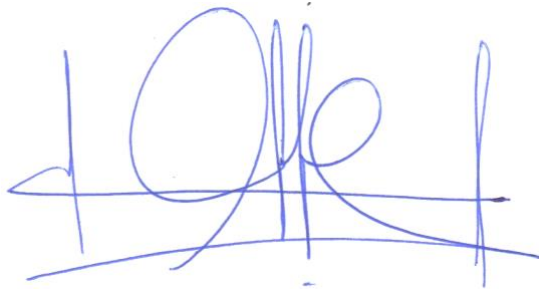


Abg. Fernando X. Flores E.
Subdirector (Cap. 1)

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento, certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, los derechos de propiedad intelectual de este trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice su respectiva digitalización y publicación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.



Firma:

Nombre: María Gabriela Andrade Poveda

C. C. 172002010-4

Código: 00116473

Fecha: Quito, 1 de abril de 2020. Type your text

Type your text

Dedicatoria

A mi mami

A mi abuelita

Agradecimientos

A Dios por sobretodas las cosas.

A mi mami María Elena, porque ella me ha demostrado el poder infinito que tiene una mujer. Ella lo ha dado todo por mí. Es mi modelo a seguir y mi mejor amiga. Ella me hizo conocer a Dios. Ella es una madre que no se cansa de esperar. Ella es mi vida.

A mi abuelita Loli, porque ella me ha llenado de un amor que no puede ser explicado a través de las palabras. Me ha dado los consejos más valiosos que una nieta puede escuchar. Nadie podrá cuidarme como ella.

A la Universidad San Francisco de Quito y a las artes liberales.

A la Universidad de Salamanca que me acogió durante un año.

A mis profesores y profesoras, quienes dieron un giro de 360° a mi forma de pensar y de ver la vida.

A mi directora de tesis, Gabriela Flores, por haberme enseñado muchísimo en todo este proceso. Siempre la he admirado por ser una profesional imparable. Ella es una persona que nunca se conforma. Ella tiene una lucha. Ella me demuestra que los Derechos Humanos llegan a tu vida para quedarse.

A mi sub-director de tesis, Fernando Flores, por acompañarme sustancialmente en mi investigación. Él me ha contagiado esa pasión por seguir hurgando y cuestionando al mundo del Derecho Penal.

Una especial mención a mis profesores y profesoras de estas dos subespecializaciones: Daniela Salazar, Xavier Andrade, Shelley Cavallieri, Hugo Cahueñas, Juan Pablo Albán, Johanna Fröhlich, Pier Pigozzi, Gladis Proaño.

Todos ustedes han formado parte de este gran sueño. El sueño de ser abogada.

RESUMEN

La interrupción voluntaria del embarazo y el tratamiento jurídico-penal que se hace de ella, es una cuestión polémica tanto a nivel local, como a nivel internacional. Cabe señalar que la tendencia mundial a despenalizar el aborto, es evidente. En este sentido, los estándares internacionales en materia de aborto que han sido emitidos por entes jurisdiccionales y -sobre todo- cuasi-jurisdiccionales, deben ser considerados como fuente de obligaciones para el Ecuador, Estado garantista, en la medida que estos protegen de mejor manera los derechos de las mujeres que desean interrumpir su embarazo. La legislación penal ecuatoriana debe corresponderse con dichos pronunciamientos, caso contrario, el Ecuador podría comprometer su responsabilidad internacional por violar derechos humanos.

ABSTRACT

The voluntary interruption of pregnancy and its legal-criminal treatment, is a controversial issue both on a national and an international level. It should be noted that the global tendency to decriminalize abortion is evident. In this sense, international abortion standards that have been issued by jurisdictional and -most of all- quasi-jurisdictional entities should be considered as a source of obligations for Ecuador, as a State that guarantees human rights, to the extent that they better protect the rights of women who wish to interrupt their pregnancy. Ecuadorian criminal legislation must correspond to these pronouncements, otherwise, Ecuador could compromise its international responsibility for violating human rights.

Índice

Introducción.....	13
1. Capítulo I: La regulación del aborto en el Ecuador.....	15
1.1. Contexto histórico y coyuntural sobre la despenalización del aborto en el Ecuador.....	15
1.2. Contexto general sobre la regulación del aborto en el Ecuador.....	16
1.3. La doctrina garantista del Derecho penal y su aplicación en materia de aborto.....	19
1.4. Derecho penal del enemigo en materia de aborto.....	21
1.5. El aborto y el “deber ser” de la normativa penal.....	23
1.6. Análisis de la teoría del delito aplicada al artículo 150 del COIP desde la escuela finalista con enfoque garantista.....	25
1.6.1. Tipicidad: ¿aborto como acción típica?.....	25
1.6.2. Antijuridicidad.....	27
1.6.3. Culpabilidad.....	29
1.7. La finalidad de la pena y el tipo penal que criminaliza el aborto.....	29
2. Capítulo II: La regulación del aborto en el DIDH.....	33
2.1. Relación entre el DIDH con el Derecho Penal.....	33
2.2. Regulación del aborto en el DIDH.....	34
2.2.1. Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH).....	35
2.2.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).....	35
2.2.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)....	35
2.2.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).....	37
2.2.1.4. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT).....	38
2.2.1.5. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).....	39
2.2.1.6. Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).....	40
2.2.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).....	41
2.2.3. Casos.....	42

2.2.3.1.	Caso K.L. Vs. Perú.....	42
2.2.3.2.	Caso Mellet Vs. Irlanda.....	44
2.2.3.3.	Caso Whelan Vs. Irlanda.....	45
2.2.3.4.	Caso Baby Boy Vs. EEUU.....	46
2.2.3.5.	Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización <i>in vitro</i>) Vs. Costa Rica.....	48
3.	Capítulo III: Carácter vinculante de los instrumentos internacionales en materia de aborto en el Derecho Internacional Público.....	51
3.1.	Carácter vinculante de los estándares internacionales sobre aborto en el Ecuador: perspectiva internacional.....	52
3.1.1.	Fuentes tradicionales del DIP y su falta de vigencia en la actualidad.....	53
3.1.2.	Mecanismos de interpretación de las obligaciones de Derechos Humanos y su relevancia en la despenalización del aborto.....	55
3.1.3.	Soft-law como fuente de DIP.....	58
3.1.4.	La fragmentación en el DIP y su utilidad en materia de aborto.....	62
3.2.	Carácter vinculante de los estándares internacionales sobre aborto en el Ecuador: perspectiva nacional.....	65
3.2.1.	Tratamiento que da la Constitución a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.....	65
3.2.2.	Reconocimiento del carácter vinculante de los pronunciamientos de entes cuasi-jurisdiccionales en el Ecuador por parte de la Corte Constitucional.....	68
	Conclusiones.....	72
	Bibliografía.....	75

Introducción

La interrupción voluntaria del embarazo y el tratamiento jurídico-penal que se hace de ella, es una cuestión polémica tanto a nivel local, como a nivel internacional. Cabe señalar que la tendencia global a despenalizar el aborto, es evidente. Sin embargo, la otra parte, aquella que considera que el derecho de la mujer debe ceder ante el derecho del no-nacido, también mantiene una posición radical abogando por la proscripción del aborto o su correspondiente limitación, dependiendo la política criminal del Estado que se trate. En esta ocasión, si bien se acude a situaciones que han ocurrido en el plano internacional, se abordará cómo esta ha logrado insertarse en el orden jurídico ecuatoriano, cumpliendo o no, con los estándares internacionales en materia de derechos humanos. De esta manera, el objeto de análisis principal de este trabajo de investigación, es el caso ecuatoriano, lo cual no obsta para que se acuda a todo el *corpus iuris* que ha venido regulando el aborto. En consecuencia, se ha estructurado el presente trabajo de investigación pensando en tres aristas que se consideran fundamentales, a fin de intentar entender, cómo cada una de ellas, y en qué medida, ha colaborado para formar la discusión que gira en torno al aborto.

En primer lugar, se analizará la regulación del aborto en el Ecuador; particularmente, se describirá y criticará el estatus de la normativa penal, desde un punto de vista de corte garantista. En segundo lugar, se analizará el fenómeno, desde un enfoque de Derecho Internacional de Derechos Humanos (en adelante, DIDH), conforme a pronunciamientos que de él han hecho, los diversos órganos pertenecientes al Sistema Universal de Derechos Humanos (en adelante, SUDH) y al sistema regional americano, Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH); este presentará estándares relevantes en la materia, así como casos hito que vale la pena conocer. En tercer lugar, se analizarán temas relativos al Derecho Internacional Público (en adelante, DIP), que han generado cuestionamientos que no necesariamente calzan con las regulaciones de antaño, y que tienen efecto en el tratamiento de la despenalización del aborto en un mundo globalizado.

Sobre este último punto, se abordarán temáticas innovadoras como el carácter obsoleto del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, ECIJ) en la actualidad, frente al carácter vinculante que tienen algunas fuentes no tradicionales, como los pronunciamientos de los órganos internacionales cuasi-jurisdiccionales. De alguna u otra forma, estas novedades aportan al argumento sobre el

carácter vinculante que tiene el soft-law en materia de Derechos Humanos por la importancia de los valores que tiene detrás. Además, vale la pena determinar que, para el Ecuador, el soft-law debe ser cumplido, no solo por el valor de las obligaciones que contiene, sino porque tanto desde una perspectiva nacional e internacional, los pronunciamientos de estos órganos cuasi-jurisdiccionales en materia de aborto son obligatorios, pues constituyen estándares que protegen de una manera más adecuada y amplia los derechos de las mujeres, sobretodo, de aquellas que desean interrumpir su embarazo. Así, se establecerá, que nuestra legislación penal local tal y como se encuentra, no se corresponde ni con el marco garantista de nuestra Constitución, ni con los parámetros que para ello, han establecido los Comités de la ONU y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH).

1. CAPÍTULO I: La regulación del aborto en el Ecuador

1.1. Contexto histórico y coyuntural sobre la despenalización del aborto en el Ecuador

El Pleno de la Asamblea Nacional, debatió una propuesta de reforma realizada por el ex Defensor Público General, Dr. Ernesto Pazmiño, misma que sugería modificar el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP) para incorporar, como causal de aborto no punible, a la violación en contra de cualquier mujer y no únicamente en contra de una mujer con discapacidad mental. La Comisión de Justicia y Estructura del Estado, para proponer tal reforma, tomó en cuenta los pronunciamientos y recomendaciones de algunos órganos de tratados solicitando que la Asamblea Nacional considere los argumentos ahí expuestos. Sin embargo, con fecha 17 de septiembre de 2019, el Legislativo, tras las votaciones correspondientes en segundo debate, no dio paso a la despenalización del aborto en casos de violación, por no haber obtenido los votos suficientes. Esta reforma lo que planteaba es un cambio del artículo 150 numeral 2, por el siguiente texto: “si el embarazo es consecuencia de una violación, violación incestuosa y en el caso establecido en el artículo 164 de este Código”. De igual forma, se planteaba la posibilidad de agregar un tercer numeral: “Si el embrión o feto padece una patología congénita adquirida o genética incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal”. Ninguna de las propuestas fue aprobada por los asambleístas.

Con fecha 18 de octubre de 2019, el Presidente de la República, Lenín Moreno Garcés, hizo llegar a la Asamblea Nacional, mediante oficio, su objeción parcial por razones de inconstitucionalidad y objeción parcial al referido Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al COIP. Entre las disposiciones que fueron vetadas, se encontraba aquella relacionada al aborto no punible. Esto dejaba la puerta abierta para que la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, CCE) analice si realmente existía la inconstitucionalidad encontrada por el Presidente. Posteriormente, el 27 de noviembre de 2019, la CCE emitió un dictamen a través del cual no dio paso a la objeción presentada por el primer mandatario mencionando que esa no era la vía adecuada, sino bien presentando un proyecto de ley a la Asamblea Nacional para despenalizarlo, o mediante la presentación de una demanda de inconstitucionalidad del numeral 2 del artículo 150 del COIP ante la CCE. La CCE ha dicho que, “el error de técnica legislativa

relacionado con la Disposición Transitoria en cuestión no es materia de examen de constitucionalidad: sus deficiencias pudieron ser corregidas mediante un veto ordinario del presidente de la República y no mediante uno por inconstitucionalidad”. Por otra parte, el 18 de noviembre de 2019, fue admitida a trámite la causa No. 34-19-IN, que corresponde a una demanda de inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 149 y 150 del COIP, respecto al aborto consentido y aborto no punible. Así, al no haberse pronunciado la CCE en el dictamen del 27 de noviembre sobre la constitucionalidad o no del numeral 2 del artículo 150, y al no haber sido, la criminalización del aborto, materia ni de reforma legislativa ni de objeción presidencial, la CCE deberá emitir sentencia para dar respuesta a esta situación incierta. Hasta la fecha, el aborto no punible se mantiene tipificado en los siguientes términos:

Art. 150.- Aborto no punible.- El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.

1.2. Contexto general sobre la regulación del aborto en el Ecuador

Si nos remitimos al artículo 150 del COIP, el aborto no es punible en tres supuestos. El primer numeral, recoge los dos primeros supuestos: (i) Cuando la *vida* de la mujer corre peligro al continuar el embarazo y este no puede ser evitado por otros medios y, (ii) Cuando la *salud* de la mujer corre peligro al continuar el embarazo y este no puede ser evitado por otros medios. El segundo numeral, en cambio, recoge el tercer supuesto: (iii) Cuando el embarazo ha sido producto de una *violación* a una mujer con discapacidad mental. En consecuencia, si una mujer desea practicarse un aborto por fuera de estas circunstancias, esta cometería un delito sancionado con una pena privativa de libertad de entre 6 meses a 2 años. Sin embargo, esto no quiere decir que la práctica del aborto no sea generalizada.

¹ Código Orgánico Integral Penal. Artículos 147-150. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

Es necesario apuntar que, en un contexto de ilegalidad, las cifras que se llegan a conocer sobre la cantidad de abortos practicados versus la cantidad de abortos que efectivamente se practican, son inciertas. Sin embargo, a pesar de la problemática del subregistro, según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (en adelante, INEC), el aborto es la tercera causa de morbilidad de mujeres y la sexta causa de morbilidad en general², por lo que se convierte en un problema de salud pública. Asimismo, datos del Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica del Ministerio de Salud Pública, arrojan que el porcentaje de abortos incrementa anualmente en un 7%³, lo que da cuenta que el criminalizar el aborto no permite reducir su práctica en el Ecuador.

Según el INEC, solamente en el año 2014, se registraron 1.955 embarazos en niñas menores de 14 años⁴, a pesar de que, en el COIP, esta situación es perfectamente subsumible a lo que prescribe su artículo 171 numeral 3⁵; es decir, se trata de una violación cuya consecuencia más probable, será una maternidad forzosa para la niña embarazada. De igual forma, datos de la Fiscalía General del Estado indican que, desde el 2009, se han registrado denuncias en contra de mujeres que han acudido a instituciones médicas en busca de atención en casos de abortos en curso, diferidos o incompletos. Así, entre enero del 2013 y enero de 2019, 435 mujeres han sido criminalizadas por aborto en Ecuador⁶. En consecuencia, muchas mujeres que requerirían atención médica en casos post aborto, no lo hacen ya que son disuadidas al carecer de confianza en el Sistema de Salud Público, aunque su salud y su vida se encuentren en inminente riesgo⁷. Por otra parte, los profesionales de la salud no disponen de información legal adecuada para atender estos casos. Por lo que su temor a ser penalizados en el caso de no denunciar a las mujeres, los lleva a –en efecto– denunciarlas, desconociendo que la revelación del secreto profesional constituye delito, en virtud al artículo 179 del COIP, el cual prescribe lo siguiente: “La persona que teniendo conocimiento por razón de su estado u oficio,

² INEC. Anuario de Nacimientos y Defunciones Ecuador, 2014.

³ Ana Cristina Vera. “Códigos Patriarcales, construyendo desigualdades: realidades sobre la judicialización de las mujeres por abortar”. *Nuevos tiempos nuevos desafíos sobre el Primer Congreso Ecuatoriano de Derechos Humanos llevado a cabo en junio de 2016*. CEDHU, diciembre de 2016, p. 65.

⁴ INEC, Ob. Cit.

⁵ Código Orgánico Integral Penal, Ob. Cit., Artículo 171 numeral 3.

⁶ Fiscalía General del Estado, Consejo de la Judicatura. Datos recopilados por Surkuna entre enero de 2013 hasta enero de 2019.

⁷ Ana Cristina Vera, Ob. Cit., p. 67.

empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño a otra persona y lo revele, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año”⁸. Sin embargo, el artículo 276 del mismo cuerpo normativo, parece estipular una norma que se colige con el artículo 179:

Art. 276.- Omisión de denuncia por parte de un profesional de la salud.- La o el profesional o la o el auxiliar en medicina u otras ramas relacionadas con la salud que reciba a una persona con signos de haber sufrido graves violaciones a los derechos humanos, a la integridad sexual y reproductiva o muerte violenta y no denuncie el hecho, será sancionado con pena privativa de libertad de dos a seis meses⁹.

Como se puede observar, el artículo 179 del COIP, si bien tipifica como delito a la revelación de secreto profesional, por el otro lado, el artículo 276 obliga a los profesionales de la salud a denunciar en caso de recibir a una persona (en este caso, a una mujer) con signos de haber sufrido violaciones a su integridad sexual y reproductiva. El denunciar actos de violencia sexual cometidos en contra de una mujer, conlleva, lamentablemente, a efectuar una denuncia en la que eventualmente se determinará si es que la mujer violada, interrumpió o no un embarazo en curso; lo cual implicaría denunciar un aborto. En consecuencia, se puede determinar una suerte de antinomia que conduce inevitablemente a la inseguridad jurídica. Lamentablemente, en ambos supuestos, las mujeres terminarán siendo las víctimas, debido a una falta de claridad sobre cómo deben proceder los profesionales de la salud en este tipo de casos.

Como si esto no fuera suficiente, cuando se presenta una denuncia de esta naturaleza, se transgrede aquello que la Constitución del Ecuador y el COIP establecen en materia probatoria. En primer lugar, la Constitución establece que, para asegurar un debido proceso, “las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”¹⁰. En segundo lugar, el COIP prescribe la siguiente regla al momento de rendir testimonio: “No se recibirá las declaraciones de las personas depositarias de un secreto en razón de su profesión, oficio o función, si estas versan sobre la materia del secreto [...]”¹¹. En este sentido, el mismo cuerpo normativo, contiene un principio procesal denominado como “prohibición de

⁸ Código Orgánico Integral Penal, Ob. Cit., Artículo 179.

⁹ *Id.*, Artículo 276.

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76 numeral 4. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

¹¹ Código Orgánico Integral Penal, Ob. Cit., Artículo 503 numeral 2.

autoincriminación”, es decir que, “ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal”¹². De esta manera, se entienden inadmisibles tanto los testimonios por parte de médicos, como la autoincriminación. En muchos casos, la Policía interroga a las mujeres sin la presencia de su abogado/a, lo cual viola su derecho constitucional a la legítima defensa y su correspondiente garantía a no ser interrogadas fuera de los recintos que han sido destinados para el efecto¹³. De igual forma, se utilizan como prueba de culpabilidad, los testimonios de dichas mujeres, así como los partes policiales que han sido levantados en su contra, aunque la Constitución y la ley, expresamente lo prohíben. En este sentido, las pruebas que se hayan logrado en tales condiciones, no deberían tener ni validez ni eficacia probatoria¹⁴; por el contrario, debería sancionarse a quien haya violado tales normas, estableciéndole la sanción que corresponda, ya sea penal o administrativa¹⁵.

1.3. La doctrina garantista del Derecho Penal y su aplicación en materia de aborto

En su libro *Derecho y Razón*, Ferrajoli ha dicho que el garantismo surge como una reacción ante la pugna entre lo que prescriben las constituciones, como normas de rango superior en los diversos ordenamientos jurídicos que reconocen derechos y garantías ideales para la ciudadanía, y lo que sucede en la realidad¹⁶. Es decir, tales derechos y garantías no han cobrado vida y se han quedado en los textos de las constituciones y de los instrumentos internacionales de derechos humanos sin cumplir el fin para el cual fueron creados. Esta propuesta ferrajoliana es indudablemente un arma para que las mujeres puedan hacer efectivos sus derechos y garantías que han sido desconocidos y abandonados por teorías tradicionales. Por lo que, en materia de aborto, el poder punitivo del Estado debe ser reducido en aras de respetar los espacios de intimidad y libertad de sus mujeres¹⁷. Dicho esto, una teoría garantista del Derecho Penal diferencia la vigencia, la validez y la eficacia de las normas penales. Es decir, una norma penal vigente, puede ser inválida, porque su contenido contraviene el de una norma superior, como la

¹² *Id.*, Artículo 5 numeral 8.

¹³ Constitución de la República del Ecuador, Ob. Cit., Artículo 76 numeral 7 literal e).

¹⁴ *Id.*, Artículo 76 numeral 4 y Artículo 77 numerales 3, 4, y 7.

¹⁵ *Id.*, Artículo 77.

¹⁶ Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón (1ª ed., 1989)*, Madrid: Trotta, 1998.

¹⁷ Cesare Beccaria. *De los delitos y de las penas (1ª ed., 1766)*. Buenos Aires: Arayú, 1959.

Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos. De igual forma, una norma penal que se encuentra vigente, al mismo tiempo, puede ser inefectiva, ya que su contenido no es considerado por normas inferiores, como reglamentos, decretos, entre otros. De esta manera, cláusulas como el principio de inocencia, la igualdad ante la ley, y la prohibición de discriminación, son válidas y vigentes, aunque en la práctica, no son del todo efectivas¹⁸.

Así, el Estado, a través de los funcionarios públicos, debe procurar para que los derechos de las mujeres, los cuales se encuentran contemplados en la norma, sean efectivamente ejercidos por ellas. Aquí mismo, puede encontrarse el límite de la actuación estatal, es decir, el Estado debe abstenerse de colocar a las mujeres, ya sea *de iure* o *de facto*, en una situación periférica y aparentemente débil, que obstaculice el aseguramiento de sus derechos fundamentales. Las mujeres deben tener la posibilidad de ser libres y de encontrarse en igualdad de condiciones respecto al resto de ciudadanos¹⁹. Se supone que en este nuevo “modelo garantista de democracia constitucional”, el legislador está obligado a adoptar las medidas necesarias con miras a satisfacer aquellas expectativas que él mismo ha generado²⁰. En este sentido, si se insiste en continuar aplicando los aspectos relacionados al Derecho Penal de manera simbólica, estos permanecerán vacíos de contenido, y no podrá observarse un cambio sustancial que otorgue la igualdad material que requieren las mujeres. El Estado continuará invadiendo el ámbito privado de sus ciudadanas, tomando decisiones sin antes escuchar a las interesadas, condenándolas sin un juicio previo, discriminándolas, etc.

En consecuencia, tanto a los operadores de justicia, como a los estudiosos del Derecho, nos corresponde cumplir con el deber de criticar al Derecho Penal vigente conforme a los lineamientos de la validez formal y sustancial que derivan de los principios constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos. No procede, en palabras de Ferrajoli, presentar las normas, particularmente sobre aborto, “con una coherencia y plenitud que efectivamente no tienen, sino, por el contrario, dejar al descubierto la incoherencia y la falta de plenitud, poniendo en evidencia aquellas normas

¹⁸ Daniel Rafecas. *Una aproximación al concepto de garantismo penal*. Universidad de Buenos Aires, p. 169.

¹⁹ Dario Melossi. “Garantismo y criminología crítica (1ª ed., 1991)”. *Pena y Estado*. Barcelona: PPU, 1991.

²⁰ Andrés Ibáñez. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

inferiores y prácticas operativas [...] inválidas y aquellas normas superiores [...] inefectivas”²¹. Mientras se continúe criminalizando el aborto, se dará una contraposición con el Estado constitucional de derechos. Esto, ya que, a través de la tipificación actual del aborto, el Estado viola sistemáticamente una variedad de derechos constitucionales, así como de derechos contenidos en instrumentos internacionales a las mujeres. En consecuencia, las mujeres en el Ecuador, no reciben un tratamiento que se ajuste con el corte garantista que ofrece nuestro ordenamiento jurídico.

1.4. Derecho penal del enemigo en materia de aborto

La política penal ecuatoriana ha adoptado el concepto jurídico-político del “moderno Derecho Penal” como respuesta del poder político, a la demanda social de seguridad por el incremento de la ola delincriminal, afectando desproporcionalmente a las mujeres que han sido criminalizadas por aborto. Es decir, ante un endurecimiento de las penas y una continua tipificación de delitos, la punición del aborto no es una excepción. Así, se ha desarrollado un sistema punitivo de *primera ratio*, que se encasilla más en la tendencia teórica denominada derecho penal del enemigo que de la tesis del garantismo, discriminando a las mujeres²². Se debe imponer un contrapeso al poder punitivo del Estado a través de una política penal que no se despoje del marco mínimo de protección para todas las mujeres: garantías del debido proceso, respeto a los derechos fundamentales, tutela judicial efectiva que aplique una protección internacional de los derechos humanos y que aplique los convenios y tratados internacionales a favor de la mujer. Y que nuestros jueces retomen su rol de garantistas: que apliquen los principios de derecho penal mínimo, que las medidas cautelares sean de *ultima ratio* y que respeten el principio de presunción de inocencia; que sean jueces garantistas para que el sistema procesal sea un modo de alcanzar la justicia²³.

Bajo el razonamiento de Jakobs, enemigo es aquel ciudadano que, por su posición, forma de vida o quizás su pertenencia a una organización, ha abandonado el Derecho, no de forma incidental sino duradera²⁴. Ya sea porque no garantizó la más mínima seguridad

²¹ Luigi Ferrajoli, Ob. Cit.

²² Miguel Antonio Arias. *Garantismo Penal: Análisis en el Sistema Penal Ecuatoriano*, p. 23.

²³ *Ibíd.*

²⁴ Günther Jakobs. “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”. *Revista peruana de Ciencias Penales, edición especial sobre el Código penal peruano*, Año VII-VIII, N° 12, p. 55.

cognitiva, o porque tiene un déficit, que lo expresó a través de su conducta. Lo cual lleva a la conclusión que al encontrarse inminentemente fuera del sistema no tiene derecho a gozar de todos los beneficios como si fuera una persona, siendo el enemigo, una no persona²⁵. Bajo esta concepción, las mujeres que abortan están fuera del sistema dominante, y por tanto no les corresponden las garantías del sistema. La mujer que aborta adquiere ese estatus y es tratada como una “no persona”. Por ello, el poder punitivo del Estado no le reconoce garantía de ninguna naturaleza y puede aplicársele de la forma más agresiva violando garantías y derechos que se encontraban consagrados en las constituciones y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La puesta en vigencia en el Derecho penal del concepto de “enemigo” o “no persona” significa un franco retroceso en el sistema de protección efectiva de los derechos humanos de las mujeres. Si bien existe una abundante legislación internacional a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que forman parte de los ordenamientos jurídicos locales, esta resulta insuficiente para proteger a la mujer de los abusos del poder, porque el Estado ha abandonado su concepción de Estado medio y se ha convertido en un Estado fin con plenos poderes para eliminar a sus “enemigas”. Esta exposición resulta insostenible a la luz de los derechos humanos²⁶. De esta manera, partiendo de una falsa percepción de la criminalización se sustenta la ilusión de la solución de gravísimos problemas sociales, que lo único que hace es neutralizar o paralizar la búsqueda de soluciones eficaces o reales. Cada vez que se pretendió solucionar problemas como la brujería, la herejía, la prostitución, **el aborto**, etc., cada uno de estos conflictivos problemas dejó de ser un problema (El resaltado me pertenece). Sin embargo, este fue resuelto por otros medios o no los resolvió nadie, pero absolutamente ninguno de ellos fue resuelto por el poder punitivo²⁷.

Desde mi punto de vista, el COIP ecuatoriano se enmarca en este concepto del derecho penal del enemigo, pues fue forjado por la presión social de una colectividad conservadora que clamaba continuar criminalizando a las mujeres por abortar. En consecuencia, desplaza al modelo penal garantista por un “modelo penal de la seguridad

²⁵ Raúl Eugenio Zaffaroni. *Derecho Penal, parte general*. EDIAR, 2000, p. 21.

²⁶ Miguel Antonio Arias, Ob. Cit.

²⁷ Günther Jakobs. *La prohibición de regreso en los delitos de resultado; nuevo concepto de Derecho Penal, Tomo IV*. Universidad Autónoma de Madrid, 2008, p. 132.

ciudadana”²⁸, que en ningún momento brinda seguridad a sus mujeres. La seguridad ciudadana no es un concepto que debe ser impuesto con la implementación de la represión y la aplicación implacable del *ius puniendi* o el aumento desmesurado de las penas en contra de las mujeres que abortan. La seguridad tiene que ser el resultado de la justicia, en la medida en que las agudas contradicciones sociales, políticas y económicas en un pueblo empobrecido desaparezcan o por lo menos se atenúen. Lo paradójico de este endurecimiento del *ius puniendi*, en el caso ecuatoriano, es que no ha frenado la cantidad de abortos que se practican, y tampoco ha consolidado un sistema de seguridad para con sus ciudadanas. En concordancia con el maestro Carlos Parma, es hora de declararse “enemigos del derecho penal del enemigo”²⁹, por la propia vigencia del derecho penal. Caso contrario, todo problema político de la sociedad pretenderá buscar refugio en el derecho penal.

1.5. El aborto y el “deber ser” de la normativa penal

Desde el 2008, el Ecuador ha sido definido como “un Estado constitucional de derechos y justicia, [...]”³⁰. Puntualmente, sobre el “Estado constitucional, de derechos y justicia”, Ramiro Ávila Santamaría, actual Juez de la CCE, ha dicho que,

El Estado constitucional se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley y las sentencias, garantizados a través del control de constitucionalidad y el rol activo y creativo de los jueces. En el Estado de derechos, tanto el Estado como el derecho del que este emana están sometidos a los derechos de las personas; además, se reconocen varios sistemas normativos distintos al derecho producido por el Parlamento y se multiplican, en consecuencia, las fuentes de derecho. El Estado de justicia es el resultado de la superación de un Estado que provoca y genera inequidad. La Constitución del 2008 asume con vigor el modelo igualitarista, que se basa en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos o peor situados y en un Estado que no puede ser sino fuerte³¹.

Es decir, el Ecuador sigue la línea de un modelo constitucional garantista, y, por ende, su legislación penal debería guardar concordancia no solamente con la Constitución, sino

²⁸ Edgardo Alberto Donna. *¿Es posible el derecho penal liberal?* Universidad de Buenos Aires.

²⁹ Carlos Parma. *Problemática del Derecho penal posmoderno*. Cita la conferencia dictada por Raúl Eugenio Zaffaroni sobre el derecho penal del enemigo en la Universidad de Congreso, el 19 de agosto de 2005. Lima: ARA Editores, p. 42.

³⁰ Constitución De La República Del Ecuador, Ob. Cit., Artículo 1.

³¹ Ramiro Ávila. “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XV*. Montevideo, 2009, p. 775.

también, con aquellos instrumentos internacionales que han sido ratificados por nuestro país. En el año 2010, la CCE emitió una sentencia interpretativa³², la cual habla sobre cómo debe proceder la interpretación constitucional garantista de carácter integral. Esta, consiste en “una interpretación como combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho”³³, esto es, cambiar de la interpretación meramente literal y tradicional, a la interpretación constitucional garantista de carácter integral³⁴. De igual forma, la Exposición de Motivos del COIP, también resulta prometedora, basta leer sus numerales 2, 4, 5 y 6. El numeral 2, nos habla del imperativo constitucional; es decir, que la legitimidad del COIP se nutre del Bloque de Constitucionalidad. El numeral 4, establece una actualización doctrinaria de la legislación penal; es decir, que la legislación ecuatoriana se adecuará a nuevas tendencias normativas y conceptuales, doctrinales, y jurisprudenciales, que surjan en la modernidad, con el fin de optimizar nuestra cultura penal, así como nuestra administración de justicia en materia penal. El numeral 3, por su parte, demuestra la intencionalidad del Estado por respetar los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, respecto de la normativa infra constitucional. Finalmente, el numeral 6, determina la limitación del *ius puniendi* cuando intervienen los derechos y garantías de las partes en conflicto³⁵.

En virtud de lo mencionado en líneas anteriores sobre la manifestación y aplicación de la “interpretación constitucional garantista de carácter integral”³⁶, en el Ecuador, la tipificación de infracciones penales, así como el establecimiento de los procedimientos que correspondan, deben guardar armonía con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Lamentablemente, en materia de aborto, se continúa judicializando a las mujeres que se lo practican. Esto, ocasiona una interferencia arbitraria en sus derechos sexuales y reproductivos, en su derecho a la privacidad, entre otros. De esta manera, si bien se presume que el sistema penal

³² Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC*, Caso No. 0019-09-IC, 2010.

³³ María Luisa Balaguer Callejón. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Madrid: Editorial TECNOS S. A., 1997, p. 25.

³⁴ Constitución De La República Del Ecuador. Disposiciones Transitorias. Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC, Caso No. 0019-09-IC de la Corte Constitucional, Ob. Cit., pp. 212-218.

³⁵ Código Orgánico Integral Penal, Ob. Cit., Exposición de Motivos, p. 2-5.

³⁶ María Luisa Balaguer Callejón. , Ob. Cit. Constitución De La República Del Ecuador, Ob. Cit. Disposiciones Transitorias, pp. 212-218.

ecuatoriano es esencialmente garantista, sus actuaciones no se encuentran encaminadas a la promoción, protección y tutela de los derechos humanos de todas sus ciudadanas³⁷.

1.6. Análisis de la teoría del delito aplicada al artículo 150 del COIP desde la escuela finalista con enfoque garantista

El garantismo no necesariamente es una corriente que habla estrictamente de las categorías del delito. El garantismo es una forma de entender generalmente a todo el Derecho Penal, por lo que no se estaría hablando de una “acción garantista”, cosa que sí sucede con la acción causal y la acción finalista. De esta manera, para hablar de las categorías de la teoría del delito, la escuela que más se acerca al garantismo, es la escuela finalista. El finalismo es la escuela más moderna para entender a la teoría del delito, cuestión que no se podría desde un enfoque clásico o neoclásico. En consecuencia, se abordará el esquema finalista del delito, con sus respectivas categorías tradicionales, aunque con un tinte garantista penal. De esta forma, se intentará determinar si aquellas se ajustan o no al objeto de este trabajo de investigación.

1.6.1. Tipicidad: ¿aborto como acción típica?

El finalismo ha sostenido que el tipo siempre ha tenido un aspecto subjetivo; y, en relación con la culpabilidad se dijo que su esencia radicaba no en el nexo psicológico, dolo, por ejemplo, sino en un juicio de reproche³⁸. Hans Welzel, padre de esta corriente doctrinaria, dice que,

La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente causal. La “finalidad” o el carácter final de la acción se basa en que el ser humano, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan, a la consecución de estos fines³⁹.

Remitiéndonos a la tipicidad, el finalismo habla de un dolo: de una acción dolosa final, mas no de una acción dolosa causal. La acción dolosa final es la que parte de la determinación de un fin, para luego regresar a determinar los medios que permitirán al agente conseguirlo. Por el contrario, la escuela causalista tiene como fundamento a las ciencias naturales; es decir, la acción consiste en generar algún efecto en el mundo

³⁷ Harold Burbano. *Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos en el Ecuador: El derecho penal en un Estado garantista, un “deber ser” del nuevo Código Orgánico Integral Penal*.

³⁸ Juan Córdoba Roda. *Una nueva concepción del delito: La doctrina finalista*, p. 11.

³⁹ Hans Welzel. *Derecho penal alemán*, pp. 53-54.

exterior, por lo que ella se hace evidente. En cambio, el finalismo hace que el agente se adelante en el futuro, vea cuál es su fin, y determine los medios que le facilitarán conseguir su objetivo, para luego proceder a la ejecución del acto⁴⁰. Un penalista clásico y causalista diría, que, únicamente en el evento de que esta ejecución produzca un fenómeno cambiante en el mundo físico, remitiéndose a las ciencias naturales, habría acción⁴¹.

Desde esta perspectiva, se estimaría que, en materia de aborto, no existe una acción típica, al no conocer cuál es la voluntad de la mujer. La acción no es solamente la modificación del mundo exterior, sino es una acción final; es una acción dirigida hacia un fin. Además, es necesario destacar que, en delitos como el aborto, generalmente, no pueden sobrevivir desde que se realiza un análisis de su tipicidad acorde a la escuela finalista. Esto, más que nada, por el dolo. El dolo, desde el finalismo, no es concebido como el *dolus malus* o la intención de causar un daño, sino más bien, la presencia de elementos como el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo⁴². Entonces, en sí, el dolo no es malo, sino este consiste en conocer y querer algo. En el caso del aborto, la madre que aborta no tiene un dolo de matar o un dolo homicida. Porque eso es lo que se le reprocha en el tipo penal de aborto. Es decir, el bien jurídicamente protegido es la garantía de una vida que todavía no es completa; la vida del no nacido. Ahora, la mujer que aborta, tiene otros fines; ella definitivamente no quiere matar. Por ende, la acción de la mujer que se practica un aborto no cumple con el requisito “voluntad”; una voluntad relevante en virtud de la descripción que de la acción hace el tipo⁴³.

Desde mi punto de vista, en ningún momento la madre quiere y tiene la intención de matar a un bebé, o la consciencia de matarlo y cometer un homicidio. No es esa la motivación o el dolo. El conocimiento, la voluntad, y el fin que esa mujer está proponiéndose para sus actos, pueden ser muy diversos: “no puedo traer una vida al mundo”; “soy demasiado joven”; “fue un accidente”; “me violaron”; “va a afectar a mi salud”, “va a afectar a mi proyecto de vida”, “no tengo los medios para sustentarlo”, etc. Hay muchas razones para querer abortar, y son totalmente válidas, ya que son razones

⁴⁰ Nódier Agudelo. *Curso de Derecho Penal: Esquemas del delito*, p. 103.

⁴¹ Ernst Beling. *Esquema de derecho penal*, p. 20.

⁴² Hans Welzel, Ob. Cit., p. 95.

⁴³ Nodier Agudelo, Ob. Cit., p. 113.

que están amparadas constitucionalmente en la persona. La mujer también puede decidir sobre su vida, tiene derecho a una vida digna, tiene derecho a trabajar, tiene derecho a la salud, entre otros. Primero que nada, la dignidad es un concepto constitucional y un punto clave para la discusión⁴⁴. La dignidad, entendida modernamente, impide que una mujer pueda ser utilizada como un medio para llegar a un fin. Kant ha dicho que,

Los seres humanos se merecen un trato especial y digno que posibilite su desarrollo como personas. [...] El hombre es un fin en sí mismo, no un medio para usos de otros individuos, lo que lo convertiría en una cosa. [...] La existencia de las personas es un valor absoluto y, por ello, son merecedoras de todo el respeto moral⁴⁵.

De esta manera, una persona es digna y es un fin en sí mismo. No se puede utilizar a la persona para satisfacer los derechos de un tercero. No se puede considerar a la mujer como un simple recipiente de otras vidas y descartar por completo todos sus derechos y todas sus decisiones, ya que esto afecta a su dignidad. Al criminalizar el aborto, se está utilizando a la mujer como un medio para garantizar un fin, que sería una vida nueva. En el delito de aborto, no existe acción típica debido a la inexistencia de un *dolus malus*. Desde una óptica finalista, la acción de abortar, forzosamente debe incluir al elemento subjetivo dentro de su tipicidad, mismo que no se cumple. La acción no puede ser comprendida como categoría autónoma, sin tomar en cuenta a la tipicidad. De lo contrario, se pudiera desnaturalizar a la teoría del delito, e incurriríamos en un nefasto escenario de criminalizar muchos actos que no necesitan ser penalmente relevantes.

A pesar de que el delito en cuestión no pasa por el filtro de la tipicidad, se analizarán las otras categorías para que no queden cabos sueltos.

1.6.2. Antijuridicidad

¿El aborto es antijurídico? Aquí está el debate. Welzel ha dicho que, “obra de manera antijurídica el que actúa en contra de la norma realizando el tipo, y sin la concurrencia de alguna causal de justificación”⁴⁶. Así, para entender a la antijuridicidad, la teoría finalista ha puesto énfasis en dos cuestiones principales: en primer lugar, el desvalor de acto; y, en segundo lugar, el desvalor de resultado. El desvalor de acto, consiste en un acto que no aporta a la sociedad, es negativo, y que ha sido rechazado porque causa daño. Así,

⁴⁴ Constitución De La República Del Ecuador, Ob. Cit., Artículo 11 numeral 7.

⁴⁵ María José Serrano. *La dignidad humana según Kant*.

⁴⁶ Hanz Welzel. *El nuevo sistema del derecho penal*, pp. 56 y ss.

donde existe desvalor de acto, existe injusto penal o confirmación del acto típico antijurídico. En cambio, el desvalor de resultado, es la consecuencia lógica del acto⁴⁷. De esta manera, donde hay un acto desvalorado, siempre habrá un resultado desvalorado; lo malo genera algo peor. Sin embargo, la teoría finalista se enfoca en el desvalor de acto, mas no en el desvalor de resultado. El valorar el desvalor de acto, es la esencia de la antijuridicidad, es decir, cuando se realiza un acto desvalorado, ahí surge la antijuridicidad; no tiene relevancia el resultado, sino el acto desvalorado.

Dicho antecedente, permite comprender la supuesta antijuridicidad del aborto, ya sea material o formal, respecto a la vulneración del bien jurídico que protege el tipo. Por una parte, desde la antijuridicidad formal, el COIP considera que abortar en supuestos no contemplados en su artículo 150, contradice lo que la ley prevé. Respecto a la antijuridicidad material en dicho tipo penal, la interrupción voluntaria del embarazo, es el hecho que se considera nocivo frente a los intereses sociales y políticos del Ecuador. Sin embargo, el Derecho Penal en el Ecuador, no está cumpliendo su misión. Esto es, de que por más que pretenda proteger la vida del no nacido, como bien jurídico tutelado, las prácticas clandestinas de aborto continúan realizándose. En consecuencia, el Derecho Penal no ha logrado promover esa supuesta “fidelidad jurídica” de las personas, en materia de aborto; aunque su antijuridicidad formal desvalorice tal acción. Existimos personas que consideramos que el aborto no debe ser considerado como un hecho antijurídico para el COIP, ya que no observamos una antijuridicidad material que justifique el continuar vulnerando sistemáticamente los derechos humanos de las mujeres que desean tomar decisiones sobre su propio cuerpo con base en nuestra dignidad humana. La realidad es que las mujeres abortan. Su conciencia no ha logrado ser conformada en la dirección que el orden normativo penal había creado para ellas⁴⁸.

Respecto a las causas de exclusión de la antijuridicidad, para la teoría finalista, no es suficiente que se cumplan los presupuestos objetivos, es necesario que, además, en cada caso, se encuentre presente el aspecto subjetivo respectivo. En el Ecuador, las causas de exclusión de la antijuridicidad, se encuentran contempladas en el artículo 30 del COIP. En materia de aborto, a fin de que no exista infracción, considero que podría alegarse un estado de necesidad. Siguiendo la tipicidad que ofrece el artículo 32 del COIP, existe

⁴⁷ Nodier Agudelo, Ob. Cit., p. 119.

⁴⁸ *Id.*, pp. 121-122.

estado de necesidad en el marco de un aborto, porque la mujer está protegiendo su(s) derecho(s) propio(s), causando “daño” a “otro”, y se reúnen todos los siguientes requisitos [...]: (i) su(s) derecho(s) están en real y actual peligro; (ii) el resultado del acto de protección no es mayor que el daño que se evitó; y, (iii) no hay otro medio practicable y menos perjudicial para defender su(s) derecho(s)⁴⁹.

1.6.3. Culpabilidad

Para la escuela finalista, ya no es necesario comprobar el nexo psicológico del autor con el hecho, sino “sostiene que la culpabilidad es un puro juicio de reproche”⁵⁰. Este juicio de reproche se compone de tres supuestos: “la imputabilidad, la conciencia actual o potencial de la antijuridicidad y, la exigibilidad de otra conducta”⁵¹. Básicamente, sería formular a una mujer que abortó, la siguiente pregunta: ¿Estaba usted consciente que al abortar cometió un acto antijurídico? Por ende, si la mujer estaba consciente, el Estado la reprochará porque había una acción que debía cumplirse y no se la cumplió. Sin embargo, no es lógico declarar culpable a una mujer por practicarse un aborto, viéndolo desde una perspectiva garantista de derechos de las mujeres. La culpabilidad siempre será una categoría del delito en la que cabe mucha interpretación por parte de los jueces y tribunales. Sin embargo, esta interpretación debe guardar conformidad con el lineamiento garantista que se ha trazado el Estado ecuatoriano definiéndose como Estado constitucional de derechos y justicia. El artículo 150 del COIP debe ser interpretado conforme a estándares que favorezcan a los derechos de las mujeres, considerándolas no como ciudadanas de segunda categoría, sino como ciudadanas dignas y autónomas; capaces de decidir. No cabe exigirselas otra conducta.

1.7. La finalidad de la pena y el tipo penal que criminaliza el aborto

La pena se impone para cumplir un fin. Si este fin no se cumple, existe un grave problema con el tipo penal, el cual nos corresponde a los estudiosos del derecho criticar. En relación al delito de aborto, la pena no responde a ninguna de sus teorías.

⁴⁹ Código Orgánico Integral Penal, Ob. Cit., Artículo 32.

⁵⁰ Nodier Agudelo, Ob. Cit., p. 134.

⁵¹ *Ibíd.*

Empezando por la prevención general, “sostiene que las penas actúan sobre los que no han delinquido”⁵². En su dimensión positiva, “produciría un efecto positivo sobre los no criminalizados, pero no para disuadirlos mediante la intimidación, sino como valor simbólico reforzador de su confianza en el sistema social en general”⁵³. Así, podemos decir que esta es básicamente una reafirmación del sistema; es decir, la sociedad y el Estado observan si el sistema funciona o no, y en virtud de esto, se auto legitimarán a través de la pena. En su dimensión negativa, “sostiene que la pena se dirige a quienes no delinquieron para que en el futuro no lo hagan. Ello basado en la intimidación que produciría la pena sobre el que fue seleccionado”⁵⁴. Así, pretende disuadir a terceros y a la sociedad de cometer un delito. Dicho esto, ninguno de estos dos fines se aplica a mi tesis. A la gente parece no importarles que el sistema funcione, la confiabilidad en él es mínima. Respecto a la disuasión, esta no existe. El aborto sigue practicándose en la clandestinidad. De esta forma, si la prevención general negativa funcionara, ya no habría más delitos. En lo relativo a la prevención especial, “desde hace mucho tiempo se pretende legitimar el poder punitivo asignándole una función positiva de mejoramiento sobre el propio infractor”⁵⁵; así, el fin de la pena está dirigida a la mujer criminalizada. Nos detendremos en esta, en aras de analizar el problema que implican las *ideologías re*, tal y como las ha denominado Zaffaroni; estas comprenden a la “resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, reindividualización, reincorporación, etc.”⁵⁶. Una mujer que aborta, no necesita rehabilitarse porque se parte de la inexistencia de un dolo homicida. El dolo, el conocimiento y la voluntad de esa mujer, tiene otras motivaciones amparadas constitucionalmente y en los derechos humanos. No se le puede rehabilitar a la que está bien.

Las *ideologías re* no se aplican en un marco garantista. El garantismo no acepta que se le rehabilite a una persona porque atenta contra su dignidad. ¿Por qué el Estado se atribuye los fines de rehabilitar a las mujeres? El contrato social, desde un punto de vista garantista, no le atribuyó al Estado un papel paternalista, por lo que este no puede

⁵² Raúl Eugenio Zaffaroni, Ob. Cit., p. 38.

⁵³ *Id.*, p. 42.

⁵⁴ *Id.*, p. 39.

⁵⁵ *Id.*, p. 46.

⁵⁶ *Ibíd.*

inmiscuirse en la esfera íntima de las personas. ¿Qué pasa con el enfermo mental que no se considera como tal, y él quiere estar así? Se le “cura” a esta persona que antes era “alegre y *chispa*”, a través de pastillas, y se le convierte en un ciudadano dócil, tranquilo, normal. Se altera su personalidad totalmente. Se está utilizando a la persona como un fin. Lo mismo sucede con una mujer que aborta. Se la considera como una enferma, como una mala ciudadana, como una lacra que debe ser tratada. Si el Estado tiene que rehabilitarla o curarla porque está enferma, lo que se está afectando, es la dignidad, de la mujer que ha decidido practicarse un aborto. El Estado lo que quiere es ciudadanas modelos, no ciudadanas que estén en contra del sistema. ¡Una ciudadana en contra del sistema, no necesariamente es una asesina! ¿Qué pasa en el caso de un ciudadano de a pie que está en contra de un régimen político y comete delitos políticos? No es necesario llevar el tema al extremo del asesino y del violador, sino en casos menos polémicos. Sin embargo, no puede decirse “para estos, esta teoría, y, para los otros, esta otra teoría”, porque todo debe estar unificado. De esta manera, las *ideologías re*, no pueden ser consideradas aplicables para una madre que aborta por algún motivo, como si esta fuera una persona enferma que necesita ser tratada o rehabilitada. Aterrizando la cuestión a la parte práctica, realmente estas mujeres no son rehabilitadas en la cárcel, encerrándoles X años. No tiene ningún sentido.

Como último punto, respecto a la dimensión negativa de la prevención especial,

[...] La pena también opera sobre la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social. En general se la promueve en combinación con la anterior: cuando las *ideologías re* aparte fracasan, se apela a la neutralización y eliminación de los incorregibles⁵⁷.

Así, esta propone eliminar a la mujer y aislarla, porque la sociedad no la quiere ni ver ni la quiere tratar. Esta última teoría, desde el garantismo, es imposible. A manera de conclusión, el artículo 150 del COIP no cumple con ningún fin legítimo de la pena. El único fin de la pena que cumple la criminalización del aborto es el de la prevención especial negativa, el cual no se corresponde con el marco nacional. Este es inconstitucional por dos razones: primero, porque es contrario a los derechos humanos, y dos, porque es incongruente con la visión garantista. Lo único que estamos haciendo es judicializando y encarcelando a las mujeres porque no sabemos qué más hacer.

⁵⁷ Raúl Eugenio Zaffaroni, Ob. Cit., p. 48.

En síntesis, en el presente capítulo, se ha intentado demostrar que el aborto en el Ecuador, tal y como se encuentra tipificado en el COIP, criminaliza a las mujeres que desean interrumpir su embarazo sometiéndolas a escenarios poco garantistas. Debido al amplio poder punitivo del Estado que se ejerce sobre ellas, sus derechos se ven vulnerados día a día, a pesar de que estos están consagrados en nuestra Constitución. De igual forma, el Ecuador no ha logrado declararse enemigo del derecho penal del enemigo, ya que, cuando una mujer se practica un aborto, el Estado activa su sistema punitivo como mecanismo de *primera ratio*, para sancionarlas. Sin embargo, esto no ha logrado disminuir la cantidad de abortos, por ende, revictimiza y viola los derechos humanos de las mujeres de una forma sistemática. Siguiendo la teoría del delito desde la escuela finalista, aunque con una lupa de corte garantista, se logra demostrar que no existe una acción típica al interrumpir un embarazo, ya que no existe un *dolus malus* por parte de la madre. Las razones por las que decide abortar son varias, todas legítimas, y todas constitucionalmente basadas en su dignidad como persona. Así, mal podría realizarse un juicio de reproche en estos casos. Los jueces ecuatorianos realmente deben asumir su rol garantista entendiendo que la madre puede decidir sobre su destino. No necesita que el Estado tome las decisiones por ella. De lo contrario, se incurre en una prevención especial negativa, incongruente con nuestro marco constitucional de un Estado de derechos y justicia. En este capítulo se observó que, de acuerdo a los argumentos presentados, la criminalización del aborto no encaja ni con la perspectiva garantista de la Constitución, ni cumple con la teoría del delito desde la escuela finalista. la criminalización del aborto es inconstitucional en el Ecuador. Ahora, nos corresponde demostrar que, el Ecuador, tampoco ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en casos de aborto. Para ello, se acudirá a la regulación del aborto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y se abordarán algunas particularidades y estándares de esta realidad en el plano internacional.

2. CAPÍTULO II: La regulación del aborto en el DIDH

2.1. Relación entre el DIDH con el Derecho Penal

En el capítulo precedente, se estableció que, desde la perspectiva del Derecho Penal, la criminalización del aborto, no es sostenible. En este, se pretende demostrar que, desde la perspectiva del DIDH, tampoco es viable. De esta manera, se explica la íntima relación que tiene el DIDH con el garantismo penal, sobretodo, en un Estado como el Ecuador que, en sus disposiciones constitucionales, se ha definido como un “Estado constitucional de derechos y justicia”. En un Estado como este, la legislación penal debería ajustarse a los estándares internacionales de protección de derechos humanos, con miras a salvaguardarlos también en la justicia penal, limitando el *ius puniendi* del Estado y ofreciendo garantías sustanciales y procesales. Esto, además, en virtud de que el Ecuador ha ratificado una amplia gama de instrumentos internacionales, que le imponen tres obligaciones básicas en materia de derechos humanos: respetar, garantizar y adoptar disposiciones de derecho internos⁵⁸. El Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado dentro del *caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*, se ha pronunciado sobre la estrecha relación existente entre el *ius puniendi* y las garantías judiciales que ofrece un Estado democrático, y lo ha hecho en los siguientes términos,

En términos convencionales el debido proceso se traduce centralmente en las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8 de la [CADH]. [La cual] contempla un sistema de garantías [...] que condicionan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y que buscan asegurar que el inculpado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias [...]⁵⁹. [...] La unidad del *ius puniendi* estatal es signo de un ordenamiento garantista y democrático [...]⁶⁰.

Bajo esta línea argumentativa, un debido proceso se nutre de varias garantías, entre ellas, la limitación al *ius puniendi*. Dicho estándar implica que, bajo ningún concepto, el procesado deberá soportar decisiones arbitrarias, dentro de un esquema estatal de corte garantista y que respete los elementos de una democracia. No obstante, el Estado ecuatoriano continúa tipificando delitos que promueven la criminalización de conductas

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 165-168.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 152.

⁶⁰ Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016., párrs. 6 y 42.

que, desde la perspectiva internacional, ya no deberían estar prohibidas, por ser restrictivas a los derechos de los individuos. Este es el caso de la criminalización del aborto, por ejemplo. Como podrá observarse a lo largo de este capítulo, los estándares internacionales exigen a los Estados que adopten medidas para reducir la cantidad de mujeres judicializadas por aborto. En virtud del principio *Pacta Sunt Servanda*, como garantía para el cumplimiento de los tratados, y el compromiso de asumir de buena fe las obligaciones internacionales⁶¹; del principio de efectividad, en cuanto los derechos que se encuentran contemplados en la Constitución y los instrumentos internacionales, deben ser garantizados y concretamente satisfechos⁶²; y, el principio *pro homine*, el Ecuador debería adecuar su legislación interna a las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos e, incluso, a la interpretación que hacen de ellos los organismos que vigilan su cumplimiento⁶³. Asimismo, se intentará plasmar la importancia que podría tener la aplicación directa de los pronunciamientos de los órganos internacionales favorables a los derechos de las mujeres, tomando en cuenta que la legislación penal en materia de aborto, en su sentido literal, restringe sus derechos. De esta manera, la criminalización del aborto quedaría en entredicho frente a un Estado que dice proteger los derechos de sus ciudadanas: ¿existe una antinomia entre el contenido del Art. 150 del COIP con los estándares internacionales de derechos humanos de la mujer en materia de aborto?

2.2. Regulación del aborto en el DIDH

En las siguientes secciones se podrán observar las diversas posturas adoptadas por varios órganos encargados de la protección y observancia de derechos humanos, en particular, en lo referido al aborto. En el aborto convergen varios derechos, por un lado, el alegado derecho a la vida del no nacido y, por otro, los derechos de los que es titular la madre como el derecho a la vida, el derecho a su integridad, etc. En un primer momento, se presentarán los criterios de los órganos que pertenecen al Sistema

⁶¹ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)* de 12 de junio de 2019, párr. 263; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organismos Internacionales (1988), Arts. 26 y 27.1.

⁶² Luigi Ferrajoli. *Sobre los Derechos Fundamentales*.

⁶³ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-21/14*. Resolución de 19 de agosto de 2014, párrafo 31.

Universal de Derechos Humanos (en adelante, SUDH), y en un segundo momento, aquellos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH).

2.2.1. Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH)

2.2.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)

La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) podría considerarse como aquel primer paso sólido que marcó el inicio del reconocimiento de los derechos humanos en 1948. Precisamente, la DUDH es el primer instrumento que da una interpretación y definición universalmente aceptada de los derechos humanos. Esta ha hecho un reconocimiento expreso del derecho a la vida en su artículo 3: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”⁶⁴. Por otra parte, su artículo 1, menciona lo siguiente: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”⁶⁵. Haciendo una interpretación conjunta de ambos artículos, y no solamente una lectura literal del artículo 3, se deja en claro que, si bien el artículo 3 reconoce el derecho que tiene cada individuo a la vida, el artículo 1 es claro en determinar que este derecho surge a partir del nacimiento y con este, todos los derechos humanos y la dignidad que le corresponden por el solo hecho de ser persona. Desde el contexto de la DUDH, se entiende que la protección que esta brinda a la vida, no se extiende a los no nacidos⁶⁶. Así, tan tempranamente desde 1948, con la disposición de la DUDH sobre la protección de la vida, se empieza a marcar la tendencia sobre el no reconocimiento de derechos a los no nacidos⁶⁷.

2.2.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

El Comité de Derechos Humanos de la ONU (en adelante, CDH), que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁸ (en adelante,

⁶⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Artículo 3.

⁶⁵ *Id.* Artículo 1.

⁶⁶ Matías Meza-Lopehandía. *El aborto en el DIDH*. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones: 7 de noviembre de 2016.

⁶⁷ R. Copelon *et al.* *Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights*. *Reproductive Health Matters*, 13(26), pp. 120-129.

⁶⁸ Ratificado por Ecuador el 6 de marzo de 1969.

PIDCP), ha señalado que el derecho a la vida no debería entenderse de manera restrictiva⁶⁹, es decir, debe ser aplicado o interpretado de forma que no se dé paso a embarazos no deseados. En su Observación General (en adelante, OG) 36 sobre el derecho a la vida, emitida en el año 2018, el Comité ha indicado que cualquier reglamentación que se haga en materia de aborto no puede acarrear violaciones a cualquier derecho humano de mujeres o niñas embarazadas⁷⁰. El CDH ha destacado que aquellas leyes de carácter restrictivo en materia de aborto, justamente suponen un riesgo para la vida, integridad y salud de mujeres y niñas. Es así que el CDH ha impulsado a los Estados a que garanticen prácticas de aborto conforme a la ley, exigiéndoles incluso “garantizar la disponibilidad de servicios médicos y el acceso a tales servicios para que se practique el aborto de manera legal”⁷¹. En específico, en sus Observaciones Finales (en adelante, OF) de 2016 sobre Ecuador, el Comité manifestó su inquietud respecto al texto actual del COIP respecto al aborto y ha instado al Estado, al menos, a:

Revisar el [COIP] a fin de introducir excepciones adicionales a la [prohibición de 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 [y a] 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 reproductiva⁷².

Por otro lado, el derecho a la igualdad y no discriminación también están consagrados en el PIDCP principalmente: (i) igualdad entre hombres y mujeres (Art. 3) e (ii) igualdad ante la ley y no discriminación (Art. 2) del PIDCP y el CDH lo ha considerado relevante en cuanto al análisis del aborto. Este derecho garantiza a las mujeres, a efectos de evitar una vulneración a su derecho a la igualdad y a la no discriminación, el que no sean sometidas al estereotipo según el cual el papel principal de la mujer es reproductivo y materno. Por lo que, cualquier trato diferencial, no puede crear una distinción legal, en base a dicho estereotipo. De igual forma, al ser este rol reproductivo únicamente

⁶⁹ Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH), Observación general No. 6 sobre el Derecho a la vida, Doc. de la ONU HRI/GEN/1/Rev.9 (2008), párr. 5.

⁷⁰ Observación general del CDH N° 36 (2018) sobre el derecho a la vida, Doc. de la ONU CCPR/C/GC/36 (2018), párr. 8.

⁷¹ Observaciones finales del CDH sobre Jordania, Doc. de la ONU CCPR/C/JOR/CO/5 (2017).

⁷² Observaciones finales del CDH sobre Ecuador, CCPR/C/EQU/CO/6 (2016), párr. 16.

ostentado por mujeres, los servicios de salud que son prestados para el efecto, crean un efecto desigual entre hombres y mujeres, es decir, muchas mujeres no pueden acceder a dichos servicios de salud por la diferencia de trato que reciben en este ámbito. Por ende, toda distinción debe ser razonable, objetiva y con un fin legítimo. De lo contrario, constituiría una discriminación y violación de derechos⁷³. Además, el CDH ha indicado en diversos casos individuales, que la criminalización del aborto, así como la abstención de un Estado a proceder conforme la voluntad de una mujer para practicarse un aborto, violan su derecho a la privacidad⁷⁴. Tanto la criminalización, como la abstención de los Estados en materia de aborto, pre condicionan o interfieren las decisiones que toman las mujeres respecto a una interrupción voluntaria de su embarazo. Asimismo, que “cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos”, esto podría degenerar, primero, en una violación al secreto profesional y, además, en una violación al derecho de la mujer a su privacidad⁷⁵.

2.2.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

El Comité DESC, órgano encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷⁶ (en adelante PIDESC), en varias de sus OF, ha sugerido a los Estados que impulsen la salud femenina admitiendo la despenalización del aborto al menos en ciertas causales, y prescindiendo de las barreras que obstaculizan dicha práctica⁷⁷. De igual forma, el Comité ha sido enfático en precisar que los Estados deben garantizar el acceso a prácticas de aborto en la realidad y, haciendo

⁷³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. *Los Derechos de la Mujer son Derechos Humanos*. Nueva York y Ginebra, 2014, pp. 57-61.

⁷⁴ Whelan vs. Irlanda, CCPR/C/119/D/2425/2014 (2017); Mellet vs. Irlanda, CCPR/C/116/D/2324/2013 (2016); K.L. vs. Perú, CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005); y L.M.R. vs. Argentina, CCPR/C/101/D/1608/2007 (2011).

⁷⁵ CDH, Observación general No. 28 sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (2000), párr. 20.

⁷⁶ Ratificado por Ecuador el 6 de marzo de 1969.

⁷⁷ Observaciones finales del Comité DESC sobre la República de Corea, Doc. de la ONU E/C.12/KOR/CO/4 (2017); Pakistán, Doc. de la ONU E/C.12/PAK/CO/1 (2017); Honduras, Doc. de la ONU E/C.12/HND/CO/2 (2016); entre otras.

lo posible para que los seguros de salud incluyan al aborto⁷⁸. De esta manera, si es que la ley continúa protegiendo la objeción de conciencia y, si las aseguradoras insisten en no cubrir la asistencia médica en casos de aborto, como consecuencia, las mujeres podrían terminar decidiendo el no interrumpir su embarazo. También, el Comité DESC indica que las limitaciones para acceder a un aborto impactan especialmente a los sectores de escasos recursos y a aquellas mujeres que no han recibido mayores niveles de educación⁷⁹. Es decir, los Estados no estarían cumpliendo con la obligación contemplada en el Artículo 2 del PIDESC: “adoptar medidas [...] hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados [...] la plena efectividad de los derechos”⁸⁰ que se encuentran contemplados en el Pacto. De esta manera, la desventaja clara que recae sobre las mujeres pobres, consiste en que aquellas, difícilmente, podrán tener acceso a una práctica de aborto seguro al no contar con los recursos suficientes y adecuados. En consecuencia, vulnerando el derecho que tienen a la no discriminación por motivo de su posición económica⁸¹. En definitiva, la postura del Comité DESC, disuade a los Estados de criminalizar el aborto. Se entiende que la criminalización del aborto afecta de sobremanera a los sectores pobres y marginados, en los que las mujeres no podrán tener acceso a atención médica de calidad en casos de aborto, lo cual degenera en un trato discriminatorio. Asimismo, si existen bajos niveles de educación y deficientes seguros de salud, las mujeres, decidirán no abortar.

2.2.1.4. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT)

El Comité contra la Tortura (en adelante, CCT), que supervisa la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁸², y Juan E. Méndez, Relator Especial en la materia, asemejan la criminalización del aborto a un trato cruel, inhumano y degradante, ya que afecta a la integridad de la mujer. Han enfatizado que, a

⁷⁸ Observaciones finales del Comité DESC sobre España, Doc. de la ONU E/C.12/ESP/CO/6 (2018); México, Doc. de la ONU E/C.12/MEX/CO/5-6 (2017); Costa Rica, Doc. de la ONU E/C.12/CRI/CO/5 (2016); entre otras

⁷⁹ Observaciones finales del Comité DESC sobre El Salvador, Doc. de la ONU E/C.12/SLV/CO/3-5 (2014); y Nepal, Doc. de la ONU E/C.12/NPL/CO/3 (2014).

⁸⁰ PIDESC, art. 2(1)

⁸¹ *Id.*, art. 2(2)

⁸² Ratificada por Ecuador el 30 de marzo de 1988.

causa de la criminalización del aborto (con excepciones limitadas), muchas mujeres podrían atravesar cuadros de dolor y sufrimientos intensos, si son forzadas a continuar con su embarazo⁸³. De igual forma, han demostrado su inquietud ante la tensión y la agitación tanto física como psicológica que padecen las mujeres, y las niñas que se enfrentan a tantas trabas para acceder a practicarse un aborto⁸⁴. En sus OF realizadas a Ecuador en 2017, el CCT sugirió a Ecuador que “vele por que las mujeres víctimas de una violación que voluntariamente decidan interrumpir su embarazo tengan acceso a abortos legales y en condiciones seguras”⁸⁵. En este contexto, si bien la víctima ya atravesó por una violación sexual, el Estado no debería ser cómplice del perpetrador. Esto es, generándole una carga mayor a la mujer, obligándole a continuar con un embarazo no deseado considerando que, en muchos de los casos, las víctimas son menores de edad. De esta manera, si bien la violación es considerada como un acto que vulneró su integridad, cuando las mujeres o niñas acuden a un centro de salud, son presionadas a declararse culpables; lo cual, condiciona la atención y la prescripción médica que recibirán. Es lógico pensar que, la realización de interrogatorios a mujeres que se encuentran dentro de un hospital en tal estado de indefensión, constituye un trato cruel, inhumano y degradante en sí mismo⁸⁶.

2.2.1.5. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Por su parte, el Comité CEDAW, que supervisa el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁸⁷ (en adelante, CEDAW), ha dicho que la criminalización del aborto viola derechos tales como el derecho a la salud; el derecho a la igualdad y a la no discriminación; el derecho a decidir sobre la cantidad de hijos y el intervalo entre los nacimientos, entre otros. El Comité ha manifestado en repetidas ocasiones, su inquietud respecto a la relación existente entre las

⁸³ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/HRC/31/57 (2016), párr. 43.

⁸⁴ *Id.*, párr. 44.

⁸⁵ Observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre Ecuador, Doc. de la ONU CAT/C/ECU/CO/7, (2017), párr. 46.

⁸⁶ Ana Cristina Vera, Ob. Cit., p. 65.

⁸⁷ Ratificada por Ecuador el 9 de noviembre de 1981.

muertes maternas y las prácticas de aborto llevadas a cabo en condiciones inseguras, lo cual es un resultado directo de la criminalización⁸⁸. Es decir, en países donde las legislaciones son muy restrictivas en materia de aborto, se observa que incrementa el porcentaje de los riesgos a la salud, a la integridad y a la vida de las mujeres que deciden abortar en lugares clandestinos e inseguros; a esto, se le suman los riesgos de criminalización a las mujeres que buscan asistencia médica posterior a dichos procedimientos. En consecuencia, ha exhortado a que se despenalice el aborto en todos los supuestos o, al menos, bajo ciertas causales, a fin de asegurar que no se siga afectando la salud de dichas mujeres⁸⁹. El Comité CEDAW ha señalado a los gobiernos a que se incremente el acceso a métodos adecuados de anticoncepción a fin de prevenir embarazos no deseados, con el objetivo de disminuir las prácticas de aborto como un método de planificación familiar cualquiera⁹⁰. Cabe recalcar que, en determinados casos, practicarse un aborto sería la única manera en la que una mujer o adolescente podría ejercer su derecho a decidir sobre la cantidad de hijos y el intervalo entre los nacimientos; en particular, en casos de violación o incesto.

2.2.1.6. Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)

El Comité sobre los Derechos del Niño, órgano que verifica el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño⁹¹ (en adelante, CDN), ha enfatizado que “el riesgo de muerte y enfermedad durante la adolescencia es real, entre otras razones por causas evitables, como [...] abortos peligrosos”⁹². El Comité ha demostrado preocupación debido al alto riesgo de muertes maternas entre madres adolescentes⁹³ y ha solicitado en forma enfática, en varias OF, que se despenalice el aborto en el caso de niñas “en todas

⁸⁸ Comité de la CEDAW, “Declaración del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre salud y derechos sexuales y reproductivos: CIPD después de 2014”, 57.º Período de Sesiones (2014).

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ Comité CEDAW, “Declaración del Comité para la Eliminación [...]”, Ob. Cit.

⁹¹ Ratificada por Ecuador el 23 de marzo de 1990.

⁹² Comité sobre los Derechos del Niño, Observación general No. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, Doc. de la ONU CRC/C/GC/20 (2016), párrs. 13 y 60.

⁹³ Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño sobre Guatemala, Doc. de la ONU CRC/C/GTM/CO/5-6 (2018); Islas Marshall, Doc. de la ONU CRC/C/MHL/CO/3-4 (2018); y Palaos, Doc. de la ONU CRC/C/PLW/CO/2 (2018).

las circunstancias”⁹⁴. En específico, en el año 2017, el Comité se presentó preocupado respecto a Ecuador a causa de “la elevada tasa de embarazos en la adolescencia, normalmente como consecuencia de la violencia sexual [y] los obstáculos al acceso a los servicios de aborto y la práctica de abortos peligrosos”⁹⁵. Además, el Comité ha indicado que aquellas legislaciones en materia de aborto con carácter punitivo, violan el *derecho que tienen los niños a no ser discriminados*⁹⁶. Las niñas, en este caso, se encuentran en una situación de vulnerabilidad, ya que se les estaría imponiendo un rol que correspondería exclusivamente a mujeres adultas. Es decir, se les estaría obligando a ser madres, lo cual es más frecuente en sectores de escasos recursos, en que las opciones son inevitablemente más reducidas: “el acceso desigual de los adolescentes a la información, los productos básicos y los servicios equivale a discriminación”⁹⁷.

2.2.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹⁸ (en adelante, CADH) es el único tratado de carácter internacional que se refiere, en alguna manera, al *derecho a la vida* antes del nacimiento. Así, el texto de su artículo 4 dice: “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho deberá ser protegido legalmente y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”⁹⁹. No obstante, los órganos del SIDH, encargados de interpretar las disposiciones de la CADH, han considerado que el texto de dicho artículo 4 no contempla una protección absoluta del derecho a la vida previa al nacimiento. En este sentido, en el año 1981, la CIDH concluyó que las normas de la CADH no eran incompatibles con el derecho de una mujer a practicarse un aborto legal y seguro. La CIDH explicó que el deseo de quienes formularon la CADH, al insertar la expresión “en general”, era justamente la de admitir

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre Ecuador, Doc. de la ONU CRC/C/ECU/CO/5-6, (2017), párr. 34(b)-(c).

⁹⁶ Observaciones finales del CDN sobre Namibia, Doc. de la ONU CRC/C/NAM/CO/2-3 (2012).

⁹⁷ CDN, Observación general No 20, párr. 59.

⁹⁸ Ratificada por Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

⁹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4 (1).

excepciones para aquellos Estados cuyas legislaciones eran permisivas en materia de aborto¹⁰⁰. La CIDH se ha pronunciado de forma sistemática, en los siguientes términos,

Negar el acceso de mujeres y niñas a servicios de aborto legal y seguro o de atención post-aborto, puede causar un prolongado y excesivo sufrimiento físico y psicológico a muchas mujeres especialmente cuando se trata de casos de riesgo a la salud, inviabilidad del feto o en embarazos resultantes de incesto o violación¹⁰¹.

Es decir, el Estado, a través de una legislación restrictiva en materia de aborto, no cumple con su obligación de evitar sufrimientos innecesarios respecto a mujeres y niñas que desean practicarse un aborto; con énfasis, en casos de embarazos no deseados que han sido producto de una violación o incesto¹⁰².

2.2.3. Casos

2.2.3.1. Caso K.L. v. Perú (2005)

K.L. quedó embarazada a los 17 años de edad. Le fue realizada una ecografía en un hospital público y se constató que llevaba dentro, un feto anencefálico; lo que tendría riesgos sobre su vida. El Comité concluyó que el Estado Peruano, al impedir a K.L. practicarse un aborto y obligarla a dar a luz en las condiciones mencionadas, violó varios de sus derechos del PIDCP. Sobre el Artículo 7, es decir, a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el Comité ha dicho que la situación de dolor y angustia de K.L. pudo preverse. De esta manera, el Comité concluyó que la omisión del Estado, a ejecutar la solicitud de interrupción del embarazo, en este sentido, fue la causa del sufrimiento de K.L.; sufrimiento entendido como dolor físico y sufrimiento moral, con especial importancia en casos de menores¹⁰³. Así, el trato cruel hacia K.L., se configuró toda vez que la omisión del Estado peruano fue aún más grave al haber hecho sufrir a una menor de edad, pudiendo evitarlo. El hecho de que no se hayan adoptado medidas de protección considerando su edad, tales como apoyo médico y

¹⁰⁰ CIDH, White and Potter (Caso “Baby Boy”), Resolución No 23/81, Caso No. 2141, Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981, OAS/Ser.L/V/II.54, Doc. 9 Rev. 1, 16 de octubre de 1981, párr. 14(6).

¹⁰¹ CIDH, “CIDH exhorta a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres”, 23 de octubre de 2017.

¹⁰² CDH. (2005). *Caso K.L. vs. Perú. Comunicación N° 1153/2003*. Decisión del 24 de octubre de 2005. CEJIL.

¹⁰³ CDH. (1992). Reemplaza a la Observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (art. 7): 10/03/92.

psicológico, o información sobre su situación, comprueba que el Estado no actuó de manera de diligente. En consecuencia, violando el derecho contenido en el Artículo 24, es decir, a las medidas de protección que por su condición de menor requería, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado, colocándola en una situación de vulnerabilidad durante y después del embarazo¹⁰⁴. Sobre el Artículo 17, es decir, a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, el Comité hizo alusión a una interferencia arbitraria del Estado en la vida de K.L. El Estado, a través del Director de un hospital público, no le permitió interrumpir su embarazo¹⁰⁵, a pesar de que la normativa peruana sí lo permitía; es decir, en caso de que la salud de la madre se encuentre en riesgo. Así, la intervención de K.L. podía ejecutarse conforme a Derecho, en legal y debida forma¹⁰⁶. Básicamente, la violación sobre K.L. consistió en la interferencia arbitraria que tuvo el Estado peruano a través del Director de un hospital público sobre la decisión de K.L., de interrumpir su embarazo, a pesar de que la ley así lo permitía. A manera de conclusión, podría decirse que, dentro de este caso, el CDH, a pesar de no abordar específicamente temas sobre despenalización del aborto, trató obligaciones que tiene el Estado frente a abortos terapéuticos ya considerados legales. En este sentido, su relevancia está en que fue el primer antecedente internacional para determinar que la negación del aborto equivale a una categoría de trato cruel inhumano y degradante¹⁰⁷. El Comité determinó que K.L., hubiera podido perfectamente acceder a un aborto legal; sin embargo, fue obligada a llevar el embarazo a término¹⁰⁸. Además, el Comité se pronunció sobre la legislación peruana en materia de aborto, a fin de evitar casos similares al de K.L., que amenacen a la salud mental de mujeres jóvenes, como lo son los tratos crueles inhumanos y degradantes¹⁰⁹.

¹⁰⁴ CDH. (2005). *Caso K.L. vs. Perú*, Ob. Cit., p. 185.

¹⁰⁵ *Íd.*, p. 184.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ DEMUS – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer. *Mi Cuerpo Es Mío*, p. 56.

¹⁰⁹ Alyson Zureick. (En) *Gendering Suffering: Denial Of Abortion As A Form Of Cruel, Inhuman, Or Degrading Treatment*, p. 128.

2.2.3.2. Caso Mellet Vs. Irlanda

Durante su embarazo, Amanda Mellet recibió un diagnóstico de anomalías probablemente fatales, por lo que consideró practicarse un aborto. Sin embargo, el Estado de Irlanda, lo impidió¹¹⁰ interviniendo en la decisión, aplicando su legislación restringida en temas de aborto. El CDH determinó que el hecho de dar a luz a un niño sin vida, aunque sea legal para el Estado, supondría un trato cruel, inhumano o degradante en violación del artículo 7 del PIDCP¹¹¹. Es decir, el CDH no justificó que el Estado irlandés, aunque su legislación así lo haya mandado, haya impedido a Mellet acceder a la práctica de un aborto cuando su embarazo atravesaba anomalías probablemente fatales. En consecuencia, Mellet fue sometida a condiciones de intenso sufrimiento físico y mental, cuestión que pudo haberse evitado si no se le hubiera prohibido interrumpir su embarazo, y si se le hubiera permitido recibir los beneficios de salud necesarios que estaban disponibles en Irlanda. Lo cuestionable de dichos beneficios de salud, es que estos podrían ser disfrutados únicamente si es que Mellet, continuaba con un embarazo no viable, lo que implicaba, dar a luz a un niño muerto en Irlanda¹¹². Además, el Comité indica en su OG 20 que, el texto del artículo 7, no permite ninguna limitación¹¹³. El CDH recuerda su jurisprudencia en el sentido de que la decisión de una mujer de solicitar la interrupción de su embarazo¹¹⁴ se corresponde con el derecho a la no interferencia arbitraria por parte del Estado en su derecho a la privacidad conforme al artículo 17 del PIDCP. La injerencia en este caso estaba prevista en el artículo 40.3.3 de la Constitución. El CDH recuerda su OG 16 sobre el Art. 17, y considera que la interferencia en la decisión de Mellet, sobre la mejor forma de hacer frente a su embarazo no viable, fue irrazonable y arbitraria violando el artículo 17 del Pacto¹¹⁵. El CDH, en virtud de su OG 28 sobre la

¹¹⁰ Fiona De Londras. Introductory Note to *Mellet V. Ireland* (H.R. COMM.) de junio 9 de 2016.

¹¹¹ CDH. Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2324/2013. CCPR/C/116/D/2324/2013, párr. 7.6.

¹¹² *Íd.*, párr. 7.4.

¹¹³ General Comment No. 20, paragraph 3.

¹¹⁴ Communications 1153/2003, *K.L. v. Peru*, Views adopted on 24 October 2005, para 6.4; and 1608/2007, *L.M.R. v. Argentina*, Views adopted on 29 March 2011, para 9.3. See also General Comment No.28, paragraph 10.

¹¹⁵ CDH. Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2324/2013. CCPR/C/116/D/2324/2013, párr. 7.8.

no discriminación¹¹⁶, señaló que la criminalización del aborto por parte de Irlanda la sometió a un estereotipo basado en el género del papel reproductivo de las mujeres principalmente como madres, y que los estereotipos de ella como instrumento reproductivo la sometieron a discriminación. El CDH considera que el trato diferenciado al que fue sometida Mellet, en relación con otras mujeres en situación similar, no tuvo en cuenta adecuadamente sus necesidades médicas y circunstancias socioeconómicas y no cumplió los requisitos de razonabilidad, objetividad y legitimidad de propósito. En consecuencia, el CDH concluyó que el hecho de que el Estado parte no haya prestado los servicios que Mellet requería constituyó una discriminación y violó sus derechos en virtud del artículo 26 del Pacto¹¹⁷.

2.2.3.3. Caso Whelan Vs. Irlanda

En el caso de Whelan v. Irlanda, el CDH reafirmó su reconocimiento histórico en *Mellet v. Irlanda* de que las leyes de aborto irlandesas dañan gravemente el bienestar mental y emocional de las mujeres, en violación de sus derechos humanos¹¹⁸. El CDH observó que, la legislación irlandesa en materia de aborto, no puede invocarse para justificar el incumplimiento de los requisitos del artículo 7 del PIDCP¹¹⁹, conforme a lo dicho en su OG 20¹²⁰. Es decir, el Estado irlandés no podía invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del artículo 7 del PIDCP¹²¹. Así, el CDH consideró que, Irlanda violó la prohibición de la crueldad, la inhumanidad o trato degradante encontrado en el artículo 7 del PIDCP¹²². Irlanda, además, al negarle a Whelan la única opción que habría respetado su integridad física y psicológica y su autonomía reproductiva en las circunstancias de este caso, interfirió arbitrariamente con su derecho

¹¹⁶ General Comment No. 18: Non-discrimination, para. 13.

¹¹⁷ CDH. Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2324/2013. CCPR/C/116/D/2324/2013, párr. 7.11.

¹¹⁸ CDH, Concluding Observations: Ireland, para. 9, U.N. Doc. CCPR/C/IRL/CO/4 (2014); Ireland, para. 13, U.N. Doc. CCPR/C/IRL/CO/3 (2008); Ireland, paras. 444-445, U.N. Doc. A/55/40 (2000); Committee against Torture, Concluding Observations: Ireland, para. 26, U.N. Doc. CAT/C/IRL/CO/1 (2011); Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding Observations: Ireland, para. 30, UN Doc. E/C.12/IRL/CO/3 (2015).

¹¹⁹ CDH. Views adopted by the Committee under article 5(4) [...], Ob. Cit., párr. 7.4.

¹²⁰ General Comment No. 20 (Article 7), para. 3.

¹²¹ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), art. 27.

¹²² CDH. Views adopted by the Committee under article 5(4) [...], Ob. Cit., párr. 7.7.

a la privacidad en virtud del artículo 17 del Pacto. El CDH recuerda su jurisprudencia según la cual el alcance del artículo 17 abarca la decisión de una mujer de solicitar la interrupción del embarazo¹²³. En el presente caso, el Estado parte interfirió con la decisión de Whelan de no continuar su embarazo no viable¹²⁴, de conformidad con el artículo 40.3.3 de la Constitución¹²⁵. El CDH consideró que el equilibrio que el Estado parte ha elegido establecer entre la protección del feto y los derechos de la mujer en el presente caso no puede justificarse¹²⁶. El CDH considerando su OG 28, sobre “la igualdad entre hombres y mujeres”¹²⁷, toma nota que el trato diferencial al que fue sometida Whelan, creó una distinción legal entre mujeres de situación similar que no tuvieron en cuenta adecuadamente las necesidades médicas y las circunstancias socioeconómicas y no cumplieron los requisitos de razonabilidad, objetividad y legitimidad de propósito. En consecuencia, el CDH concluyó que el hecho constituía una discriminación y violaba sus derechos en virtud del artículo 26 del Pacto¹²⁸.

2.2.3.4. Caso Baby Boy Vs. EEUU (1981)

En este caso, la CIDH tuvo la oportunidad de ser el primer organismo interamericano en pronunciarse sobre el alcance de la protección que el SIDH da al que está por nacer. Lo hizo en el marco de una petición presentada en favor de un nonato que habría sido abortado por una histerectomía practicada a su progenitora. En este caso, los peticionarios buscaban que se declare como violatoria de DIDH, la jurisprudencia que despenalizó el aborto voluntario en Estados Unidos¹²⁹. Al no ser parte de la CADH, a Estados Unidos solo podría aplicársele la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, DADDH), cuyo reconocimiento al derecho a la vida no incluye a la

¹²³ Communications No. 2324/2013, cit., para. 7.7; 1153/2003, cit., para 6.4; and 1608/2007, cit., para

9.3. See also General Comment No. 28, para. 10.

¹²⁴ CDH. Views adopted by the Committee under article 5(4) [...], Ob. Cit., párr. 7.8.

¹²⁵ General Comment No. 16 (Article 17), para. 4.

¹²⁶ CDH. Views adopted by the Committee under article 5(4) [...], Ob. Cit., párr. 7.9.

¹²⁷ General comment No. 28: Non-discrimination, para. 13.

¹²⁸ CDH. Views adopted by the Committee under article 5(4) [...], Ob. Cit., párr. 7.12.

¹²⁹ L. De Jesus. Revising Baby Boy v. United States: why the IACHR resolution did not effectively undermine the Inter-American System on Human Right’s protection of the right to life from conception. Florida Journal of International Law, 2011, 23(1): 221-276.

“concepción” expresamente. Los peticionarios argumentaron que dicho instrumento “garantizaba la igualdad; protegía el derecho a la vida de todo ser humano, por contraposición a persona; y, que debía leerse a la luz de la CADH, alegando que esta protegería la vida desde el momento de la concepción”¹³⁰. Asimismo, afirmaron que los trabajos preparatorios de la DADDH confirmaban tal interpretación¹³¹. Se describirá cómo los argumentos formulados por los peticionarios, pudieron ser desvirtuados en dos aspectos: por una parte, a través de los trabajos preparatorios de la DADDH, y por otra, a través del contenido del concepto que da la CADH, sobre el derecho a la vida.

Sobre la primera cuestión, el artículo 1, que trata el derecho a la vida, correspondiente al primer proyecto de DADDH que fue sometido por el Comité Jurídico dictaba: “Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción [...]”¹³². Sin embargo, esta primera propuesta no fue aceptada, porque era incompatible con las leyes que [regían] la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto – el derecho a la vida desde el momento de la concepción – habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países¹³³. Al final, se aprobó un texto definitivo de la DADDH, con fecha 30 de abril de 1948, cuya acta final se firmó el día 2 de mayo. El cual permitía el aborto¹³⁴. Por las razones antes expuestas, Estados Unidos rechazó aquello que los peticionarios solicitaban, es decir, que el artículo 1 de la DADDH dispone que “el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción”¹³⁵. Sobre la segunda cuestión, es decir, acudir a la CADH para interpretar la DADDH respecto a la definición que da esta primera sobre el derecho a la vida. Para ello, resulta forzoso acudir a los motivos que impulsaron la Conferencia de San José y sus antecedentes. La Segunda Conferencia Especial de Estados

¹³⁰ CIDH. *Baby Boy vs. Estados Unidos de América. Caso N° 2141*, Resolución N° 23/81 de 6 de marzo de 1981. CEJIL: Considerando numerales 18 y 19.

¹³¹ Matías Meza-Lopehandía. *El aborto en el DIDH*. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones: 7 de noviembre de 2016.

¹³² Novena Conferencia Internacional Americana. Actas y Documentos, Vol. V, p.449.

¹³³ CIDH. *Baby Boy vs. Estados Unidos de América.* , Ob. Cit., Considerando numeral 19, literal e).

¹³⁴ CIDH. (1981). *Baby Boy vs. Estados Unidos de América*, Ob. Cit., Párrafo 19.

¹³⁵ *Ibíd.*

Americanos, llevada a cabo en la ciudad de Río de Janeiro en 1965, solicitó al Consejo de la OEA y a la CIDH, que empiecen a trabajar en un Proyecto de Convención¹³⁶.

En consecuencia, para evitar más desacuerdos sobre la inclusión de la expresión “desde el momento de la concepción”, la CIDH, considerando las legislaciones de aquellos Estados que no eran restrictivas en materia de aborto, redactó nuevamente un artículo incluyendo, con mayoría de votos, las palabras “en general” antes de dicha expresión. La cláusula “en general”, a más de tener un carácter conciliatorio, otorgaba un margen de apreciación a los Estados, para que fueran ellos, quienes finalmente decidan en qué términos se regularía el derecho a la vida en sus respectivas jurisdicciones. Finalmente, y por voto de la mayoría, fue adoptado en la conferencia, el texto que, hasta el día de hoy, continúa tipificado en el artículo 4.1 de la CADH¹³⁷. Así, queda demostrado que la interpretación que hacían los peticionarios dentro de este caso, sobre el derecho a la vida, no era veraz. En consecuencia, la CIDH determinó que, en este caso, la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos “y de la Corte Suprema Judicial de Massachusetts, así como los demás hechos establecidos en la petición, no constituyen violación de los artículos I, II, VII y XI de la [DADDH]”¹³⁸. De esta manera, puede concluirse que, de acuerdo a lo establecido por la CIDH, el aborto debe ser despenalizado ya que el mismo se encuentra permitido por la DADDH y la CADH. Lo contrario, viola los derechos humanos de las mujeres.

2.2.3.5. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) Vs. Costa Rica (2012)

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, anuló un Decreto Ejecutivo¹³⁹ que autorizaba la práctica de la fecundación *in vitro* (FIV)¹⁴⁰, alegando que era contrario a la vida. Nueve parejas presentaron una petición ante la CIDH, misma que posteriormente presentaría el caso ante la Corte IDH para que decidiera sobre la violación

¹³⁶ *Íd.*, Párrafo 23.

¹³⁷ CIDH. *Baby Boy vs. Estados Unidos de América*, Ob. Cit., Considerando numerales 25 y 29.

¹³⁸ *Íd.*, Punto 1 de la parte resolutive.

¹³⁹ Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud de Costa Rica.

¹⁴⁰ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000, emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 85).

de sus derechos. Esta jurisprudencia interpretó el “derecho a la vida gradual” del feto a la luz del SIDH. De esta manera, el derecho a la vida, en aquel caso, no consiste en un derecho absoluto sino gradual e incremental “[...] de acuerdo al desarrollo de la vida y a los otros derechos involucrados”. De esta manera, la protección del derecho a la vida prenatal a la luz de la CADH, misma que inicia con la implantación y no con la fertilización, debe ceder ante el derecho de la madre a la vida, en particular, a su vida digna, así como otros derechos. Como ya se ha dicho, “la protección del derecho a la vida se da a partir del momento de la implantación, [el cual] debe ser incremental conforme al desarrollo gestacional, y debe ponderarse con todos los derechos humanos involucrados”¹⁴¹. También, reconoció por primera vez que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, los cuales deben ser respetados y garantizados, al igual que los derechos a la privacidad, a conformar una familia, a la libertad y la integridad personal. Los derechos reproductivos deben ser “salvaguardados para asegurar la protección del derecho a la integridad personal, la libertad personal, y la vida privada y familiar”¹⁴². En este sentido, la Corte IDH, ha interpretado el artículo 7 de la CADH, sobre el derecho a la libertad personal, diciendo que “constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”¹⁴³. Asimismo, la Corte ha considerado que “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada [...]”¹⁴⁴. De igual forma, la Corte resolvió que un embrión no puede entenderse persona a efectos del artículo 4.1 de la CADH¹⁴⁵. La Corte acudió al Derecho Internacional comparado para observar qué se dice sobre el derecho a la vida. Revisó la DUDH, el PIDCP, la CEDAW, la CDN y los sistemas africano y europeo de derechos humanos¹⁴⁶ para concluir lo siguiente: “La Corte observa que las tendencias de regulación en el Derecho Internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un

¹⁴¹ Centro de Derechos Reproductivos. *FIV en Costa Rica: Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) v. Costa Rica*, párr. 3.2.

¹⁴² *Íd.*, párr. 3.1.

¹⁴³ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 28 de noviembre de 2012, párr. 142.

¹⁴⁴ *Id.*, párr. 143.

¹⁴⁵ *Id.*, párr. 264.

¹⁴⁶ Centro de Derechos Reproductivos, *Ob. Cit.*, párr. 3.2.

derecho a la vida”¹⁴⁷; este es el estatus legal que tiene el embrión en el DIDH. Sobre el principio de interpretación más favorable y, el objeto y fin del tratado, el Tribunal ha concluido que,

El objeto y fin de la cláusula ‘en general’ del artículo 4.1 de la CADH es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto” [...]. Dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos¹⁴⁸.

El derecho a la vida, entonces, no es absoluto. Asimismo, se señala que un embrión no puede entenderse persona a efectos del artículo 4.1 de la CADH. En síntesis, los órganos que tienen carácter cuasi jurisdiccional, como los Comités de Naciones Unidas y la CIDH, han dicho claramente que la criminalización del aborto vulnera varios de los derechos humanos de las mujeres que desean interrumpir su embarazo. En este sentido, han dispuesto a los Estados a vigilar sus legislaciones y sus prácticas en relación a este tema, a fin de que ambas guarden coherencia con dichos estándares internacionales.

Lamentablemente, el Ecuador es uno de los países que ha hecho caso omiso a estos pronunciamientos, por lo que continúa sancionando a mujeres mediante una legislación restrictiva en materia de aborto. Este, es un incumplimiento de obligaciones sistemático, ya que los estándares internacionales sobre aborto, a pesar de ser fuentes no tradicionales, generan ciertas obligaciones al Estado. El Ecuador ni siquiera ha logrado despenalizar el aborto en casos de violación o incesto, lo cual se contrapone a aquello que le han indicado los organismos internacionales de protección de Derechos Humanos. Esto demuestra el desvalor que el Estado ecuatoriano ha otorgado a los pronunciamientos de tales órganos, al considerarlos como una categoría ajena al caduco texto del artículo 38 del ECIJ. Sin embargo, no puede perderse de vista que nuevas fuentes se han generado con el paso del tiempo y, aquellas que contemplan la despenalización del aborto, no serán la excepción. Esto se abordará con mayor profundidad en el siguiente capítulo.

¹⁴⁷ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros* [...], Ob. Cit., párr. 253.

¹⁴⁸ *Íd.*, párr. 263.

3. CAPÍTULO III: Carácter vinculante de los instrumentos internacionales en materia de aborto en el Derecho Internacional Público

Toda vez que, el Capítulo 1 del presente trabajo de investigación, ha expuesto con claridad que en Ecuador se criminaliza el aborto, y que el Capítulo 2 ha intentado plasmar que los estándares de organismos internacionales de Derechos Humanos que regulan la materia, apuestan por una despenalización del aborto, podemos determinar que, el estado actual de la legislación local ecuatoriana no se corresponde con aquello que se ha establecido en la esfera internacional. Los órganos de tratados y los tribunales internacionales han abordado la cuestión del aborto a través de los lentes del DIDH. Así, en cumplimiento de las funciones otorgadas por los tratados internacionales de derechos humanos, los organismos se han encargado de interpretarlos y de emitir pronunciamientos. Sin embargo, subsisten algunas preguntas sobre si sus pronunciamientos tienen carácter vinculante conforme al DIP y si el Ecuador estaría comprometiendo su responsabilidad internacional al no despenalizar el aborto. En consecuencia, este último capítulo, analizará si es que los estándares internacionales en materia de derechos humanos emitidos por órganos cuasi jurisdiccionales son vinculantes para el Ecuador. De igual forma, se mencionará qué es lo que ha hecho el Ecuador respecto a dichos estándares internacionales y si es que ha cumplido con sus obligaciones internacionales en materia de aborto. Para ello, es necesario indicar que, la mayoría de estándares internacionales en materia de despenalización de aborto, provienen de órganos de carácter cuasi jurisdiccional como lo son los varios Comités de Naciones Unidas y la CIDH. Lo cual, *prima facie*, nos haría cuestionar su carácter vinculante, en particular, si se continúa observando la cuestión desde en enfoque tradicional sobre las fuentes del DIP, de conformidad con el artículo 38 del ECIJ. Sin embargo, en la actualidad, existen corrientes de pensamiento que defienden que estos pronunciamientos tienen, en efecto, un carácter vinculante; estos se encuadran en lo que se considera como soft-law.

Aparte de estos argumentos, desde la perspectiva internacional y desde la óptica nacional constitucional también puede concluirse que tienen el carácter de vinculante al encontrarse abarcados en el texto de la Constitución del Ecuador dentro del término “instrumentos internacionales”. También, podrá observarse que, cuando los pronunciamientos de órganos de Derechos Humanos sean más favorables a los derechos, estos deben prevalecer sobre el ordenamiento jurídico nacional y ser aplicados directa e

inmediatamente, en virtud al principio de no restricción de derechos. Así, se podrá concluir que los estándares internacionales sobre aborto mencionados en el Capítulo 2, desde una perspectiva internacional y nacional, son vinculantes para el Ecuador.

3.1. Carácter vinculante de los estándares internacionales sobre aborto en el Ecuador: perspectiva internacional

A fin de dar contexto al contenido de este apartado, se considera oportuno conversar acerca del impacto que el desarrollo progresivo del DIP ha tenido. El DIP ha ido avanzando, se ha desarrollado y ha experimentado una constante transformación y, con él, sus varias ramas especializadas, como lo es el caso del DIDH. En el caso específico, nos encontramos en un tiempo en el que se comprueba la incidencia que progresivamente¹⁴⁹ ha ido acumulando el DIDH en las legislaciones internas de los Estados, ya que antes era realmente impensable para los juristas en general, y de derecho internacional en particular, el que pronunciamientos emitidos por órganos cuasi-jurisdiccionales pudieran llegar a trastocar normas tanto locales como constitucionales¹⁵⁰; instituciones locales que se han adaptado a un nuevo esquema sustancial y adjetivo¹⁵¹. En este sentido, es innegable que el hecho de que una norma de derecho internacional se encuentre codificada, otorga mayor certeza y precisión. Existe una vocación normativa para que las normas internacionales consuetudinarias sean recopiladas en convenciones codificadoras u otros instrumentos de diferente naturaleza a los que se acude para confirmar el contenido exacto de tales reglas en vigor¹⁵². Esto, no obsta para que surjan nuevas normas e interpretaciones que favorezcan y amplíen el contenido de los Derechos Humanos. Juan Carlos Hitters, recalca que el desarrollo progresivo del derecho internacional ha generado un “doble efecto”:

Por un lado, la aparición de “decisiones” o informes de estos organismos trasnacionales “controladores” de la actividad local (en cualquiera de sus tres poderes)¹⁵³; y por otro,

¹⁴⁹ Pedro Nikken. *La protección internacional de los derechos humanos, Su desarrollo progresivo*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Civitas, 1987.

¹⁵⁰ Juan Carlos Hitters. *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, pp. 131-132.

¹⁵¹ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-19/05 Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos)* de 28 de noviembre de 2005.

¹⁵² Juan José Quintana. *Derecho Internacional Público Contemporáneo*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 84.

¹⁵³ Juan Carlos Hitters, Ob. Cit., p. 132.

la incorporación de una serie de preceptos (los tratados y las convenciones internacionales) que se han colado en el ámbito nacional y que aparecen como directamente operativos (*self executing*)¹⁵⁴.

Al parecer, en estos tiempos, se ha dado una evolución en la que el Estado cede en favor de los derechos del ser humano¹⁵⁵, y no en favor de sí. Nadie lo hubiera pensado en épocas anteriores, pero es una realidad. Ahora, el derecho interno queda supeditado al DIDH, el cual, de cierta forma, lo tutela. Hitters, ha denominado a esta realidad, es decir, la influencia directa e indirecta en el plano interno, como “notables y plausibles adelantos y reacomodamientos” que surgen de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, los pronunciamientos de la CIDH, las decisiones de los Comités del Sistema Universal de Derechos Humanos, entre otros¹⁵⁶. Lo dicho previamente, se corresponde con el principio de progresividad, en el sentido de que los derechos humanos siempre se encuentran en constante evolución, es decir, desde la DUDH como punto de partida, hacia una búsqueda persistente por ampliar el contenido de tales derechos y sus garantías correspondientes¹⁵⁷. Es por eso que, tanto los ordenamientos jurídicos locales, como internacionales, pueden ser considerados únicamente como enumerativos, al no ser posible incluir absolutamente todos los derechos humanos a concebirse. Creo firmemente que los fundamentos del DIP están siendo cuestionados por una realidad que deja percibirse como resultado del desarrollo progresivo que este ha experimentado a través de los tiempos. Así, lo que le queda a esta rama del Derecho, es acoplarse a nuevos esquemas en los que interactúan nuevos sujetos, con el fin de satisfacer necesidades que no fueron consideradas al momento en que se crearon las fuentes que lo han venido regulando. De lo contrario, el sistema de fuentes del DIP podría convertirse en un catálogo inservible, que será rebasado por las situaciones que se presenten en la realidad, las cuales están relacionadas a la protección y defensa de los Derechos Humanos.

3.1.1. Fuentes tradicionales del Derecho Internacional Público y su falta de vigencia en la actualidad

¹⁵⁴ *Ibíd.*

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ José Aguirre. *La interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos*, p. 77.

En el DIP se discute el estatus jurídico de los pronunciamientos de órganos cuasi-jurisdiccionales dentro de las fuentes del DIP, de tal manera que podrían existir fuentes adicionales a las empleadas en el artículo 38 del ECIJ. Se ha defendido que la formulación más autorizada de las fuentes de DIP es la del artículo 38 del ECIJ¹⁵⁸, cuyo texto establece lo siguiente:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. [...]

Dicho esto, muchos han reconocido al artículo 38 del ECIJ como un pilar para la aplicación del DIP¹⁵⁹, en el sentido de que este contiene fuentes y otras que no lo son, por tratarse de meros “medios auxiliares”. Otros, nos recuerdan que el artículo 38 del instrumento antes mencionado, es un proyecto que corresponde a 1920, mismo que no ha sido adecuado al DIP contemporáneo¹⁶⁰. También, se ha dicho que el artículo 38 debe ser visto como una guía, mas no como un todo acabado, ya que el dinamismo de las relaciones internacionales, así como la práctica, lo han rebasado con nuevas ricas manifestaciones de fuentes¹⁶¹. Si bien el artículo 38 es, indudablemente, una “pieza fundamental de la teoría de las fuentes del DIP”¹⁶², deja algunas dudas que valdría la pena comentar: por una parte, la época en que este fue redactado, y la otra, si existe algún tipo de jerarquía entre las fuentes que enumera. En primer lugar, se ha discutido en la doctrina si el artículo 38 es un “todo cerrado”¹⁶³. En este sentido, es necesario tomar en cuenta que dicho artículo, fue prescrito en 1945, por los redactores del ECIJ, quienes, para ello, tomaron como base y copiaron el artículo 35 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia

¹⁵⁸ Juan José Quintana, Ob. Cit., p. 79.

¹⁵⁹ Manuel Becerra. *Las Fuentes Contemporáneas del Derecho Internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

¹⁶⁰ Robert Y. Jennings. *What is International Law and how do we Tell it when we See It?*, p. 29.

¹⁶¹ Manuel Becerra, Ob. Cit..

¹⁶² Juan José Quintana, Ob. Cit., p. 80.

¹⁶³ Manuel Becerra, Ob. Cit., pp. 33.

Internacional (ECPJI) de 1920¹⁶⁴. Entonces, considerando que la esencia del artículo 38 del ECIJ se remonta a 1920, han pasado casi 100 años desde su formulación. Innegablemente, 100 años, es un periodo considerablemente largo, en el que el DIP y sus fuentes, han experimentado un desarrollo el cual ya no se refleja en el texto del artículo 38 del ECIJ. En segundo lugar, otro inconveniente que surge es si existe algún tipo de jerarquía entre las diversas fuentes enumeradas en el artículo 38 del ECIJ. Cabe señalar que el mismo no menciona que las fuentes deberán ser aplicadas “en orden sucesivo”, lo cual talvez sugiere que la primera intención de otorgar una jerarquía en la aplicación de las fuentes, fue abandonada desde 1945¹⁶⁵. Con este antecedente, se suponía que el artículo 38 era el *non plus ultra* de las fuentes del DIP distinguiendo tres categorías normativas: fuentes primarias (los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del derecho); fuentes subsidiarias (la jurisprudencia y la doctrina); y, un criterio auxiliar (la equidad). Sin embargo, hoy por hoy, estas ya no son suficientes, considerando la robusta transformación que han experimentado las relaciones internacionales desde el principio del siglo pasado a la fecha. De esta manera el artículo 38 del ECIJ ha quedado como “un traje fuera de medida”¹⁶⁶, y existe mucho consenso sobre eso. Así, sin entrar en mucha profundidad, basta observar los efectos -derechos y obligaciones- que se generan a partir de los actos unilaterales de los Estados, del soft-law, y de otras fuentes adicionales; justamente una de esas fuentes adicionales son los pronunciamientos de los órganos internacionales de Naciones Unidas y de la CIDH.

3.1.2. Mecanismos de interpretación de las obligaciones de Derechos Humanos y su relevancia en la despenalización del aborto

Con el cese de la Segunda Guerra Mundial, surgió una conciencia internacional que trastocó definitivamente al DIP, estipulando que “la vida, la integridad física y la dignidad de las personas no pueden dejarse a merced de ningún gobierno o Estado”¹⁶⁷. Así, el DIP clásico, que “comprendía las relaciones de derecho público, que abarcaban de forma casi exclusiva la distribución de competencias entre los Estados, y la reglamentación de las

¹⁶⁴ *Íd.*, pp. 29-30.

¹⁶⁵ *Revista Mexicana de Derecho Internacional*, México, t. III, 1921, p. 236.

¹⁶⁶ Manuel Becerra, *Ob. Cit.*, p. 34.

¹⁶⁷ Fabián, Salvioli. *Postulados Emergentes De La Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos En Relación Al Derecho Internacional Público*, p. 14.

relaciones entre ellos, siempre en el respeto absoluto de la soberanía nacional”¹⁶⁸, atravesó un proceso irreversible a partir de la posguerra en el que la observancia concerniente a los derechos y libertades fundamentales compete tanto al ámbito nacional e internacional. En consecuencia, si bien la soberanía de los Estados continúa siendo un principio medular del DIP, con la aparición del DIDH, ha nacido un “derecho de coordinación”¹⁶⁹ en el que coexisten pronunciamientos generales en términos del DIP y pronunciamientos de Derechos Humanos, específicamente; y, estos últimos, como ya se ha dicho, poseen un valor adicional por tratarse de “los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana [...]”¹⁷⁰. Así, cuando hay pronunciamientos de Derechos Humanos, los Estados ya no pueden decidir, soberanamente, su no aplicación. Sino que, conforme a esta nueva perspectiva, los Estados tienen la obligación de acoger este tipo de pronunciamientos por ser vinculantes¹⁷¹.

En ese orden de ideas, las obligaciones de Derechos Humanos tienen que ser interpretadas y analizadas a través de lupas como el principio pro homine¹⁷² y la evolución dinámica¹⁷³, lo que significa que todas las obligaciones de Derechos Humanos están revertidas de un valor especial. De igual manera, en palabras de Hitters, es necesario tomar en cuenta que, si bien los pronunciamientos que provienen de una denuncia y el correspondiente proceso con todas sus garantías, no son ejecutables, estos “pueden considerarse intrínsecamente obligatorios [...]”. Asimismo, señala que la mayoría de las decisiones en el DIDH “producen efectos vinculantes indirectos”¹⁷⁴. Otros doctrinarios también apuestan por reconocer el efecto vinculante de las opiniones y decisiones de la CIDH para los jueces locales, ya que, si se dejara a cada Estado interpretar los pronunciamientos de la CIDH dependiendo el caso concreto, se dejaría la puerta abierta

¹⁶⁸ *Íd.*, p. 16.

¹⁶⁹ *Íd.*, p. 17.

¹⁷⁰ *Íd.*, p. 13.

¹⁷¹ Juan Carlos Hitters, *Ob. Cit.*, p. 132.

¹⁷² Eduardo Llugdar. *La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH y las Resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como fuentes y formas de protección de los Derechos Fundamentales*, p. 6.

¹⁷³ José Aguirre, *Ob. Cit.*, pp. 76-77.

¹⁷⁴ Juan Carlos Hitters, *Ob. Cit.*, pp. 282-283, y 393.

para que se desvirtúe la razón de ser de los sistemas de protección de Derechos Humanos¹⁷⁵. Entonces, a más de una importancia especial, resulta que, estas disposiciones de soft-law son o tienen que ser vinculantes. Tal es el caso de las obligaciones presentes en los estándares internacionales de despenalización del aborto. De esta manera, los mecanismos de interpretación de las obligaciones de Derechos Humanos, nos llevan a entender que la despenalización del aborto es una forma de proteger de mejor manera los derechos. La regulación del aborto en el Ecuador, al permitir la interrupción voluntaria del embarazo únicamente en ciertos supuestos, debería ceder ante los pronunciamientos internacionales de órganos de Derechos Humanos al ser más proteccionistas que el COIP. Entonces, es necesario interpretar los estándares sobre derechos humanos conforme al principio *pro homine* en aras de que sean entendidos “de la manera más extensiva posible a favor de los seres humanos, y [que] las restricciones a los mismos, siempre [sean interpretadas] de una manera restrictiva”¹⁷⁶.

En cuanto mecanismo de interpretación, el principio *pro homine*, exige al intérprete se incline por la posibilidad que más favorezca los derechos del ser humano, y, de ser el caso de que sus derechos deban ser limitados, lo haga en la menor medida de lo posible¹⁷⁷. En cuanto mecanismo de armonización, el principio *pro homine*, procura la armonización entre el interés general con el individual, intentando que se conserve el derecho que ha sido garantizado a los sujetos¹⁷⁸. También, deben ser interpretados de manera evolutiva. No puede desconocerse el avance que ha experimentado el DIDH a través de la interpretación evolutiva que se ha hecho a los diferentes instrumentos internacionales en la materia. Es valioso destacar que esta interpretación evolutiva no se contrapone con la regla general de interpretación contenida en la Convención de Viena de 1969¹⁷⁹. Tanto la Corte IDH, como el TEDH, [...] han indicado que se necesita de un tipo de interpretación conforme a la “evolución de los tiempos y las condiciones de vida

¹⁷⁵ German Bidart y Susana Albanese. El valor de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, p. 43.

¹⁷⁶ José Aguirre, Ob. Cit., p. 81-82.

¹⁷⁷ Eduardo Llugdar, Ob. Cit., p. 6.

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-16/99* de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, párr 114.

actuales”¹⁸⁰. Debe precisarse que “el corpus juris del DIDH está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”¹⁸¹. Su evolución dinámica ha afirmado y ha desarrollado al DIP contemporáneo para que este consiga regular las relaciones que se generan entre el Estado y las personas en las diferentes jurisdicciones. Estos mecanismos de interpretación demuestran la importancia a las obligaciones de Derechos Humanos, las cuales están revestidas por ciertos principios como los antes mencionados. Más adelante, se podrá observar cómo los pronunciamientos de órganos de Derechos Humanos contienen obligaciones muy importantes, por lo que deben ser vinculantes.

3.1.3. Soft-law como fuente de Derecho Internacional Público

Los tratados que crean órganos, generalmente, también les otorgan la competencia de auto reglamentarse y de adoptar “decisiones, resoluciones, reglamentos o recomendaciones dirigidos a los Estados miembros”¹⁸². Así, existe una discusión sobre el carácter vinculante de los pronunciamientos de los organismos internacionales, alegando que tales pronunciamientos consisten en una fuente de soft-law. El soft-law será entendido como el conjunto de documentos o instrumentos diplomáticos “en los que se plasman directrices o pautas de conducta que, [...] no son simples declaraciones políticas del tipo de las que no tienen ninguna relevancia desde el punto de vista jurídico”¹⁸³. Son pronunciamientos o declaraciones que “tienen relevancia legal, [las cuales podrían] fundamentar directamente derechos y deberes”¹⁸⁴, y aunque tengan un significado de carácter jurídico complicado de categorizar, podrían determinar efectos vinculantes¹⁸⁵. Respecto de los pronunciamientos de los organismos internacionales, como los de los Comités de la ONU y de la CIDH, estos desempeñan un rol muy importante cuando se trata del DIP contemporáneo. Muchas de las decisiones de las Organizaciones Internacionales, a más de ser meras recomendaciones con efectos en los planos político o moral, se encuentran nutridas de un contenido que se debe cumplir. Por ejemplo,

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ *Íd.*, párr 115.

¹⁸² Moncayo; Vinuesa; y, Gutiérrez Posse. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: ZAVALLIA, p. 164.

¹⁸³ Juan José Quintana, *Ob. Cit.*, p. 92.

¹⁸⁴ Matthias Herdegen. *Derecho Internacional Público*, p. 164.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

declaraciones como la DUDH “al haber sido adoptadas por unanimidad, por consenso, o por una mayoría abrumadora, y al tener intenciones claramente normativas o codificadoras, pueden constituir evidencia o reflejo del contenido de normas jurídicas [...]”¹⁸⁶. En la doctrina del DIP, muchos sostienen que, se les debería otorgar un significado legal a varios pronunciamientos que son emitidos por los órganos internacionales, los cuales contienen principios de DIP¹⁸⁷. Por ejemplo, cuando se trata de pronunciamientos de órganos u organismos de Derechos Humanos, existen valores fundamentales detrás; por lo que no se trata de cualquier tipo de pronunciamiento que provenga de cualquier órgano internacional. En este caso, de forma particular, tienen que ser vinculantes por la relevancia del tema¹⁸⁸. Así, es necesario que, en ciertos temas, se reconozca el carácter vinculante del soft-law, porque en efecto, dependiendo del contexto y de las necesidades particulares, el pronunciamiento tendrá características y objetivos únicos como fuente de DIP. Un solo pronunciamiento puede plasmar necesidades colectivas y lograr trastocar el orden internacional o regional. De esta manera, el soft-law y los pronunciamientos de los órganos se han convertido en una fuente formal de DIP. En consonancia con aquello que mencionaba Savigny, sobre el origen del Derecho, este debe entenderse en virtud a la evolución histórica de un lugar determinado¹⁸⁹. Así, con las distintas mutaciones del Derecho con el devenir del tiempo, aunque preservando sus fundamentos y núcleos esenciales, puede que algunos enunciados ya no se correspondan con la interpretación histórica que se haga de ellos. De esta manera, los organismos encargados de monitorear el cumplimiento que hagan los Estados de dichas disposiciones, interpretan evolutivamente los instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁹⁰, a fin de que coincida con las necesidades actuales. Así, algunos de los pronunciamientos de órganos de Derechos Humanos, son de carácter soft-law, como

[...] instrumentos, interpretaciones, decisiones o recomendaciones que dictan órganos con competencia para hacerlo, que [tienen] efectos jurídicos o [...] cierta relevancia jurídica¹⁹¹.

¹⁸⁶ Juan José Quintana, Ob. Cit., p. 90.

¹⁸⁷ Matthias Herdegen, Ob. Cit., p. 161.

¹⁸⁸ Ramón Hernández. Introducción en *Los Derechos Humanos* de Francisco de Vitoria. Salamanca: Editorial San Esteban, 2003.

¹⁸⁹ Origen De La Escuela Histórica Del Derecho (Apuntes). La Última Ratio.

¹⁹⁰ Eduardo Llugdar, Ob. Cit., p. 6.

¹⁹¹ *Ibíd.*

Así, el tipo de estándares que fija el soft-law de pronunciamientos de órganos de Derechos Humanos deben ser tratados como hard-law¹⁹², por ende vinculantes. Un claro ejemplo de ello, son la DUDH y la DADDH, y de conformidad con lo mencionado en la Opinión Consultiva N° 10, que a pesar de que se traten de “una declaración y no de un tratado, sus enunciados son obligatorios para los Estados Miembros de la OEA y tiene efectos jurídicos, es decir, constituye un hard law, en el [SIDH]”¹⁹³. De igual forma, cuando los Estados ya adquieren compromisos que deben cumplir a un futuro, respecto de pronunciamientos que han sido dirigidos expresamente a ellos, como “soluciones amistosas, medidas cautelares, informes de fondo, informes derivados de visitas in loco”¹⁹⁴ estos adquieren un carácter distinto¹⁹⁵. Respecto a los informes de fondo emitidos por la CIDH, la Corte IDH, ha dicho que los Estados están obligados, por el principio de buena fe, “a hacer lo posible para cumplir sus postulados, aunque no les equipara al valor de las sentencias del tribunal”¹⁹⁶. Por otro lado, las medidas cautelares dictadas por la CIDH, en caso de no ser observadas por el Estado que haya reconocido la competencia jurisdiccional de la Corte IDH, podrán ser sometidas al conocimiento de esta última y adoptar un carácter obligatorio, si es que se sentencia favorablemente sobre ellas¹⁹⁷. Otro ejemplo, podría ser el Examen Periódico Universal (en adelante, EPU). En particular, el EPU de 2017 realizado al Ecuador conforme al texto de construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos que figura en la resolución A/HRC/RES/5/1 del 18 de junio de 2007. En este caso, el EPU valoró hasta qué punto el Ecuador ha respetado sus obligaciones de derechos humanos contenidas en la Carta de la ONU, la DUDH, los instrumentos de Derechos Humanos de los que el Ecuador es parte, las promesas y los compromisos voluntarios hechos por Ecuador¹⁹⁸. Así, este mecanismo ha permitido comunicar al Ecuador, en materia de aborto, lo siguiente:

Mejorar los servicios de salud en las zonas rurales y garantizar el acceso de todas las mujeres a la educación sobre salud sexual y reproductiva y a una atención medica

¹⁹² *Ibíd*

¹⁹³ Corte IDH. *Opinión Consultiva N° 10/89* del 14 de julio de 1989, párrs. 42-47.

¹⁹⁴ Eduardo Llugdar. , Ob. Cit., p. 6.

¹⁹⁵ Kristicevic, V & Tojo, L. *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Buenos Aires: CEJIL, 2007, pp. 22-23.

¹⁹⁶ Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia serie C N° 33 del 17 de Septiembre de 1997.

¹⁹⁷ Eduardo Llugdar, Ob. Cit., p. 7.

¹⁹⁸ UPR. *¿Qué es el EPU?* Recuperado de: <https://www.upr-info.org/es/upr-process/what-is-it>

integral, incluido el acceso a métodos anticonceptivos modernos y servicios de aborto seguro en todos los casos previstos por las normas internacionales de derechos humanos¹⁹⁹.

Para otros, el éxito del soft-law, recae en el paso de una *governance-by-law* a una *governance-by-objectives*, como lo ha denominado Escudero²⁰⁰. Esto implica que hay una transición de la imposición, coacción, y amenaza de sanciones, a un escenario en el que existe una mayor participación, acuerdo y compromiso voluntario por parte de los Estados y sujetos. Así, han señalado que el soft-law, “responde al esquema del consejo o la recomendación, en vez de ajustarse al esquema imperativo tradicional; propone y no impone la realización de conductas”²⁰¹. Dichas propuestas se materializan en una diversidad de instrumentos y generalmente, no nacen de los Estados. Como se ha dicho, uno de los elementos que constituyen al soft-law es el compromiso voluntario de sus partidarios, y valga decir que ahí está su fuerza y legitimidad. Se trata de incentivar la cooperación, participación e integración, a través de mecanismos alternos²⁰². Actualmente, a la hora de emitir su veredicto, los jueces de alguna forma se encuentran obligados a hacer mención de normas de soft-law. Asimismo, “[...] no faltan voces que claman por la posibilidad de invocar normas de soft law ante los tribunales”²⁰³. Estas voces lo que desean transmitir, es la utilidad que podrían brindar las normas de soft-law, para formar el criterio del juez en materias determinadas, como lo es el caso del DIDH.

En este punto, quienes creemos que el soft-law es una tendencia que calza con los requerimientos de una sociedad globalizada, tenemos la intención de hacer que este coexista con las fuentes tradicionales del DIP y exigir su carácter vinculante; sobretodo, en materias de alto valor moral como lo es el DIDH. Nos encontramos en un tiempo en el que los mecanismos tradicionales y clásicos han ido perdiendo fuerza, o simplemente, necesitan nutrirse o rediseñarse con estos nuevos contenidos a fin de no volverse caducos o perder eficacia. De esta forma, si se le otorga calidad de fuente al soft-law, muchas cuestiones podrían mejorar: respuestas efectivas; confianza en las instituciones;

¹⁹⁹ Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Resultado del EPU de Ecuador adoptado por el Consejo de Derechos Humanos, sesión 36. 23 de octubre de 2017.

²⁰⁰ Origen De La Escuela Histórica Del Derecho (Apuntes). La Última Ratio, Ob. Cit.

²⁰¹ Rafael Escudero. *Una aproximación al concepto de soft law*, p. 3.

²⁰² *Íd.*, pp. 8-9.

²⁰³ *Íd.*, p. 10.

participación de la sociedad civil y de los particulares; espacio para los expertos en ciertas materias; entre otras. Indiscutiblemente, el DIP se ha desarrollado y ha permitido que el soft-law adquiera un carácter que debe ser vinculante.

3.1.4. La fragmentación en el DIP y su utilidad en materia de aborto

Una vez que hemos establecido que los pronunciamientos de los órganos internacionales sí son vinculantes, habrá quien diga que el fenómeno de la fragmentación va a generar problemas o que será un “riesgo para la coherencia del orden jurídico internacional”²⁰⁴, si aceptamos el carácter vinculante del soft-law y de los pronunciamientos de órganos de Derechos Humanos. Sin embargo, la fragmentación también puede ser positiva porque implica una diversidad de opiniones en la esfera internacional y un “signo de vitalidad del derecho internacional”²⁰⁵. En este sentido, la fragmentación también debería ser tomada en cuenta como una justificación de por qué, hoy por hoy, se ha llegado a la necesidad de plantear el carácter vinculante del soft-law, cuestionando la taxatividad de las fuentes enlistadas en el artículo 38 del ECIJ.

El desarrollo progresivo del DIP también ha sido la causa de la aparición de la fragmentación en la esfera internacional, ya que justamente los tratados y demás fuentes formales ya no reflejan de manera efectiva lo que ocurre en la realidad. Por el contrario, los pronunciamientos de órganos de Derechos Humanos, hacen que el contenido de los tratados evolucione y logre adaptarse a los requerimientos actuales, por lo que son necesarios. En materia de aborto, la fragmentación podría aportar a la resolución de aparentes conflictos entre pronunciamientos que hayan hecho órganos internacionales, considerando su carácter vinculante. De acuerdo a Estrada, existen tres elementos que explican el por qué del surgimiento de la fragmentación: (i) la ausencia de un legislador internacional y la creación de normas jurídicas internacionales por vía no estatal; (ii) la configuración de emergentes sujetos de derecho internacional; y, (iii) la necesidad de regular cuestiones que habían sido destinadas exclusivamente al ámbito interno de los Estados. El primer elemento, se refiere a la “dificultad asentada en el origen del derecho internacional moderno [de crear] una legislatura o federalismo a escala internacional [...]

²⁰⁴ Rodiles, Alejandro. La fragmentación del Derecho Internacional. ¿Riesgos u Oportunidades para México? Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. IX, 2009. UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 373.

²⁰⁵ A/57/10, párr. 498.

que propicia que los Estados generen normas jurídicas convencionales [contradictorias]”²⁰⁶. De igual forma, es necesario considerar los efectos que tienen las resoluciones de organizaciones internacionales y sus órganos, así como todo el aparataje que conforman las decisiones de carácter soft law o la participación de los individuos en la construcción de normas²⁰⁷. En relación al segundo elemento, se observa la aparición de dos sujetos que han logrado trastocar la estructura antigua en la comunidad internacional: las organizaciones internacionales y los seres humanos²⁰⁸.

Eso significó que los derechos y las libertades consagrados en normas internacionales ya no eran de exclusividad estatal sino compartida. En esto, lo que conocemos ahora como derecho internacional de los derechos humanos constituye el mejor ejemplo de un posicionamiento de la persona física en el escenario internacional²⁰⁹.

Respecto al tercer elemento, no puede negarse que las organizaciones internacionales, así como las normas jurídicas han diseñado una comunidad internacional, en la que los Estados se ven en la necesidad de “negociar todas las materias en el escenario mundial con Estados y con los actores principales del derecho internacional”²¹⁰. Así, todo encamina a reflexionar, en primer lugar, sobre las divergencias que podrían surgir entre aquellos que se dedican a la actividad exegética o de interpretación de las normas jurídicas internacionales, ya sea jueces o autoridades nacionales, y, en segundo lugar, sobre la idoneidad de la interpretación como herramienta para prevenir y remediar tales divergencias²¹¹. En este sentido, “[...] la interpretación puede constituir una deducción o inducción del derecho internacional: proceder de lo general a lo particular, a lo especializado; o viceversa. El objetivo: la coherencia del derecho internacional”²¹². Consecuentemente, aquellos que han dedicado su experticia a la materia de derecho internacional y sus regímenes autónomos, sin dejar de lado al DIDH, tendrán forzosamente que tener una visión holística de las relaciones jurídicas en la esfera

²⁰⁶ Estrada, Guillermo. *La Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: una revisión desde la fragmentación del Derecho Internacional*. Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos. México, p. 15.

²⁰⁷ *Id.*, p. 16.

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ *Id.*, pp. 16-17.

²¹⁰ Estrada, Guillermo, *Ob. Cit.*, p. 17.

²¹¹ *Id.*, p. 19.

²¹² *Ibíd.*

internacional. “De esta forma, un juez de comercio internacional puede revisar lo que resuelve la Corte IDH [...], no para establecer una violación a la CADH [...], sino para ajustar su decisión en el marco del derecho internacional vigente [...]”²¹³.

Continuando con la línea argumentativa, Philip Alston ha propuesto que se promueva la congruencia normativa. Ha dicho que, si un órgano de derechos humanos realiza una interpretación de cualquier norma, se esperaría que, en medida de lo posible, esta sea congruente con la interpretación que haga otro órgano. Aunque no deja de precisar que “una congruencia total no es ni viable ni conveniente, deben explicarse los principios en que se basan las diferencias resultantes”²¹⁴. Por otra parte, la permeabilidad, a pesar de ser el “proceso por el cual las normas incluidas en un instrumento se utilizan para interpretar las normas contenidas en otro instrumento”²¹⁵, nada obsta a que sea tomada como un camino hacia la uniformidad de criterios. Por ejemplo, el CDH podría considerar los derechos económicos consagrados en el PIDESC, en casos que sean afines con el Protocolo Facultativo del PIDCP. Sobre el particular, considero necesario que, los órganos de tratados, reconozcan que la fragmentación del derecho internacional es una realidad, y que esta eventualmente podría degenerar en una gravedad potencial. Por lo que podrían adoptarse medidas preventivas como establecer procedimientos en aras de difundir basta información estándar a los órganos de derechos humanos sobre situaciones que sean de su interés. Sin embargo, al existir diversas identidades subjetivas e identidades objetivas, no puede desconocerse el valor de la existencia del pluralismo en la esfera jurídica internacional. Ahora, todo debe mantener un límite para que el mismo derecho internacional, sus instrumentos y órganos permanezcan en autoridad y no pierdan legitimidad. Desde mi punto de vista, la congruencia normativa, así como la permeabilidad, son prácticas que pueden aportar a la integridad del sistema de DIP, en la medida en que controlan a la fragmentación para que esta resulte beneficiosa. En consecuencia, nos atrevemos a pensar que existe una fuente de DIP por fuera del artículo

²¹³ *Id.*, p. 20.

²¹⁴ Alston, Philip. Estudio actualizado preparado por el Sr. Philip Alston: informe provisional sobre la Situación Actual De Las Publicaciones, Estudios Y Documentación Que Se Preparan Para La Conferencia Mundial. A/CONF.157/PC/62/Add.11/Rev.1 22 de abril de 1993. Conferencia Mundial De Derechos Humanos Comité Preparatorio, Cuarto período de sesiones. Ginebra, 19 a 30 de abril de 1993. Tema 5 del programa provisional, párr. 239.

²¹⁵ *Id.*, párr. 84.

38 del ECIJ, y la razón es la fragmentación. Lo que se pensaba que era el DIP a principios del siglo pasado, no es para nada lo que sabemos que es el DIP hoy en día. La fragmentación condensa la aparición de nuevas fuentes de DIP, las formas contradictorias de entender al DIP, la evolución del DIP, etc. Esta evolución del DIP nos permite llegar a conclusiones como aquella que sostiene que el soft-law es vinculante. Así, todo lo dicho en esta sección apunta a que los pronunciamientos de órganos de Derechos Humanos son vinculantes desde una perspectiva internacional.

3.2. Carácter vinculante de los estándares internacionales sobre aborto en el Ecuador: perspectiva nacional

En el año 2008, la Constitución cambió en el Ecuador y con ella, se modificaron pilares fundamentales que la componían. Uno de estos pilares, relativo al Derecho Constitucional, es aquel de la supremacía absoluta de la Constitución. A partir del 2008, la Constitución en el Ecuador deja de ser absolutamente suprema, para dar paso a que algunos de los instrumentos internacionales, ampliamente entendidos, puedan incluso pesar más que las disposiciones constitucionales. De esta manera, se abre la puerta para que en el Ecuador podamos discutir también del carácter vinculante que pueden tener pronunciamientos internacionales como los referentes al aborto. La Constitución permite que ciertos temas de Derechos Humanos sean de supremacía absoluta, y por lo tanto vinculantes; uno de ellos, son los pronunciamientos en materia de aborto.

3.2.1. Tratamiento que da la Constitución a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos

La soberanía, en palabras de Fabián Corral, “alude a una cualidad sustantiva del poder, a facultades que no admiten otros poderes concurrentes ni superiores dentro del territorio”²¹⁶. Sin embargo, toda vez que el Estado ecuatoriano se ha sometido a instrumentos internacionales, la soberanía es contrarrestada ya que estos se incorporan a la legislación local y, en ciertos casos, prevalecen sobre ella²¹⁷. De esta manera, el Ecuador ya ha ejercido su soberanía, para decidir de forma independiente, el autolimitarse de acuerdo a estándares e instrumentos internacionales que, de ninguna manera, podrían ser dejados al arbitrio de los gobernantes de turno para que realicen la labor interpretativa

²¹⁶ Fabián Corral. *Tratados y Constitución*. Diario el Comercio, de 3 de mayo de 2012. Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/opinion/tratados-y-constitucion.html>

²¹⁷ *Ibíd.*

de los mismos. Con esto, conforme a los principios de buena fe y de *pacta sunt servanda*, el Estado ecuatoriano debe dar continuidad al cumplimiento de los pronunciamientos que emitan los órganos de Derechos Humanos y las interpretaciones que ellos hagan de dichas obligaciones internacionales²¹⁸. En el Ecuador la jerarquía de los instrumentos internacionales, en específico, aquellos que versan sobre derechos humanos, de acuerdo a la Constitución, tienen un rango constitucional²¹⁹. En ese orden de ideas, es necesario considerar el “criterio de interpretación constitucional denominado preferencia por los derechos humanos”²²⁰, es decir, en caso de que dos normas de igual jerarquía entren en conflicto, como las normas constitucionales y normas de tratados internacionales de derechos humanos, deberá preferirse aquella norma que favorezca de mejor manera los derechos humanos²²¹. De igual manera, Ramiro Ávila, ha dicho que, el Ecuador, al ser un Estado de derechos, reconoce la existencia de una pluralidad jurídica. Entonces, como Estado de derecho, el Ecuador reconoce al Estado como fuente de validez normativa, y a la ley como norma. Ahora, como Estado de derechos, se reconocen una variedad de sistemas jurídicos²²².

Entre otros, el sistema regional que proviene de la OEA o la Comunidad Andina, el sistema internacional que brota de los órganos del sistema de Naciones Unidas, y uno muy importante que es el sistema jurídico de las comunidades y nacionalidades indígenas, que está reconocido con rango constitucional. Si hay varios sistemas jurídicos, con propiedad se puede hablar que el Estado es de derechos²²³.

En ese sentido, el fundamento para que los instrumentos internacionales primen es el artículo 426 de la Constitución, mismo que estipula que, las normas previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos que “sean más favorables a las establecidas en la Constitución, [serán aplicadas directamente] aunque las partes no las

²¹⁸ *Ibíd.*

²¹⁹ María Judith Salgado. Los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución ecuatoriana y la Corte Penal Internacional. Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/508/1/RAA-01-Salgado-Los%20tratados%20internacionales%20de%20derechos%20humanos.pdf>

²²⁰ Domingo García Belaunde, La Interpretación Constitucional como problema, EN Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Biblioteca Jurídica DIKE, Colombia, 1996, ps 76-77.

²²¹ María Judith Salgado. Los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución ecuatoriana y la Corte Penal Internacional. Universidad Andina Simón Bolívar.

²²² Ramiro Ávila. En Defensa Del Neoconstitucionalismo Transformador. Los debates y los argumentos. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2012, p. 16.

²²³ *Ibíd.*

invoquen expresamente”²²⁴. Dicho artículo continúa diciendo que “los derechos consagrados en [...] los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación”²²⁵. Por su parte, el artículo 11 numeral 3, ratifica lo estipulado por el artículo 426 de la Constitución, es decir, “los derechos y garantías establecidos en [...] los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación [...] de oficio o a petición de parte”²²⁶. Para reforzar lo que se ha dicho, el artículo 417 prescribe que, cuando se trate de “[...] otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”. De esta manera, tanto el artículo 426 como el artículo 11 de la Constitución, nos permiten determinar que cuando se trate de derechos que se encuentren reconocidos de mejor manera en tratados internacionales de derechos humanos, de forma que den mayor protección a las personas, estos se podrán aplicar directamente, y cumplirse y aplicarse inmediatamente. El artículo 417, complementa a los dos anteriores, ya que no solo habla de dicha aplicabilidad directa, sino que esta dinámica incluirá a los *otros* instrumentos internacionales de derechos humanos. Por otra parte, el artículo 425 de la Constitución prescribe que “el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales [...]”²²⁷. También, el artículo 424 menciona que,

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. [...]

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público²²⁸.

Por lo tanto, si bien el artículo 425 establece la jerarquía normativa vigente en el Estado ecuatoriano, colocando a la Constitución por encima de los tratados internacionales, el artículo 424, expresamente menciona que, cuando un tratado internacional de derechos humanos reconoce derechos más favorablemente que la Constitución, estos instrumentos

²²⁴ Constitución de la República del Ecuador, Ob. Cit., Artículo 426.

²²⁵ *Ibíd.*

²²⁶ Constitución de la República del Ecuador, Ob. Cit., Artículo 11, numeral 3.

²²⁷ Constitución de la República del Ecuador, Ob. Cit., Artículo 425.

²²⁸ *Íd.* Artículo 424.

internacionales serán los que prevalezcan. Como se ha podido observar, la misma Constitución, ya habla sobre “instrumentos internacionales”. De esta manera, jugando con la semántica, puede establecerse que el término “instrumentos internacionales”, tiene un carácter abarcativo, porque engloba también a los pronunciamientos de órganos internacionales otorgándoles un rango constitucional²²⁹. En consecuencia, nuestra Carta Magna cede ante ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos cuando tales estándares sean más favorables a la protección de derechos. Esto, ya que, evidentemente, en materia de aborto, los estándares internacionales son más favorables que la protección de derechos dada por el COIP.

3.2.2. Reconocimiento del carácter vinculante de los pronunciamientos de entes cuasi-jurisdiccionales en el Ecuador por parte de la Corte Constitucional

En esta sección, podrá verificarse cómo la CCE ha dicho de manera expresa que los pronunciamientos de entes cuasi-jurisdiccionales internacionales tienen un carácter vinculante en nuestro país. Para ello, se utilizarán fragmentos del fallo jurisprudencial del Caso No. 11-18-CN (matrimonio igualitario), resolución nacional que ha validado pronunciamientos no tradicionales provenientes de una entidad no jurisdiccional, dotándoles el carácter de fuente, por tanto, invocables. En junio de 2019, la CCE, dentro del Caso No. 11-18-CN, emitió una sentencia en la que diferencia la existencia de “dos tipos de instrumentos internacionales: los convenios y los demás instrumentos de derechos humanos, como declaraciones y resoluciones de organismos de protección de derechos humanos”²³⁰. Si bien ambos tratan sobre derechos humanos, estos se diferencian básicamente en la forma en la que son aprobados:

Mientras los primeros requieren ratificación, en el caso del Ecuador, a través de control de constitucionalidad, aprobación parlamentaria y depósito del instrumento; los demás instrumentos requieren suscripción, cuando son declaraciones por ejemplo, o emisión de resoluciones de organismos internacionales de derechos humanos²³¹.

²²⁹ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)* de 12 de junio de 2019, párr. 30.

²³⁰ *Íd.*, párr. 25.

²³¹ *Ibíd.*

En la doctrina se ha discutido sobre el valor jurídico que tienen estos dos tipos de instrumentos internacionales. En este sentido, Hernán Salgado, Presidente de la CCE, en su voto salvado, dentro del mismo caso, ha dicho lo siguiente:

[...] [Las] “declaraciones”, que si bien contienen una expresión de voluntad de los Estados suscriptores, no poseen la fuerza vinculante de un tratado. En cualquier caso, lo que se debe resaltar es que un instrumento internacional consiste en un medio para la manifestación del acuerdo de voluntades de dos o varios Estados²³². [...]

Como puede observarse, Salgado considera que un instrumento internacional y un tratado son lo mismo, en el sentido de que el “instrumento internacional” no es un término más abarcativo que tratado internacional. Por el contrario, hay mucha doctrina que dice que “instrumento internacional” es un término más abarcativo: el cual incluye declaraciones, soft-law, entre otros. Por ejemplo, el Juez ponente en la causa, Ramiro Ávila, ha dejado señalado de forma expresa que “el valor jurídico que tienen los instrumentos internacionales de derechos humanos, **tanto tratados como el resto**, está claramente determinado en la Constitución, artículo 417”²³³ (El resaltado me pertenece). Aunado al énfasis que hace Ávila sobre la equiparación que la propia Constitución otorga a los tratados y a los otros instrumentos internacionales, ha agregado que, “En Ecuador[,] la distinción que hace la doctrina internacional entre tratados y otros instrumentos internacionales, para efectos del reconocimiento de derechos y desarrollo de su contenido, es irrelevante. Todos los derechos reconocidos en instrumentos internacionales forman parte del sistema jurídico ecuatoriano”²³⁴. De esta manera, en el Ecuador, esta relación, parecería ser una de género y especie, en la que todo tratado es un instrumento internacional, mas no todo instrumento internacional es un tratado, ya que hay otras categorías aparte de los tratados que tienen igual relevancia. También, la sentencia habla sobre la importancia del rol interpretativo que ejercen los órganos de supervisión de tratados respecto de sus normas²³⁵, así como lo que han resuelto en casos²³⁶. Si bien, el artículo 11 numeral 7 de la Constitución, prescribe que, tanto la Carta Magna, como los instrumentos internacionales de derechos humanos, reconocen ciertos derechos y

²³² *Íd.*, párr. 72.

²³³ *Íd.*, párr. 26.

²³⁴ *Íd.*, párr. 30.

²³⁵ *Íd.*, párr. 275.

²³⁶ *Íd.*, párr. 274.

garantías, aquello “no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”²³⁷. En el segundo caso, sobre la remisión a los instrumentos internacionales para reconocer derechos,

[...] Las autoridades del Estado deben observar el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinario de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos. **Son fuentes del derecho**, entonces, los convenios internacionales de derechos humanos, las declaraciones de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH, las observaciones generales de los comités de derechos humanos, las opiniones consultivas de la Corte IDH, los informes de los relatores temáticos y grupos de trabajo de Naciones Unidas, las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, entre otros²³⁸. (El resaltado me pertenece)

Una vez que se ha plasmado que la CCE reconoce como fuente de derecho no solamente a los tratados internacionales, sino también a las declaraciones, a la jurisprudencia, a las observaciones generales, a las opiniones consultivas, a los informes, a las recomendaciones, entre otros, es innegable que el Ecuador comprometería su responsabilidad internacional en caso de no despenalizar el aborto. Responsabilidad internacional que se comprometería no solo respecto de los instrumentos del SIDH, sino también de aquellos tratados e instrumentos que se derivan de otros sistemas²³⁹, como el SUDH. El Ecuador tiene la obligación de adecuar las normas y prácticas nacionales, junto con la de respetar y proteger, en virtud del artículo 1 de la CADH. De tal manera que el artículo 150 del COIP debería ser modificado, para lo cual bien podrá: expulsar la norma del sistema jurídico²⁴⁰; interpretarla conforme a los estándares internacionales de derechos humanos²⁴¹; y, aplicar y adecuar las prácticas en Ecuador. Sin embargo, es necesario apuntar lo que ha plasmado el Juez Ávila, en su sentencia:

La exigencia de reforma normativa podría afectar la vigencia y eficacia de los derechos. [...] Cuando se trata de garantizar derechos y en particular de una obligación de *ius cogens* como es la igualdad y la no discriminación, y de proteger y garantizar derechos

²³⁷ Constitución de la República del Ecuador, Ob. Cit., Artículo 11 numeral 7.

²³⁸ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 11-18-CN/19* [...], Ob. Cit., párr. 141.

²³⁹ *Íd.*, párr. 273.

²⁴⁰ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 121.

²⁴¹ Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párrafo 221.

de grupos humanos discriminados, entonces la aplicación convencional es directa y no requiere necesariamente regulación legislativa²⁴².

De esta forma, la reforma del COIP en materia de aborto no es indispensable. Es decir, la falta de un consenso al interior del Ecuador, sobre el respeto pleno por los derechos de las mujeres, no es un argumento válido para continuar negando o restringiendo sus derechos humanos o para seguir perpetuando y reproduciendo la discriminación histórica y estructural que aquellas han sufrido. El que hasta la fecha, la Asamblea Nacional no haya dado paso a una reforma para despenalizar el aborto, no puede conducir al Estado a continuar incumpliendo las obligaciones internacionales que ha contraído por decisión soberana²⁴³. Con ello, bastaría una aplicación directa de los estándares internacionales y una inaplicación de la norma del COIP. En síntesis, este capítulo intenta reproducir los cambios que se están dando respecto a las fuentes del DIP. Antes, era realmente impensable que los pronunciamientos de órganos cuasi-jurisdiccionales pudieran alterar ordenamientos jurídicos. Si bien el artículo 38 del ECIJ fue considerado como uno de los pilares del sistema de fuentes en el DIP, hoy en día han aparecido nuevas fuentes que lo dejan como un traje fuera de medida para satisfacer las necesidades del mundo de hoy. Además, es necesario que los tratados sean interpretados de forma que estos cobren vida y puedan ajustarse a los nuevos contextos. El DIP es una rama del derecho que está en constante construcción y mutación; se desarrolla progresivamente. Sin embargo, es necesario cuidar esta labor hermenéutica, respetando parámetros y cimientos básicos, pero ajustándolos de forma que se pueda dar mejor protección a los derechos de las personas. Una de las herramientas que ha permitido desarrollar los derechos humanos, ha sido el soft-law como instrumento internacional. Por ejemplo, en materia de aborto, los pronunciamientos de los organismos de derechos humanos, aunque soft-law, deben tener un carácter vinculante y obligatorio para el Ecuador. Así, nuestra justicia constitucional no solamente los ha utilizado como guía para el fundamento de sus sentencias, sino también, ha ido armonizándolos con el espíritu de la Constitución.

²⁴² Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 11-18-CN/19* [...], Ob. Cit., párr. 228.

²⁴³ Corte IDH. *Caso Átala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia. 24 de febrero de 2012, párrafo 92; Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 21 de noviembre de 2016, párrafo 123.

Conclusiones

La figura del aborto en el Ecuador, tal y como se encuentra prescrita en nuestra codificación penal, es un delito que únicamente está permitido en tres supuestos, como ya se ha explicado en este trabajo de investigación. Sin embargo, a pesar de que existan dichas causales, las mujeres no dejan de practicarse abortos en la clandestinidad, demostrando que el tipo penal no está cumpliendo el fin que se propuso. En su lugar, el Estado ecuatoriano, al criminalizar el aborto, ha dejado desprotegidas a las mujeres incumpliendo el marco garantista que se ha planteado en sus preceptos constitucionales. De esta manera, los derechos humanos de las mujeres están siendo violados sistemáticamente, a causa del ejercicio de un *ius puniendi* de *primera ratio* en materia de aborto. En este sentido, primero, se ha intentado demostrar que, aplicando la teoría del delito desde la escuela finalista, aunque con un tinte garantista, la mujer que aborta, no está configurando una acción típica al carecer de un *dolus malus* o dolo homicida. Esta decide hacerlo, por motivos variados que están respaldados constitucionalmente, y que guardan armonía con su dignidad como ser humano. La administración de justicia, en estos casos, no debería realizar un juicio de reproche, al deberse a un Estado de corte garantista que respeta las decisiones de las madres. En ningún momento, se le ha otorgado al Estado un rol paternalista, que pueda anular las posibilidades de las mujeres embarazadas. Si es que el Estado criminaliza el aborto y sanciona a las mujeres que se lo practican, la finalidad de la pena que se estaría configurando es la de la prevención especial negativa, la cual es totalmente inconstitucional. En segundo lugar, se ha demostrado que el Ecuador tampoco ha cumplido con sus obligaciones internacionales en materia de aborto, contenidas en estándares de derechos humanos, emitidos por órganos de carácter cuasi jurisdiccional. Es decir, el artículo 150 del COIP, tampoco se corresponde con la regulación que se ha hecho del aborto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de pronunciamientos de los Comités de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano. Estos han indicado de forma directa, que los Estados deben dejar de lado la criminalización del aborto, en la medida que esta vulnera una serie de derechos humanos que ostentan las mujeres.

Desafortunadamente, el Ecuador es un Estado que continúa manteniendo una legislación restrictiva en materia de interrupción voluntaria del embarazo. Así, hasta la fecha, nuestro país no ha dado paso a los pronunciamientos emitidos por tales órganos,

construyendo barreras que obstruyen a muchas mujeres el acceso efectivo a sus derechos humanos. Dicha situación, ha degenerado en un continuo incumplimiento de obligaciones internacionales por parte del Estado ecuatoriano, porque, aunque estos pronunciamientos no sean fuentes tradicionales bajo el Art. 38 del Estatuto de la CIJ, no quiere decir que estas no creen obligaciones. Así, el Ecuador todavía no ha permitido el aborto en casos de violación o incesto, poniendo en evidencia el poco valor que ha dado a tales pronunciamientos en ciertos casos. Sin embargo, es indiscutible que, el Ecuador, al igual que toda la comunidad internacional, se encuentra en una transición en la que los pronunciamientos de órganos cuasi-jurisdiccionales están alcanzando el valor de aquellas fuentes establecidas en el viejo artículo 38 del ECIJ. De esta manera, el DIP, y con este, sus fuentes, han ido transformándose. Llama muchísimo la atención que los pronunciamientos de órganos cuasi-jurisdiccionales estén aportando a la modificación de ordenamientos jurídicos de varios Estados. Así, es indiscutible que, en su momento, el artículo 38 del ECIJ, fue un *non plus ultra* del DIP. Sin embargo, en la actualidad, han surgido nuevas fuentes que lo han puesto en entredicho, como por ejemplo el soft-law. El desarrollo progresivo del DIP y la labor interpretativa de los órganos de tratados en materia de derechos humanos encargados de dar vigencia al contenido de las disposiciones de las Convenciones, han hecho que muchos derechos vayan creciendo en contenido, sobretodo si la interpretación que se ha hecho de ellos es pro homine. Generalmente, esta evolución dinámica o crecimiento de contenido de derechos se encuentra cristalizado en instrumentos internacionales como el soft-law y, los derechos de las mujeres en materia de aborto, no son la excepción.

En consecuencia, al no ser pronunciamientos de cualquier tipo, ni emitidos por cualquier órgano internacional, sino pronunciamientos de derechos humanos del tipo soft-law, estos tienen que ser vinculantes y obligatorios para el Ecuador. Como pudo verse, la justicia constitucional ya ha utilizado estándares internacionales de derechos humanos contenidos en pronunciamientos de órganos internacionales cuasi-jurisdiccionales, dándoles no solo el carácter de guía, sino de mera fuente. Así, el COIP debe adaptarse a los pronunciamientos internacionales que se han emitido en materia de aborto, toda vez que estos priman sobre la ley nacional al ser más proteccionistas. Esto se volvió más evidente con la reciente sentencia que dictó la Corte Constitucional sobre matrimonio igualitario, es decir, habrá normas locales que tendrán que modificarse o dejarse de

aplicar, cuando existan estándares internacionales que protejan de mejor forma los derechos, en este caso, aquellas sobre el aborto. Además, si consideramos que los pronunciamientos internacionales son de directa e inmediata aplicación, no debería esperarse a que se reforme el COIP, para dejar de aplicar la norma que criminaliza el aborto en el Ecuador. En lo que respecta a la fragmentación, aunque esta sea un problema potencial, ella demuestra los cambios que ha experimentado el DIP con el paso del tiempo, dando como resultado el pluralismo que tenemos en el plano jurídico internacional actual. Básicamente, gracias a la fragmentación podemos atrevernos a decir que existen otras fuentes por fuera del artículo 38 del ECIJ o que el soft-law en materia de derechos humanos es vinculante. En este sentido, el Ecuador tiene la obligación de hacer estos estándares internacionales en materia de aborto, vinculantes para sí y, en consecuencia, despenalizar el aborto; caso contrario, tendrá que responder por las violaciones a derechos humanos correspondientes por haber comprometido su responsabilidad internacional.

Bibliografía

- Agudelo, Nódier. *Curso de Derecho Penal: Esquemas del delito*.
- Aguirre, José. *La interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos*.
- Arias, Miguel Antonio. *Garantismo Penal: Análisis en el Sistema Penal Ecuatoriano*.
- Ávila, Ramiro. “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XV*. Montevideo, 2009.
- Ávila, Ramiro. En *Defensa Del Neoconstitucionalismo Transformador. Los debates y los argumentos*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2012,
- Balaguer, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Madrid: Editorial TECNOS S. A., 1997.
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas (1ª ed., 1766)*. Buenos Aires: Arayú, 1959.
- Becerra, Manuel. *Las Fuentes Contemporáneas del Derecho Internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- Beling, Ernst Beling. *Esquema de derecho penal*.
- Bidart, Germán y Albanese, Susana. El valor de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Burbano, Harold. *Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos en el Ecuador: El derecho penal en un Estado garantista, un “deber ser” del nuevo Código Orgánico Integral Penal*. <https://www.inredh.org/index.php/noticias-inredh/actualidad/444-seguridad-ciudadana-y-derechos-humanos-en-el-ecuador-el-derechos-penal-en-un-estado-garantista-un-deber-ser-del-nuevo-codigo-orgánico-integral-penal> (acceso: 29/11/2019).
- Centro de Derechos Reproductivos. *FIV en Costa Rica: Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) v. Costa Rica*.
- Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Borrador del Informe para primer debate del Proyecto de Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal: aborto no punible por violación, estupro e inseminación no consentida, página 23. Quito, 4 de octubre de 2018.
- Copelon, R. et al.. *Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights*. *Reproductive Health Matters*, 13(26).

- Corral, Fabián. Tratados y Constitución. Diario el Comercio, de 3 de mayo de 2012. Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/opinion/tratados-y-constitucion.htm>
- De Jesus, L. (2011). Revising Baby Boy v. United States: why the IACHR resolution did not effectively undermine the Inter-American System on Human Right's protection of the right to life from conception. Florida Journal of International Law, 23(1).
- De Londras, Fiona. Introductory Note to Mellet V. Ireland (H.R. COMM.) de junio 9 de 2016.
- DEMUS – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer. Mi Cuerpo Es Mío.
- Donna, Edgardo Alberto. *¿Es posible el derecho penal liberal?* Universidad de Buenos Aires.
- El Comercio. *¿Qué se aprobó y qué no con la reforma al Código Orgánico Integral Penal?* <https://www.elcomercio.com/actualidad/reformas-coip-aprobacion-asamblea-ecuador.html>. (acceso: 18/09/2019).
- Escudero, Rafael. *Una aproximación al concepto de soft law*.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón (1ª ed., 1989)*, Madrid: Trotta, 1998.
- Ferrajoli, Luigi. *Sobre los Derechos Fundamentales*.
- Fiscalía General del Estado, Consejo de la Judicatura. Datos recopilados por Surkuna entre enero de 2013 hasta enero de 2019.
- García Belaunde, Domingo. La Interpretación Constitucional como problema, EN Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Biblioteca Jurídica DIKE, Colombia, 1996
- Herdegen, Matthias. *Derecho Internacional Público*.
- Hernández, Ramón. Introducción en *Los Derechos Humanos* de Francisco de Vitoria. Salamanca: Editorial San Esteban, 2003.
- Hitters, Juan Carlos. *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*.
- Ibáñez, Andrés. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- INEC. Anuario de Nacimientos y Defunciones Ecuador, 2014.

- Jakobs, Günther. “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”. *Revista peruana de Ciencias Penales, edición especial sobre el Código penal peruano*, Año VII-VIII, N° 12.
- Jakobs, Günther. *La prohibición de regreso en los delitos de resultado; nuevo concepto de Derecho Penal, Tomo IV*. Universidad Autónoma de Madrid, 2008.
- Jennings, Robert Y. *What is International Law and how do we Tell it when we See It?*
- Kristicevic, V y Tojo, L. Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Buenos Aires: CEJIL, 2007.
- Llugdar, Eduardo. *La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH y las Resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como fuentes y formas de protección de los Derechos Fundamentales*.
- Malanczuk, P. *Akehurst's modern introduction to international law*.
- Melossi, Dario. “Garantismo y criminología crítica (1ª ed., 1991)”. *Pena y Estado*. Barcelona: PPU, 1991.
- Meza-Lopehandía, Matías. *El aborto en el DIDH*. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones: 7 de noviembre de 2016.
- Moncayo; Vinuesa; y, Gutiérrez Posse. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: ZAVALIA.
- Nikken, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos, Su desarrollo progresivo*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Civitas, 1987.
- Origen De La Escuela Histórica Del Derecho (Apuntes). La Última Ratio. Recuperado de: <http://www.laultimaratio.com/24-introduccion-al-derecho/116-origen-de-la-escuela-historica-del-derecho-apuntes>.
- Parma, Carlos Parma. *Problemática del Derecho penal posmoderno*. Cita la conferencia dictada por Raúl Eugenio Zaffaroni sobre el derecho penal del enemigo en la Universidad de Congreso, el 19 de agosto de 2005. Lima: ARA Editores.
- Quintana, Juan José. *Derecho Internacional Público Contemporáneo*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Rafecas, Daniel. *Una aproximación al concepto de garantismo penal*. Universidad de Buenos Aires.
- Revista Mexicana de Derecho Internacional*, México, t. III, 1921.
- Roda, Juan Córdoba. *Una nueva concepción del delito: La doctrina finalista*.

Salgado, María Judith. Los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución ecuatoriana y la Corte Penal Internacional. Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/508/1/RAA-01-Salgado-Los%20tratados%20internacionales%20de%20derechos%20humanos.pdf>

Salvioli, Fabián. Postulados Emergentes De La Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos En Relación Al Derecho Internacional Público.

Serrano, María José. *La dignidad humana según Kant*. http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/4esoetica/quincena2/quincena2_contenidos_4b.htm (acceso: 28/11/2019).

UPR. *¿Qué es el EPU?* Recuperado de: <https://www.upr-info.org/es/upr-process/what-is-it>

Vera, Ana Cristina. “Códigos Patriarcales, construyendo desigualdades: realidades sobre la judicialización de las mujeres por abortar”. *Nuevos tiempos nuevos desafíos sobre el Primer Congreso Ecuatoriano de Derechos Humanos llevado a cabo en junio de 2016*. CEDHU, diciembre de 2016.

Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*.

Welzel, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*.

Zaffaroni, Raúl Eugenio. *Derecho Penal, parte general*. EDIAR, 2000.

Zureick, Alyson. *(En)Gendering Suffering: Denial Of Abortion As A Form Of Cruel, Inhuman, Or Degrading Treatment*.

Plexo Normativo Interno

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional (LOGJCC). Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

Jurisprudencia Ecuatoriana

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC*, Caso No. 0019-09-IC, 2010.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)* de 12 de junio de 2019.

Jurisprudencia Extranjera

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH. *Caso Átala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia. 24 de febrero de 2012.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C. No 257, de 28 de noviembre de 2012.

Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 21 de noviembre de 2016.

Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016.

Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.

Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 303.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000, emitida por la Sala Constitucional, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 85).

Instrumentos Internacionales

Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Resultado del EPU de Ecuador adoptado por el Consejo de Derechos Humanos, sesión 36. 23 de octubre de 2017.

Carta de la ONU.

CDH. Concluding Observations: Ireland, U.N. Doc. CCPR/C/IRL/CO/4 (2014); Ireland, U.N. Doc. CCPR/C/IRL/CO/3 (2008); Ireland, U.N. Doc. A/55/40 (2000); Committee against Torture, Concluding Observations: Ireland, U.N. Doc. CAT/C/IRL/CO/1 (2011); Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding Observations: Ireland, UN Doc. E/C.12/IRL/CO/3 (2015).

CDH. Communication 1153/2003, *K.L. v. Peru*, Views adopted on 24 October 2005.

CDH. Communication 1608/2007, *L.M.R. v. Argentina*, Views adopted on 29 March 2011.

CDH. Communication No. 2324/2013, *Mellet v. Ireland*, Views adopted on 31 March 2016.

CDH. General Comment No. 16.

CDH. General Comment No. 18: Non-discrimination.

CDH. General Comment No. 20.

CDH. General Comment No. 28.

CDH. Observación general No. 6 sobre el Derecho a la vida, Doc. de la ONU HRI/GEN/1/Rev.9 (2008).

CDH. Observaciones finales sobre Ecuador, CCPR/C/ECU/CO/6 (2016).

CDH. Observaciones finales sobre Jordania, Doc. de la ONU CCPR/C/JOR/CO/5 (2017).

CDH. Reemplaza a la Observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (art. 7): 10/03/92.

CDH. Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2324/2013. CCPR/C/116/D/2324/2013.

CDH. *Whelan vs. Irlanda*, CCPR/C/119/D/2425/2014 (2017).

CDN. Observaciones finales sobre Ecuador, Doc. de la ONU CRC/C/ECU/CO/5-6, (2017).

CDN. Observaciones finales sobre Guatemala, Doc. de la ONU CRC/C/GTM/CO/5-6 (2018); Islas Marshall, Doc. de la ONU CRC/C/MHL/CO/3-4 (2018); y Palaos, Doc. de la ONU CRC/C/PLW/CO/2 (2018).

CDN. Observaciones finales sobre Namibia, Doc. de la ONU CRC/C/NAM/CO/2-3 (2012).

CDN. Observación general No. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, Doc. de la ONU CRC/C/GC/20 (2016).

Center for Reproductive Rights. *Whelan V. Ireland*.

CIDH. *Baby Boy vs. Estados Unidos de América. Caso N° 2141*, Resolución N° 23/81 de 6 de marzo de 1981. CEJIL.

CIDH, “CIDH exhorta a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres”, 23 de octubre de 2017.

CIDH, White and Potter (Caso “Baby Boy”), Resolución No 23/81, Caso No. 2141, Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981, OAS/Ser.L/V/II.54, Doc. 9 Rev. 1, 16 de octubre de 1981.

Comité de la CEDAW, “Declaración del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre salud y derechos sexuales y reproductivos: CIPD después de 2014”, 57.o Período de Sesiones (2014).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ratificada por Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT). Ratificada por Ecuador el 30 de marzo de 1988.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organismos Internacionales (1988).

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Ratificada por Ecuador el 9 de noviembre de 1981.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Ratificada por Ecuador el 23 de marzo de 1990.

Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-16/99* de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-19/05 Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos)* de 28 de noviembre de 2005.

Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-21/14*. Resolución de 19 de agosto de 2014.

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional. Resolución 174 (II) de la Asamblea General de la ONU, 21 de noviembre de 1947.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Novena Conferencia Internacional Americana. Actas y Documentos, Vol. V.

Observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre Ecuador, Doc. de la ONU CAT/C/ECU/CO/7, (2017).

Observaciones finales del Comité DESC sobre El Salvador, Doc. de la ONU E/C.12/SLV/CO/3-5 (2014); y Nepal, Doc. de la ONU E/C.12/NPL/CO/3 (2014).

Observaciones finales del Comité DESC sobre España, Doc. de la ONU E/C.12/ESP/CO/6 (2018); México, Doc. de la ONU E/C.12/MEX/CO/5-6 (2017); Costa Rica, Doc. de la ONU E/C.12/CRI/CO/5 (2016); entre otras

Observaciones finales del Comité DESC sobre la República de Corea, Doc. de la ONU E/C.12/KOR/CO/4 (2017); Pakistán, Doc. de la ONU E/C.12/PAK/CO/1 (2017); Honduras, Doc. de la ONU E/C.12/HND/CO/2 (2016); entre otras.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Ratificado por Ecuador el 6 de marzo de 1969.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Ratificado por Ecuador el 6 de marzo de 1969.