

# EL CUERPO COMO BIEN JURÍDICO

## Crítica a la penalización del aborto

# THE BODY AS A LEGALLY PROTECTED INTEREST

## A Critique of the Criminalisation of Abortion

# O CORPO COMO BEM JURÍDICO

## Crítica à Criminalização do Aborto

Mayra Lucía Tirira Rubio\*

Recibido: 21/VII/2025

Aceptado: 11/XI/2025

### Resumen

El presente trabajo analiza la penalización del aborto en Ecuador desde una perspectiva crítica, considerando la teoría del bien jurídico, el principio de mínima intervención penal, la proporcionalidad y el fin de la pena. A partir de una revisión histórica del tratamiento normativo del aborto en los códigos penales ecuatorianos, se evidencia que la criminalización ha respondido a valores ideológicos como la moral o el honor, más que a la protección efectiva de derechos fundamentales. Se argumenta que esta sanción resulta desproporcionada, vulnera el principio de *última ratio*, y no ofrece límites al poder punitivo. El texto concluye que el Derecho Penal no es un mecanismo legítimo ni adecuado para regular el aborto y que su mantenimiento perpetúa el control estatal sobre los cuerpos de las mujeres y personas gestantes.

**Palabras clave:** Autonomía reproductiva; Poder punitivo; Derechos sexuales y reproductivos; Garantismo penal; Control social

### Abstract

This paper critically analyzes the criminalization of abortion in Ecuador through the lens of the theory of legal interest, the principle of minimal criminal intervention, proportionality, and the purpose of punishment. Based on

a historical review of how abortion has been regulated in Ecuador's penal codes, it shows that criminalization has been driven by ideological values such as morality and honor rather than the effective protection of fundamental rights. It argues that such punishment is disproportionate, violates the *ultima ratio* principle, and fails to set limits on punitive power. The text concludes that criminal law is neither a legitimate nor adequate mechanism to regulate abortion, and that its continued enforcement perpetuates state control over the bodies of women and pregnant persons.

**Keywords:** Reproductive autonomy; Punitive power; Sexual and reproductive rights; Penal guarantees; Social control

### Resumo

Este artigo analisa a criminalização do aborto no Equador sob uma perspectiva crítica, considerando a teoria dos interesses legalmente protegidos, o princípio da mínima intervenção penal, a proporcionalidade e a finalidade da punição. Com base em uma revisão histórica do tratamento normativo do aborto nos códigos penais equatorianos, fica evidente que a criminalização respondeu a valores ideológicos como moralidade ou honra, em vez da proteção efetiva de direitos fundamentais. Argumenta-se que essa sanção é desproporcional, viola o princípio do

\* Mayra Lucía Tirira Rubio es abogada por la Pontificia Universidad Católica de Ecuador, tiene un doble máster en Sociología Jurídica por la Universidad del País Vasco y la Università degli Studi di Milano, un máster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, y un máster en Derecho Penal Internacional por la Universidad de La Rioja. Es docente universitaria en la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas Amawtay Wasi, Ecuador; directora ejecutiva del Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos Surkuna; y consultora para organizaciones internacionales. Líneas de investigación: derechos humanos de las mujeres, acceso a la justicia, violencias basadas en género, pluralismo jurídico y justicia indígena. Principales publicaciones: *La respuesta judicial del femicidio en Ecuador. Vol. II. Análisis de sentencias judiciales relativas a muertes violentas de mujeres ocurridas en 2016 (2018)* y *Protocolo nacional para investigar femicidios y otras muertes violentas de mujeres y niñas (2021)*. Correo electrónico: mayra.tirira@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-1762-2941>

**Cómo citar este artículo:** Tirira Rubio, Mayra Lucía. 2025. "El cuerpo como bien jurídico. Crítica a la penalización del aborto". Revista de Estudios Jurídicos Cálamo, núm. 24: 9-25. <https://doi.org/10.61243/calamo.24.478>

último recurso e não oferece limites ao poder punitivo. O texto conclui que o direito penal não é um mecanismo legítimo nem apropriado para regular o aborto e que sua aplicação contínua perpetua o controle estatal sobre os corpos das mulheres e das pessoas grávidas.

**Palavras-chave:** Autonomia reprodutiva; Poder punitivo; Direitos sexuais e reprodutivos; Garantias penais; Controle social

## INTRODUCCIÓN

La penalización del aborto en Ecuador ha sido una constante histórica que revela cómo el Derecho Penal ha operado como un mecanismo de control social, especialmente sobre los cuerpos y decisiones reproductivas de las mujeres y personas gestantes. Una perspectiva crítica feminista del Derecho Penal obliga a pensar cómo este es selectivo (González 2020) y decide qué actos serán delito. Esa selección no es neutra, responde a criterios morales y políticos que han privilegiado la criminalización de la autonomía reproductiva, mientras obvian otros actos, como la violencia contra las mujeres.

A la vez, es discriminatorio, ya que define quiénes ingresan, quiénes permanecen y qué trato reciben; de modo que la criminalización del aborto recae desproporcionalmente sobre las mujeres. En suma, la historia del aborto en el Ecuador evidencia que el Derecho Penal no protege bienes jurídicos de manera igual, sino que disciplina la sexualidad y la maternidad, perpetuando jerarquías y exclusiones de género.

Desde el primer Código Penal de la República del Ecuador (1871) hasta la normativa vigente (2008), la regulación del aborto ha estado atravesada por valores morales y políticos antes que por una auténtica necesidad de protección de bienes jurídicos fundamentales. Esta permanencia obliga a preguntarse si en un Estado constitucional de derechos y justicia tiene sentido mantener al aborto dentro del catálogo de delitos.

Una revisión crítica desde la teoría del bien jurídico permite advertir que el fundamento de esta figura penal ha sido débil y cambiante. Más que proteger la vida como bien concreto y jurídicamente definido, la tipificación del aborto ha servido para preservar el orden familiar, la moral pública o la deshonra. Así, lejos

de responder a intereses vitales de sujetos concretos, el bien jurídico invocado ha funcionado como justificación para reforzar estructuras de poder patriarcales. Esta disociación entre la conducta penalizada y el bien jurídico protegido cuestiona de forma directa la legitimidad del castigo.

Además, el análisis del aborto desde el principio de mínima intervención penal, evidencia que existen otras formas más adecuadas, proporcionales y eficaces de abordar el tema. El uso de la sanción penal, en este caso, no solo resulta innecesario, sino abiertamente contraproducente: genera estigmas, empuja a las mujeres a prácticas inseguras y vulnera su acceso a servicios de salud.

La pena solo se legitima frente a conductas que lesionan o ponen en peligro concreto bienes jurídicos plenamente individualizables. En el aborto consentido, la decisión recae sobre el propio proyecto de vida de las mujeres y personas gestantes, y no exterioriza una lesión efectiva a un tercero. Sostener la punición por razones morales o simbólicas desborda el carácter mínimo y fragmentario de la pena y convierte a esta en un mecanismo de control de cuerpos.

Por otro lado, si se considera el principio de proporcionalidad, no hay forma razonable de justificar penas privativas de libertad ante decisiones personales que no afectan directamente a terceros. Este tipo de sanción desatiende las causas sociales, económicas o personales que motivan la interrupción del embarazo y refuerza un tratamiento punitivo que, en lugar de proteger, marginá y castiga.

Este texto se propone pensar críticamente la vigencia del delito de aborto en Ecuador, confrontando sus

fundamentos dogmáticos con los principios que rigen (Bustos Ramírez 2007) un Derecho Penal democrático, mínimo, fragmentario, subordinado a la Constitución, y que integre a las mujeres como ciudadanas de plenos

derechos. Al hacerlo, busca contribuir a un debate jurídico y ético urgente: ¿es legítimo seguir castigando el aborto?

## BREVE HISTORIA DE LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO EN ECUADOR

La penalización del aborto en Ecuador muestra el control del Estado sobre los cuerpos de las mujeres. Desde el primer Código Penal en 1837, hasta el actual Código Orgánico Integral Penal de 2014, el fundamento de penar ha sido el control de los cuerpos de las mujeres. A lo largo de los distintos Códigos, se ha priorizado la protección de valores como la moral, el honor o la familia, por sobre los derechos de las mujeres y personas con posibilidad de gestar<sup>1</sup>. El primer Código Penal ecuatoriano, promulgado bajo la presidencia de Vicente Rocafuerte, ubicó al aborto en el Capítulo II, en los delitos contra la existencia natural o civil de los niños, y penalizó a quien cause el aborto, mas no a la mujer en sí misma<sup>2</sup>.

Posteriormente, durante la época conservadora de Gabriel García Moreno, con el Código Penal de 1871 se tipificó en varios artículos el aborto; dichos tipos penales sancionaban a quien facilitase los medios para causar el aborto. Aquí, por primera vez, se impuso una pena de uno a cinco años a la mujer que consintiera su aborto, aunque reconoció que, si el aborto se practicaba para “ocultar la deshonra”, tendría una pena de

seis meses a dos años<sup>3</sup>. Dentro del bien protegido se encontraba el orden de las familias y la moral pública. Dicha normativa se mantuvo vigente aún en el Código Penal de 1906, expedido durante el período del liberalismo, en la presidencia de Eloy Alfaro, lo que muestra que tanto la visión conservadora como liberal mantenían consensos importantes frente al control de las mujeres.

Un giro importante ocurrió con el Código de 1938, bajo el gobierno de Enríquez Gallo, donde se reconocieron causales de aborto no punible: i) cuando el embarazo ponía en riesgo la vida o salud de la mujer, o cuando era producto de una violación a una mujer con discapacidad mental (idiota o demente). Aunque limitada y con lenguaje estigmatizante, esta fue la primera vez que se reconocieron causales en favor de la vida y salud de las mujeres. El bien jurídico protegido, en este caso, fue la vida.<sup>4</sup> En todas las reformas a este código dicha tipificación se mantuvo.

Finalmente, en 2014 entró en vigor el Código Orgánico Integral Penal<sup>5</sup> (COIP). Esta normativa

1 Las categorías expuestas se leen en su propio contexto. Las nociones contemporáneas se usan solo para el análisis constitucional actual, no como descripción de época.

2 Código Penal de 1837. Capítulo II. Del aborto, exposición de parto y otros delitos contra la existencia natural o civil de los niños Art. 456.- Los que causaren el aborto de alguna mujer por cualquiera de los medios o arbitrios análogos para lograrlo, serán castigados del modo siguiente: Si emplearen los medios o arbitrios expresados sin consentimiento o conocimiento de la mujer, sufrirán una prisión de dos a seis años, y si lo hicieren con consentimiento o conocimiento de ella, el tiempo de la prisión será de uno a cuatro años

3 Código Penal de 1871. Título VIII. De los crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moral pública. Art. 374.- La mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se la haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será castigada con una prisión de uno a cinco años y con una multa de veinte o cien pesos. Si lo hiciere para ocultar su deshonra, será castigada con seis meses a dos años de prisión.

4 Código Penal de 1938. Título VI. De los delitos contra las personas. Capítulo I Delitos contra la vida Art. 423.- El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer encinta, o de su marido o familiares íntimos, cuando esta no esté en posibilidad de prestarlo, no será punible. 1.- Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y 2.- Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

5 Código Integral Penal, 2014. Sección primera Delitos contra la inviolabilidad de la vida 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. Art. 149.- Aborto consentido. - La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años

mantuvo la criminalización del aborto y solo cambió el lenguaje en relación con las causales que lo permiten, reemplazando mujer idiota o demente por mujer con discapacidad. En 2021 (Corte Constitucional del Ecuador 2021) se produjo el cambio más significativo en la materia: mediante la sentencia 34-19-IN/21, la Corte declaró inconstitucional la restricción del aborto por violación solo a mujeres con discapacidad, y amplió esta causal a todas las mujeres, niñas y personas gestantes.

A lo largo de la historia jurídica del Ecuador se ha evidenciado cómo el Derecho Penal ha sido utilizado para penalizar el aborto desde una perspectiva moralizante marcada por valores como el honor y el orden familiar, más que para proteger bienes jurídicos. Desde los primeros códigos penales, hasta el actual Código Orgánico Integral Penal, la norma ha privilegiado la sanción por encima del reconocimiento de derechos.

## **BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DEL DELITO DE ABORTO CONSENTIDO**

La noción de bien jurídico ha sido la base del Derecho Penal liberal para ser un límite al poder punitivo del Estado y dotar de legitimidad a la intervención penal. Se trata de un “interés vital para el desarrollo de los individuos en una sociedad determinada que adquiere reconocimiento jurídico” (Kierszenbaum 2000, 188). Así, el bien jurídico debe ser una garantía frente al poder punitivo arbitrario; no obstante, en la práctica, al ser un lenguaje del poder ha sido utilizado para justificar la penalización de conductas que responden a fines morales o políticos. La criminalización del aborto en Ecuador es un ejemplo de cómo el bien jurídico ha servido para controlar desde el Estado los cuerpos de las mujeres y personas gestantes.

Tomando como referencia histórica el primer punto de este trabajo, se puede observar que el artículo 456 del Código Penal de 1837 se incluyó en el capítulo: De la exposición de parto y otros delitos contra la existencia natural o civil de los niños. Aquí se observa cómo el bien jurídico protegido no era la vida como interés individualizado, sino una noción abstracta de existencia, tomando en cuenta que a la época los niños no eran sujetos de derechos en sí mismos. Como afirma Von Liszt, “el derecho no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva ese interés vital a bien jurídico” (Von Liszt, citado en Ferrajoli 1997, 476). En este caso, sin embargo, el interés protegido no es el de la mujer, sino el de un orden social que busca la existencia de los ciudadanos, desde un punto de vista censitario.

Posteriormente, el Código de 1871 introdujo por primera vez sanciones penales a la mujer que consintiera su aborto, pero con penas reducidas si lo hacía “para ocultar la deshonra”; lo cual evidenciaba que el bien jurídico no era la vida en abstracto, sino el honor familiar y la moral pública. Incluso esta sanción se encontraba en Título VIII. De los crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moral pública, siendo evidente el ánimo de protección de este tipo penal. Esta lógica se mantuvo en el Código Penal de 1906, durante el período liberal. Como sostiene Ferrajoli: “la expansión del derecho penal más allá de los bienes jurídicos individuales tiende a legitimar formas autoritarias de poder punitivo” (1997, 467), como ocurrió en estos casos, donde el Derecho Penal se fundó en una moral patriarcal.

Un cambio parcial se dio con el Código Penal de 1938, que reconoció por primera vez causales de aborto no punible (cuando el embarazo ponía en riesgo la vida o la salud de la mujer, o cuando era producto de una violación a una mujer con discapacidad mental). Si bien, este cambio representó un avance sobre la protección al bien jurídico vida y salud de la mujer, al tratarse de excepciones al régimen punitivo general, el enfoque sigue siendo restrictivo. Cabe recalcar que aún en la actualidad, y pese a la despenalización del aborto por causal violación, el bien jurídico protegido no es la vida, ni la mujer: la penalización del aborto sigue siendo una forma de control del cuerpo de las mujeres.

Esta evolución demuestra que el bien jurídico en los delitos de aborto ha sido históricamente definido no en función de intereses vitales de sujetos concretos, sino en torno a valores ideológicos como la moral, el honor o la protección simbólica de la familia. Como advierte Kierszenbaum (2000), el bien jurídico solo puede legitimarse como límite al poder punitivo si se funda en “intereses vitales reconocidos por el derecho

constitucional e internacional” (190), y no en ficciones normativas. Repensar el aborto desde esta perspectiva implica despojar al Derecho Penal de su carga moralizante y reconstruirlo como un instrumento de garantía y no de opresión. Solo así será posible avanzar hacia una concepción del bien jurídico que respete la dignidad, la autonomía y los derechos fundamentales de las mujeres y personas con capacidad de gestar.

## VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL O DE *ÚLTIMA RATIO*

El Ecuador, a partir de la Constitución de 2008, se enmarca en un modelo garantista donde prima el ejercicio de los derechos reconocidos. La materia penal no es ajena a este modelo. Así, el COIP, en su exposición de motivos, indica: “es indispensable determinar la correspondencia constitucional de los bienes jurídicos protegidos y las garantías de quienes se someten a un proceso penal en calidad de víctimas o procesados para que estén adecuadamente regulados y protegidos”. Para constitucionalizar el Derecho Penal, el propio COIP indica que este “debe determinar los límites para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad” (*Ibidem*). Entre ellos se encuentra el principio de mínima intervención penal. Así, el artículo 3 del COIP define al principio de mínima intervención penal como:

Art. 3.- Principio de mínima intervención.- La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.

Como se observa, este principio es claro en indicar que la intervención del Derecho Penal solo es admisible como último recurso y cuando son insuficientes otras alternativas no penales. Este principio corresponde al núcleo duro de principios del Derecho Penal, y su defensa es criterio unánime de juristas ampliamente reconocidos. La discusión sobre el principio parte desde los albores del Derecho Penal, autores como Beccaria o Carrara defendieron el derecho a castigar

del Estado cuando la violencia resulte necesaria para mantener el orden siempre que no constituya abuso o tiranía (González 2020).

De forma más reciente otros autores plantean al principio de mínima intervención como una forma de limitar el poder punitivo del Estado. Así, Muñoz Conde (2010) ha indicado que el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Asimismo, García Falconí se ha pronunciado en la misma línea cuando ha señalado que el Derecho Penal es de *última ratio*,

cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea muy importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con medidas menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquellas las aplicables. (2014, 47)

La Corte Constitucional del Ecuador también se ha posicionado a favor del principio indicando que:

la intervención del Estado por medio de su poder punitivo no es la única medida que puede ser utilizada para la protección de derechos constitucionales; y, sobre todo, debe ser una medida excepcional, escogida solamente si se demuestra su estricta necesidad respecto de otras medidas que logren el objetivo constitucional propuesto. (Sentencia No. 001-18-SIN-CC, 2018)

O:

En tal sentido, esta Corte enfatiza que el derecho penal de acuerdo con nuestra CRE se debe guiar por el principio de mínima intervención penal que determina que el Estado no debe sancionar penalmente todas las conductas que puedan ser consideradas antisociales, sino únicamente en aquellos casos donde existe un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o los individuos transgrediendo las condiciones mínimas de sobrevivencia de la sociedad. De modo que la coerción estatal penal no puede ser vista como la solución para toda situación, pues por su afectación a la libertad el derecho penal es de última ratio (Sentencia No. 34-19-IN/21, 2021)

Con estos antecedentes, conviene preguntarse si el delito de aborto consentido previsto en el artículo 149 del COIP, bajo el principio de mínima intervención penal, debe continuar siendo regulado por el Estado mediante el Derecho Penal. Para responder esta pregunta se debe hacer una revisión de los criterios técnicos dados por los organismos internacionales de Derechos Humanos y la propia Corte Constitucional. Se siguen varias interrogantes que se discuten a continuación.

### **1. ¿El aborto debe regularse por el Derecho Penal desde la visión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?**

El aborto ha sido ampliamente discutido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Varios Comités de Naciones Unidas, relatores, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización Mundial de la Salud (OMS), entre otros, han sido enfáticos en indicar que la regulación sobre aborto es netamente sanitaria y no es conveniente el uso del Derecho Penal por sus consecuencias en la vida y salud de las mujeres, adolescentes y niñas.

De forma más reciente, en el 2022 la OMS emitió las “Directrices sobre la Atención para el Aborto”, que tienen como objetivo presentar el conjunto completo de todas las recomendaciones y declaraciones de prácticas óptimas de la OMS relativas al aborto. El documento

consolida de forma integrada las recomendaciones ya existentes y aquellas actualizadas sobre aborto y la salud. Las directrices se han pronunciado sobre la reglamentación de aborto en el mundo indicando que:

Las leyes, políticas y prácticas restrictivas a menudo tienen el efecto de convertir a los trabajadores de la salud, los establecimientos de salud, los comités, las juntas de ética, la policía, los tribunales u otros en los «guardianes» del acceso a la atención para el aborto de calidad, al exigirles que determinen si alguien «reúne las condiciones» para el aborto legal. En muchos casos, esto introduce un retraso en el acceso al aborto. Estos guardianes no siempre están suficientemente informados sobre la legislación o están dispuestos a interpretar y aplicar la legislación y las políticas de forma que se respeten, protejan y cumplan los derechos de las personas que desean abortar. La tipificación del aborto como delito también puede tener un “efecto amedrentador” más amplio, ya que puede dar lugar a una interpretación restringida de la legislación aplicable por parte de los trabajadores de la salud, incluso para evitar una posible responsabilidad penal (es decir, la supresión de acciones por miedo a represalias o sanciones). Por consiguiente, en muchos entornos, la experiencia de las mujeres en la búsqueda, el acceso y la gestión del aborto es muy variable, y depende en gran medida no solo de la legislación, sino también del enfoque del guardián con el que interactúan. (2022, 26)

O:

La evidencia resultante de estos estudios demostró que la criminalización retrasaba el acceso al aborto, incluso en algunos casos haciendo que los proveedores tuvieran que esperar hasta que la vida de la mujer estuviera en peligro para poder practicar el aborto dentro de las excepciones legales a las prohibiciones penales. Además, la tipificación como delito impone una serie de cargas a las mujeres, como viajes y gastos innecesarios, retraso o falta de acceso a la atención posterior al aborto, angustia y estigmatización. (Ibidem 29)

Con estos antecedentes, las directrices recomendaron la despenalización del aborto y realizaron las siguientes observaciones:

- La despenalización significa eliminar el aborto de todas las leyes penales; no aplicar otros delitos punibles (por ejemplo, asesinato, homicidio) al aborto, y garantizar que no haya sanciones penales por abortar, ayudar a abortar, proporcionar información sobre el aborto o practicar un aborto, para todos los agentes participantes.
  - La despenalización garantizaría que cualquiera que haya sufrido una pérdida de embarazo no caiga bajo la sospecha de haber abortado ilegalmente cuando solicite atención.
  - La despenalización del aborto no hace que las mujeres, niñas u otras personas embarazadas sean vulnerables al aborto forzado o bajo coacción. El aborto forzado o bajo coacción constituiría una agresión grave, ya que se trataría de una intervención no consentida.
- (2022, 28)

Desde el máximo representante mundial de la salud como la OMS, el criterio es claro y uniforme en que el aborto no debe regularse desde el Derecho Penal. Al contrario, las recomendaciones señalan la despenalización total, ya que penalizar el aborto acarrea más riesgos y complicaciones para la salud de las mujeres y, por lo tanto, no es la medida más idónea de regulación.

De manera muy similar, otros organismos internacionales de derechos humanos mantienen el mismo criterio. Así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (Comité CEDAW), en su Recomendación General 24 sobre la Mujer y la Salud ya en 1999 indicó que para fomentar la salud de las mujeres durante su ciclo de vida que los Estados deben:

- c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir

las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos.

Por otro lado, la Relatora Especial sobre la violencia de la mujer, sus causas y consecuencias (2020), indicó que:

- 19. El Código Penal tampoco está en consonancia con las normas internacionales en lo que respecta al acceso al aborto seguro, ya que penaliza a las mujeres y las niñas que dan su consentimiento para practicarse un aborto. [...]
- 96. En cuanto al Código Orgánico Integral Penal, el Gobierno debería: c) Derogar los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal (2014) para garantizar que no se puedan presentar cargos penales contra las mujeres y las niñas que se practiquen un aborto o contra los profesionales de la salud habilitados y cualquier otra persona que preste los servicios y ayude a practicar los abortos.

Otros relatores también se han pronunciado sobre la pertenencia de la regulación del aborto al Derecho Penal. Así, el Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su informe de enero de 2016, señaló:

- 43. El aborto practicado en condiciones de riesgo ocupa el tercer lugar entre las principales causas de muerte materna en todo el mundo. Cuando el aborto está restringido por ley, la mortalidad materna aumenta, pues las mujeres se ven obligadas a someterse a abortos clandestinos en condiciones peligrosas y antihigiénicas. También aparecen consecuencias físicas y psicológicas a corto y largo plazo cuando las mujeres se someten a abortos en condiciones de riesgo y cuando se ven obligadas a llevar el embarazo a término contra su voluntad (A/66/254). Estas políticas restrictivas tienen unas repercusiones desproporcionadas en las mujeres y niñas marginadas y desfavorecidas.

Como se observa, es criterio unánime de comités y relatores de Naciones Unidas que la penalización del aborto no es la vía adecuada de tratamiento; y, por lo

tanto, recomiendan su despenalización. Por ello, si el principio de mínima intervención penal busca que el Derecho Penal se active única y exclusivamente de *última ratio* o cuando es estrictamente necesario para garantizar derechos, resulta inadecuado y violatorio que el aborto continúe siendo regulado bajo la legislación penal.

Es claro que existen otras vías adecuadas para regular el aborto y todas ellas provienen de legislación sanitaria ulterior que regule las formas y criterios de acceso al aborto, garantizando el derecho a la salud integral de mujeres, adolescentes y niñas que así lo requieran.

## **2. ¿El aborto debe regularse por el Derecho Penal desde la visión de la Corte Constitucional?**

En abril de 2012, la Corte Constitucional del Ecuador se pronunció respecto al uso del Derecho Penal en la regulación de aborto:

153. En el caso concreto, como ha quedado anotado previamente, esta Corte considera que efectivamente existen otras medidas menos gravosas que la pena privativa de libertad para proteger al nasciturus. (Sentencia No. 34-19-IN/21, 2012)

Si bien, la Corte realiza un análisis de la falta de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la penalización del aborto en casos de violación, parte de un reconocimiento general de que existen medidas menos gravosas para regular el aborto:

146. En segundo lugar, la Corte Constitucional enfatiza que la criminalización de esta conducta y la imposición de una pena privativa de libertad no constituye la única manera de hacer efectiva la protección constitucional de la vida del no nacido. En tal sentido, del artículo 45 de la CRE no se desprende ninguna obligación estatal de punición o criminalización de las mujeres víctimas de violación. (Sentencia No. 34-19-IN/21, 2012)

[...]

153. ...a consideración de esta Corte las medidas para evitar la interrupción voluntaria del

embarazo deben estar focalizadas a erradicar la violencia contra la mujer, la prevención y sanción de los delitos de violencia sexual, fortalecer la educación sexual y desarrollar políticas integrales sobre salud sexual y reproductiva, eliminando estereotipos de género relacionados a consideraciones de inferioridad de la mujer. (Ibidem)

De igual forma, reconoce que la penalización del aborto lleva a las mujeres a practicarlo de forma insegura, por lo que el Derecho Penal, en sí mismo, no disuade ninguna conducta, sino que, al contrario, genera afectaciones desmedidas. Pese a que la Corte realiza el análisis en casos de violación, el razonamiento no es menos aplicable para mujeres en general, ya que es una realidad común a las mujeres que optan por un aborto bajo cualquier circunstancia.

154. Por otra parte, como ya quedó establecido, la penalización del aborto consentido en casos de violación lleva a las mujeres a practicarlo en circunstancias de clandestinidad que ponen en grave riesgo su vida, salud e integridad; por lo que, al provocar afectaciones a otros derechos constitucionales que tienen la misma jerarquía e importancia del valor constitucional que se pretende proteger, la medida se convierte en exceso gravosa. En otras palabras, nos encontramos ante una medida que con el afán de -supuestamente- proteger al nasciturus termina atentando contra la vida y la salud de la madre gestante víctima de un delito de violación, lo cual evidencia que tampoco constituye una medida necesaria para conseguir el fin perseguido. (Sentencia No. 34-19-IN/21, 2012)

Así, la propia Corte reconoce no solo que el Derecho Penal no es la vía adecuada para regular el aborto, sino que existen medidas extrapenales para proteger la vida desde la concepción: la educación sexual, las políticas de salud integral, las políticas de prevención a la violencia, entre otras.

En la misma sentencia, el voto concurrente del juez Ramiro Ávila también realiza una amplia explicación del uso del Derecho Penal en el delito de aborto. En primer lugar, ratifica que el mandato del artículo 45 de

la CRE de cuidado y protección desde la concepción no establece al Derecho Penal como el medio para cumplir este fin. Al contrario, el medio para garantizar el derecho debe ser aquel con menos coste social, que es, en el caso del aborto, la implementación de políticas públicas. El juez reconoce que el sistema penal, en lugar de proteger derechos, lo que hace es multiplicar el dolor y sufrimiento de la gente, por lo que no puede considerarse como un medio adecuado para regular el aborto.

En la misma línea, el juez indica que el principio de mínima intervención obliga a buscar otras soluciones alternas a la vía penal, ya que la tipificación de delitos, ni su persecución, son mecanismos eficaces para resolver problemas sociales como el aborto.

Así, vemos cómo la línea jurisprudencial de la Corte en el tema de aborto muestra cómo la penalización del aborto, en sí misma, contraría al principio de mínima intervención penal, ya que existen otros mecanismos extrapenales que pueden regular la temática sin recurrir al uso de la coerción estatal para ello.

Como se ha indicado, si bien los razonamientos de la Corte fueron dictados en el medio de la discusión por la despenalización del aborto en causal violación, no es menos cierto que bajo el principio de interpretación progresiva de los derechos, reconocido en el artículo 11, numeral 8 de la CRE<sup>6</sup>, dichos argumentos son perfectamente aplicables para todos los casos de aborto. El propio juez Ávila, en su voto señaló que “la sentencia menciona argumentos y datos que podrían ser aplicables para otras mujeres que no han sufrido una violación” (*Ibidem*, párr. 100). Por lo tanto, se puede colegir que, para la Corte Constitucional ecuatoriana, seguir penalizando el aborto en cualquier causal resulta contrario al principio de mínima intervención penal.

Por otro lado, la posición de la Corte Constitucional ecuatoriana no es ajena a los criterios jurisprudenciales

de otras cortes sobre el tema. De forma reciente, la Corte Constitucional colombiana, a través de la Sentencia C-05/22 de 21 de febrero de 2022, también ratificó que penalizar el aborto contraría el principio de mínima intervención penal. Así queda expuesto en varios apartados de esta sentencia:

507. La dignidad humana exige utilizar el poder punitivo del Estado como último recurso, de allí que explique el principio de mínima intervención y la naturaleza fragmentaria del derecho penal. En el presente asunto, emplear el derecho penal como prima ratio para regular en forma de prohibición absoluta, sin ningún tipo de ponderación, la compleja problemática social que supone el aborto consentido, genera una fuerte tensión con la dignidad de las mujeres y las niñas y con sus derechos a la salud, reproductivos, igualdad y libertad de conciencia.

508. El ejercicio del ius puniendi estatal es incompatible con esta garantía cuando en la regulación del delito del aborto con consentimiento tal circunstancia no se tiene en cuenta, ya que la tipificación en forma de prohibición absoluta y sin ningún tipo de ponderación, da lugar a una instrumentalización de la mujer para un fin reproductivo por medio de la amenaza del derecho penal.

[...]

517. Acudir a la penalización del aborto con consentimiento como mecanismo prima ratio para proteger la vida en gestación, negando por completo la opción de su interrupción voluntaria, en los términos de la regulación actual del artículo 122 del Código Penal, sin consideración alguna acerca de la dignidad de la mujer, no solo resulta lesivo de ella, sino que entra en evidente tensión con el carácter de ultima ratio del derecho penal. Esta comprensión supone que en el ejercicio del derecho penal como ultima ratio, en un ámbito

<sup>6</sup> Artículo 11 numeral 8: El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 017-17-SIN-CC de 07 de junio de 2017. De la normativa constitucional y convencional que precede, este Organismo constata que el principio de progresividad contiene una doble dimensión: la primera relacionada con el avance gradual de la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados con la utilización de herramientas técnicas que generen las mejores condiciones para su ejercicio y goce, y la segunda que se cristaliza a través del principio de no regresividad -prohibición de regresividad, que no permite la disminución de los derechos, es decir, impide que tenga lugar una reducción en lo que respecta a la protección ya obtenida o reconocida.

tan particular, propio e íntimo de las mujeres, es indispensable valorar su dignidad, considerándolas como fines en sí mismas, capaces de definir su plan de vida. (Sentencia C-05/22, 2022)

El razonamiento de esta alta corte de justicia constitucional resulta también novedoso, en la medida en que establece que el principio de mínima intervención penal protege la dignidad humana en sí misma; y, por tanto, no respetar el principio en los casos de aborto consentido genera afectaciones a la dignidad de las mujeres y sus derechos. También mantiene la misma línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ecuatoriana al señalar que el Derecho Penal jamás constituye un mecanismo *prima ratio* para proteger la vida en gestación, ya que esta consideración en sí misma es una negación del principio de mínima intervención penal.

### 3. Violación al principio de proporcionalidad en materia penal

Muy vinculado al principio de mínima intervención penal se encuentra el principio de proporcionalidad de la pena. Este principio tiene rango constitucional y se encuentra reconocido en el artículo 76, numeral 6, de la CRE: “6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”

El COIP también lo reconoce en su exposición de motivos, identificando que el principio es parte de la constitucionalización del Derecho Penal: “el artículo 76 de la Constitución ordena que las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena”.

De forma muy similar, la doctrina en materia penal también defiende que las penas deben guardar estricta relación con la vulneración a un derecho debidamente protegido. Así, autores clásicos como Beccaria (2016) ya demandaron que la pena debe ser “necesaria e infalible”; es decir, que la conminación penal no debe ir más allá de lo necesario para cumplir con su fin y, por supuesto, la pena debe cumplirse efectivamente. De forma clara el autor indicó:

No solo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan en la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retragan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que les inducen a cometerlos. Debe por eso haber una proporción entre los delitos y las penas. (Beccaria 2016, 35)

De forma más contemporánea, autores como Muñoz Conde (2010) vinculan directamente el principio de mínima intervención penal con el de proporcionalidad, ya que este último regula la gravedad de las consecuencias del delito. Para el autor, de este principio se infiere que las penas deben ser proporcionales a la entidad del delito cometido, o que los delitos cometidos no pueden ser castigados con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito.

Otros autores, como Mir Puig (2016), definen el principio de proporcionalidad como la garantía de que la gravedad de la pena o de las medidas de seguridad deben hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido. El autor da el siguiente ejemplo:

no es lícito castigar con una larga pena de privación de libertad a un hurto insignificante, ni puede ser sometido a una importante medida privativa de libertad quien demuestra solamente peligro de cometer algún hecho de escasa transcendencia. (Mir Puig 2016, 141).

De forma relevante el autor explica que el principio de proporcionalidad también es un límite al poder punitivo del Estado, así un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos que se asignan (Mir Puig 2016, 142). Con esta afirmación, el autor nos muestra que es clave analizar la trascendencia de la ilicitud de la conducta y su significación social contemporánea. Mir Puig, se pregunta:

¿Qué ocurriría cuando, como sucede con no poca frecuencia, sigan en vigor normas morales cuyo fundamento de utilidad ha desaparecido con la

evolución de la sociedad y la sociedad sea consciente de esta contradicción? Ante este conflicto lo decisivo para el derecho penal deberá ser la conciencia que la sociedad tiene de la no utilidad de la norma moral, porque le Estado no ha de combatir lo puramente inmoral, sino solo lo dañoso socialmente (Mir Puig 2016, 143).

Existe consenso doctrinario y legal en indicar que el principio de proporcionalidad hace referencia a la relación entre el delito causado y la pena a imponerse. Sin embargo, a criterio de ciertos autores la proporcionalidad no solo está encaminada a la relación en la pena, sino que invita a cuestionar la gravedad de las penas en relación con la transcendencia que dicho delito tiene en la sociedad contemporánea. Con estas aclaraciones sobre el principio, corresponde en el siguiente acápite preguntarse si tipificar como delito al aborto consentido en la legislación ecuatoriana responde al principio de proporcionalidad.

#### **4. ¿La tipificación del delito de aborto consentido garantiza la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas?**

Al igual que en el principio de mínima intervención penal, la Corte Constitucional del Ecuador ya se ha pronunciado sobre este principio en la despenalización del aborto por causal de violación. La Corte, para responder esta pregunta de forma acertada, realizó un test de proporcionalidad, y dentro de él analizó la proporcionalidad de la penalización en sentido estricto. Indicó:

Finalmente, respecto de la proporcionalidad en estricto sentido de la medida-vista como el equilibrio entre el sacrificio y el beneficio conseguido- tampoco se encuentra que la sanción penal esté justificada pues, lo poco que logra la ley penal para proteger al *nasciturus* mediante la disuasión de la interrupción voluntaria del embarazo; no justifica lo mucho que se pierde al permitir el ejercicio del poder punitivo del Estado contra mujeres víctimas de violación en detrimento de su integridad personal, autonomía sexual y reproductiva y libre desarrollo de la personalidad. (Sentencia No. 34-19-IN/21, párr 155)

De forma adicional, la Corte realiza un análisis con respecto a la penalización del aborto consentido en casos de violación en casos de niñas y adolescentes, donde llega a la conclusión de que imponer una sanción penal a adolescentes resulta particularmente desmedido, de acuerdo con la situación de vulnerabilidad que enfrenta este grupo poblacional.

En conclusión, para la Corte la penalización:

constituye un sacrificio desmedido e injustificado que solo las revictimiza y afecta en sus derechos constitucionales, sin que con ello se obtengan beneficios o se logre consolidar realmente una protección en favor del *nasciturus*. En consecuencia, se evidencia que, en la tipificación de este delito en casos de violación de mujeres sin una discapacidad mental, la balanza se inclina exclusivamente hacia el *nasciturus* dejando de lado la protección de los derechos constitucionales de las víctimas de violación, pese a que estos tienen igual jerarquía y aplicabilidad. (Sentencia No. 34-19-IN/21 párr 158)

El razonamiento de la Corte es plenamente aplicable a todos los casos de aborto consentido, ya que la penalización en ningún caso protege la vida del *nasciturus*, y, al contrario, en todos los casos genera desprotección de los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes. De igual forma que en el principio de mínima intervención penal, la interpretación debe ser progresiva, y, por tanto, el estándar del principio de proporcionalidad aplicado por la Corte en el caso de violación debe ser aplicado a cualquier caso de aborto consentido.

Resulta relevante que en el razonamiento de la Corte Constitucional se encuentran presentes las dimensiones del principio de proporcionalidad propuestas en la parte inicial de este acápite: la proporcionalidad directa entre delitos y penas, y la justificación social de la penalización de una conducta. De esta forma, por un lado, la Corte reconoce que no existe relación directa entre la penalización del aborto y la protección de la vida del *nasciturus*; es decir, no existe un fin legítimo que justifique aplicar una sanción penal en casos de aborto, por lo que la pena no es proporcional al delito. Y, por otro lado, en su razonamiento, la Corte detalla

las consecuencias que la penalización del aborto acaerea sobre la vida, integridad y salud de las mujeres y adolescentes. En este razonamiento, la Corte, de forma contemporánea, explica que el costo de la penalización es mucho mayor que los posibles beneficios obtenidos con ello. Con ello, deja sin fundamento la necesidad social de continuar penalizando un delito como el aborto.

Sin lugar a dudas, en este acápite debe sumarse la situación carcelaria que enfrenta el país, donde la ejecución de las penas afecta gravemente los derechos de la población carcelaria. Así, si bien la pena de *iure* para las mujeres que causen su aborto oscila entre seis meses a dos años (COIP 2014), de facto, las mujeres que se encuentran privadas de la libertad pierden no solo su libertad, sino su dignidad, y en varios casos la vida.

De acuerdo con el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos (2022), en el censo carcelario del año citado, en el país existen 1965 mujeres privadas de la libertad. A diciembre de 2023, según el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores (2023), el 13% de esta población vivía en condiciones de hacinamiento. A esto debe sumarse la proximidad geográfica de los Centros de Rehabilitación Social (CRS) de mujeres y hombres, lo que hace que las mujeres se encuentren en mayor riesgo de sufrir ataques y violaciones a sus derechos por parte de las bandas delincuenciales que operan con mayor predominancia en los CRS masculinos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Informe de Mujeres Privadas de la

Libertad, ya alertó de esta situación y manifestó su preocupación sobre el alojamiento de las mujeres en centros mixtos donde no es posible asegurar una adecuada separación entre hombres y mujeres. Así, la CIDH alertó sobre la situación de Ecuador indicando que “la proximidad de la cárcel de mujeres con los centros controlados por internos genera temor sobre ellas de ser víctimas de los altos niveles de violencia que caracterizan los centros contiguos” (2023, 75). Además, tanto en Guayas como en Cotopaxi ya “ha habido paso de hombres a los sectores femeninos poniendo en riesgo la seguridad de las mujeres” (Ibidem), e incluso se han presentado casos de violencia sexual por parte de hombres que ingresan a los pabellones femeninos.

A esta realidad debe sumarse el contexto penitenciario actual que muestra que los CRS atraviesan una grave crisis. Las bandas delincuenciales han tomado el control de los CRS y han ocasionado una serie de matanzas, por lo que se ha declarado estados de excepción de forma reiterada, llegando incluso a la declaratoria de conflicto armado interno.

La situación carcelaria en el país hace que las mujeres privadas de libertad enfrenten mayores restricciones, e incluso violaciones de sus derechos, por lo que las penas por sus delitos, de facto ya resultan completamente desproporcionadas con relación con los delitos cometidos. En tal sentido, continuar penalizando el aborto consentido en las circunstancias actuales pone en riesgo la vida e integridad de las privadas de libertad, volviendo completamente desproporcionada la pena en razón del delito cometido.

## VIOLACIÓN AL FIN PREVENTIVO DE LA PENA

De acuerdo con la doctrina penal, se puede colegir que la pena tiene como funciones principales la retribución y la prevención con sus múltiples variaciones. La retribución (Mir Puig 2016) consiste directamente en el castigo que una persona recibe en relación con el crimen cometido donde no cabe la concepción de la pena como un medio para prevenir delitos o con cualquier otra finalidad. La retribución se agota con una pena proporcional al delito cometido y prohíbe

la instrumentalización del imputado con cualquier finalidad, ya que no se concibe al ser humano como un medio, si no como un fin en sí mismo.

Por otro lado, se encuentran las teorías sobre la prevención, que buscan en la pena la necesidad de subsistencia de la sociedad; es decir, buscan la prevención de futuros delitos. Así, la prevención puede ser de carácter general en los casos en que la pena conmina a los ciudadanos

(colectividad) para evitar la comisión de delitos o, en otras palabras, genera una coacción psicológica –amenaza– que previene a los ciudadanos de cometer delitos. Por otra parte, la prevención también puede ser especial en los casos en que busca prevenir que el delincuente vuelva a delinquir, buscando tanto un escarmiento social, como un camino a la readaptación.

Nuestra legislación (COIP) de forma expresa reconoce la prevención general como el fin de la pena:

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

Bajo este reconocimiento expreso, conviene evaluar si la penalización del aborto previene la comisión del delito.

### **¿La penalización del aborto consentido cumple con la finalidad de prevenir que nuevos abortos se realicen en el país?**

El criterio de la Corte Constitucional en la sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, que despenalizó el aborto por violación, fue unánime en señalar que penalizar el aborto no impide que las mujeres se practiquen abortos. Al contrario, lo que hace la penalización es propiciar que dichos abortos se realicen en condiciones inseguras, poniendo en riesgo la vida, salud e integridad de las mujeres, niñas y adolescentes. Si bien este criterio fue empleado en el análisis del aborto por violación, no es menos aplicable en cualquier circunstancia de aborto, ya que las mujeres, adolescentes y niñas van a practicarse abortos a pesar de la legislación restrictiva. Sobre el fin de la pena, en la sentencia citada, se indicó:

140. Para esta Corte, en general en este caso, el fin de la tipificación del delito y su pena es la disuasión del cometimiento de la conducta. Así, el legislador ha tipificado como delito el aborto

consentido para evitar, justamente, que las mujeres lo practiquen y con ello proteger al nasciturus.  
 [...]

143. ...dadas las graves implicaciones que esta Corte ha evidenciado que existen ante un embarazo producto de una violación, la imposición de una sanción penal no evita que las mujeres violadas incurran en la conducta que se pretende impedir. En realidad, no existen evidencias reales ni objetivas de que la criminalización de esta conducta constituya una medida persuasiva. Al contrario, la medida promueve que la conducta se realice por parte de muchas mujeres en la clandestinidad y con procedimientos de alto riesgo que ponen en peligro su salud y su vida. Además, impide que ante situaciones de emergencia acudan a hospitales o centros de salud por temor a ser denunciadas.

[...]

145. En consecuencia, al no conseguir el fin propuesto, la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación evidencia ser una medida inadecuada que genera afectaciones y perjuicios a otros derechos constitucionales. (sentencia No. 34-19-IN/21)

De forma similar, la Corte Constitucional colombiana, en su fallo que despenaliza el aborto en cualquier causal, indica que penalizar el aborto no guarda relación con la prevención general del delito:

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

no es claro que la penalización del aborto con consentimiento resulte efectivamente conducente para proteger la vida en gestación, si se tiene en cuenta su poca incidencia en el cumplimiento de la finalidad de prevención general de la pena adscrita a su tipificación. De allí la evidente tensión constitucional que se presenta entre la disposición demandada y la finalidad preventiva de la pena. (Sentencia C-055-22)

Como se observa, ambas cortes son coincidentes en señalar que la penalización del aborto no conduce a la prevención del delito. Este criterio es concordante con organismos internacionales de derechos humanos como la OMS, la cual, en sus recientes “Directrices sobre la Atención para el Aborto” (2022) indicó que:

Los datos indican que la tipificación como delito no influye en la decisión de abortar, ni impide que las mujeres aborten o busquen información y sean derivadas a servicios en el extranjero donde puedan acceder al aborto. Por el contrario, la tipificación limita el acceso al aborto seguro y legal, y aumenta el recurso al aborto ilegal y peligroso.

(2022, 29)

De esta forma, resulta claro que la penalización del aborto no contribuye a reducir el número de abortos; y, por lo tanto, la finalidad de la pena como prevención general resulta ineficaz y abiertamente contraria al fin legítimo perseguido.

En la misma línea, la información estadística nos muestra que, pese a la penalización existente, las mujeres, niñas y adolescentes continúan abortando en el país. Así, según datos del Ministerio de Salud Pública del

Ecuador (2022), se evidencia que desde el 2017 hasta el 2021 se han registrado cerca de 73.701 atenciones médicas por abortos no catalogados como espontáneos o médicos. De forma similar, la Fiscalía General del Estado ha indicado que desde agosto de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2023, 493 personas han sido investigadas por el delito de aborto consentido.

Los datos nos muestran la ineficacia de la pena para prevenir abortos, ya que los mismos siguen realizándose pese a la penalización, por lo que la penalización del aborto tampoco contribuye al fin legítimo de la prevención del delito.

Por otro lado, la penalización del aborto tampoco garantiza, como dice nuestro COIP en su art. 52: “el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima”. Como se explicó en la sección precedente, el sistema de rehabilitación social atraviesa una profunda crisis y no solo que no promueve el desarrollo de capacidades de las personas privadas de la libertad, sino que las pone en verdaderos y potenciales riesgos a su vida e integridad personal.

Un sistema de rehabilitación debilitado en lo absoluto puede contribuir a que una mujer condenada por aborto pueda rehabilitarse y potenciar sus capacidades. Al contrario, la condena por aborto ocasiona una serie de estigmas que impiden a las mujeres y adolescentes rehacer sus proyectos de vida sin prejuicios e insertas en la sociedad sin cuestionamientos (Human Rights Watch 2021). De esta forma, queda claro que la penalización del aborto tampoco es útil para la rehabilitación social de las condenadas por aborto, quedando en evidencia la falta de finalidad de la pena en la penalización del aborto consentido.

## CONCLUSIONES

El análisis histórico y dogmático de la penalización del aborto en Ecuador evidencia que su configuración como delito ha estado más ligada al control social y a la reproducción de valores patriarcales que a la protección efectiva de bienes jurídicos concretos. En los

distintos cuerpos normativos penales, el aborto ha sido regulado en función de nociones abstractas como la existencia, el honor o la moral pública, y no desde una perspectiva centrada en los derechos de las mujeres y personas gestantes. Esta constatación permite

sostener que el bien jurídico protegido en el delito de aborto no ha respondido a un interés vital individualizado, sino a construcciones simbólicas e ideológicas funcionales al poder punitivo.

Desde el modelo garantista consagrado en la Constitución del Ecuador de 2008, y los principios rectores del derecho penal moderno, resulta incompatible mantener figuras penales que no se sustentan en un daño real, concreto y jurídicamente relevante. El principio de mínima intervención penal exige que el castigo sea un recurso de última instancia, solo aplicable cuando no existan otras medidas idóneas para proteger derechos. Sin embargo, en el caso del aborto, la evidencia demuestra que la penalización no evita su práctica, sino que la desplaza hacia la clandestinidad, afectando directamente la salud, la vida y la dignidad de las mujeres, especialmente de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Asimismo, la sanción penal impuesta por el artículo 149 del COIP resulta desproporcionada en relación con los fines constitucionales de la pena. En lugar de cumplir con funciones como la reinserción o la prevención general positiva, reproduce la estigmatización, el miedo y el castigo simbólico. Esta desconexión

entre los fines legítimos del derecho penal y la aplicación de la norma refuerza la necesidad de replantear su vigencia desde una lógica de justicia social y de derechos humanos.

Finalmente, tanto los estándares internacionales como los pronunciamientos de organismos especializados (OMS, el Comité CEDAW o la Relatoría sobre la violencia contra la mujer, entre otros) coinciden en que la penalización del aborto es inadecuada y contraria a las obligaciones estatales de garantizar el acceso a la salud, la igualdad y la autonomía. En este contexto, el mantenimiento del delito de aborto en la legislación penal ecuatoriana no solo es jurídicamente cuestionable, sino también internacionalmente insostenible.

La despenalización del aborto implica un cambio de enfoque: abandonar el castigo para avanzar hacia una regulación basada en la salud pública y el respeto a los derechos humanos de las mujeres y personas gestantes. Esta transformación es indispensable para construir un derecho penal verdaderamente democrático, que deje de operar como instrumento de opresión y se configure como garantía frente al poder arbitrario del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

Bustos Ramírez, Juan. 2007. "Principios Fundamentales de un Derecho Penal Democrático". *Revista de Ciencia Penales*, Núm. 8. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R01613-2.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2023. "Mujeres Privadas de la Libertad en las Américas." CIDH. OEA/Ser.L/V/II Doc. 91/23 8 marzo 2023. Acceso el 19 de noviembre de 2025. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Informe-Mujeres-privadas-libertad.pdf>

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 1999. Recomendación General N.º 24 sobre la mujer y la salud. Office of the High Commissioner for Human Rights. Acceso el 19 de noviembre de 2025. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>

Fiscalía General del Estado. 2023. "Respuesta a solicitud de información realizada por Surkuna. Sistema Integrado de Actuaciones Fiscales, corte al 31 de diciembre de 2023". Quito, Ecuador.

Ferrajoli, Luigi. 1997. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

García Falconí, Ramiro. 2014. *Código Orgánico Integral Penal comentado*, Tomo I (Arts. 1 al 78). Lima: Ara Editores.

González, Julio. 2020. *Introducción al Derecho Penal*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Human Rigths Watch. 2021. "¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir? El impacto de la criminalización del aborto en Ecuador". New York. Acceso el 19 de noviembre de 2025. <https://www.hrw.org/es/report/2021/07/14/por-que-me-quieren-volver-hacer-sufrir/el-impacto-de-la-criminalizacion-del>

Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos. 2022. "Censo Penitenciario 2022". Quito. Acceso el 19 de noviembre de 2025. <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/censo-penitenciario-2022/>

Kierszenbaum, Mariano. 2009. "El bien jurídico en el derecho penal: algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual". *Lecciones y Ensayos*, Núm. 86: 187-211. <https://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>

Ministerio de Salud Pública del Ecuador. s.f. "Respuesta Nro. MSP-GIPSSR-195-2022 a solicitud de información realizada por Surkuna". Quito.

Mir Puig, Santiago. 2016. *Introducción a las bases del Derecho Penal* (2da edición ed.). Buenos Aires: Editorial B de F.

Muñoz Conde, Francisco. 2010. *Derecho Penal, Parte General* (8.ª ed. ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Organización Mundial de la Salud. 2022. "Directrices sobre la atención para el aborto". Ginebra: OMS Suiza. Acceso el 19 de noviembre de 2025. <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/362897/9789240057920-spa.pdf?sequence=1>

Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias. 2020. "Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias sobre su visita al Ecuador (29 de noviembre al 9 de diciembre de 2019)". New York: Naciones Unidas. Acceso el 19 de noviembre de 2025. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/121/46/pdf/g2012146.pdf>

Rojas, Ivonne. s.f. *La proporcionalidad de las penas*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Acceso el 19 de noviembre de 2025: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2937/15.pdf>

Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores. 2023. *Estadísticas 2023*. Quito: SNAI. Acceso el 19 de noviembre de 2025. <https://www.atencionintegral.gob.ec/estadisticas/>

### Normativa y jurisprudencia

Código Orgánico Integral Penal. 2014. Registro Oficial Suplemento Nro. 180 numeral 3. Quito, Ecuador.

Código Penal de la República del Ecuador. 1938. Quito, Ecuador.

Código Penal de la República del Ecuador. 1871. Imprenta del Gobierno. Quito, Ecuador.

Código Penal de la República del Ecuador. 1837. Quito, Ecuador

Constitución de la República del Ecuador. Ecuador: Registro Oficial 449, 20-X -2008

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-05/22 de 21 de febrero de 2022. Acceso el 19 de noviembre de 2025. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-055-22.htm>

Corte Constitucional del Ecuador. 2021. Sentencia No. 34-19-IN/21, jueza ponente Carla Andrade Quevedo. 28 de abril de 2021. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional del Ecuador. 2018. Sentencia No. 001-18-SIN-CC. jueza ponente Roxana Silva Chicaíza. 9 de marzo de 2018. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional del Ecuador. 2017. Sentencia No. 017-17-SIN-CC, jueza ponente Roxana Silva Chicaíza. 15 de junio de 2017. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional de Colombia. 2022. Sentencia C-055/22 de 21 de febrero de 2022. Bogotá, Colombia. Acceso el 19 de noviembre de 2025. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-055-22.htm>

Presidencia de la República del Ecuador. 2024. Decreto Ejecutivo 110. Quito, Ecuador. Acceso el 19 de noviembre de 2025. <https://static.poder360.com.br/2024/01/ecuador-decreto-estado-excecao-8-jan-2024.pdf>