



# UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

*La Universidad Católica de Loja*

## ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

### TÍTULO DE ABOGADO

**El parto anónimo como mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto.**

TRABAJO DE TITULACIÓN.

**AUTORA:** Escobar Centeno, Alisson Pamela

**DIRECTORA:** Erazo Bustamante, Silvana Esperanza, Dra.

LOJA - ECUADOR

2017



*Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>*

2017

## **APROBACIÓN DE LA DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

Doctora.

Silvana Esperanza Erazo Bustamante.

### **DOCENTE DE LA TITULACIÓN**

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación: El parto anónimo como mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto, realizado por Escobar Centeno Alisson Pamela, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, octubre de 2017

f) .....

## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS**

“Yo Escobar Centeno Alisson Pamela declaro ser autora del presente trabajo de titulación: El parto anónimo como mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto, de la Titulación de Derecho, siendo Silvana Esperanza Erazo Bustamante, directora del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además, certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f. ....

Autor: Escobar Centeno Alisson Pamela

Cédula: 1104474265

## **DEDICATORIA**

Dedico el esfuerzo realizado en este trabajo de investigación principalmente a mis padres Iván y Normalicia, que me apoyaron en todo momento y supieron guiarme con su buen ejemplo; a mi mejor amiga Valeria, por estar siempre a mi lado y a mis abuelitos Maita, Jorge, Rosa Matilde y Angelito por su cariño.

## **AGRADECIMIENTO**

En primer lugar, quiero agradecer a mi Alma Máter, la Universidad Técnica Particular de Loja, en la que me he formado, no solo en Derecho, sino que también he adquirido conocimientos para la vida; a sus autoridades y docentes; de manera especial a la Dra. Silvana Erazo, Directora del presente trabajo de investigación, quien ha sabido guiarme acertadamente durante este proceso.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

|   |     |
|---|-----|
| CARATULA.....   | i   |
| APROBACIÓN DE LA DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN .....                          | ii  |
| DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....                                    | iii |
| DEDICATORIA .....   | iv  |
| AGRADECIMIENTO.....   | v   |
| ÍNDICE DE CONTENIDOS .....  | vi  |
| RESUMEN.....  | 1   |
| ABSTRACT.....   | 2   |
| INTRODUCCIÓN.....   | 3   |
| CAPÍTULO I.....   | 5   |
| 1. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA VIDA DEL NASCITURUS.....                          | 5   |
| 1.1 El inicio de la vida humana: ¿fecundación o implantación? .....                 | 6   |
| 1.1.1 El inicio de la vida humana desde la fecundación.....                         | 6   |
| 1.1.2 El inicio de la vida humana desde la implantación.....                        | 7   |
| 1.2 El derecho a la vida en la legislación ecuatoriana .....                        | 8   |
| 1.3 El derecho a la vida en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos .. | 10  |
| 1.3.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos.....                            | 11  |
| 1.3.2 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.....                  | 12  |
| 1.3.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....                              | 13  |
| 1.3.4 Convención sobre los Derechos del Niño.....                                   | 13  |
| CAPÍTULO II.....  | 15  |
| 2. EL DELITO DE ABORTO EN ECUADOR .....   | 15  |
| 2.1 Definición de aborto.....   | 16  |
| 2.2 Tipos de aborto .....   | 17  |
| 2.2.1 Aborto espontáneo.....  | 17  |
| 2.2.2 Aborto provocado.....   | 18  |
| 2.2.2.1 <i>Aborto lícito</i> .....  | 18  |
| 2.2.2.2 <i>Aborto ilícito</i> .....   | 20  |
| 2.3 Delito de aborto en el Código Orgánico Integral Penal .....                     | 21  |
| 2.4 Aborto no punible en el Código Orgánico Integral Penal.....                     | 26  |
| 2.5 Estadísticas de aborto en Ecuador .....   | 29  |
| CAPÍTULO III.....   | 33  |
| 3. EL PARTO ANÓNIMO. LEGISLACIÓN FRANCESA.....                                      | 33  |

|                       |  |    |
|-----------------------|--|----|
| 3.1                   | Definición de parto anónimo.....   | 34 |
| 3.2                   | Antecedentes y evolución del parto anónimo en Francia .....  | 35 |
| 3.3                   | El parto anónimo en la legislación francesa.....   | 36 |
| 3.4                   | Controversia: el caso Odièvre contra Francia.....  | 40 |
| CAPÍTULO IV .....     |  | 44 |
| 4.                    | INVESTIGACIÓN DE CAMPO.....  | 44 |
| 4.1                   | Diseño metodológico .....  | 45 |
| 4.2                   | Entrevistas .....  | 45 |
| 4.2.1                 | Entrevista realizada a la Dra. Katy Briceño, Ginecóloga Obstetra en el Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) Manuel Ygnacio Monteros de Loja.<br>45                |    |
| 4.2.2                 | Entrevista realizada al Dr. René Cueva, Médico Legista de la Fiscalía de Loja.<br>46   |    |
| 4.2.3                 | Entrevista realizada al Dr. Luis Felipe Valdivieso, Juez de Tribunal de Garantías Penales de Loja. ....  | 47 |
| 4.2.4                 | Entrevista realizada al Dr. Alonso Carrión, Fiscal del cantón Loja. ....   | 48 |
| 4.2.5                 | Entrevista realizada a la Ab. Karla Burneo, Defensora Pública especializada en materia penal.....  | 49 |
| 4.2.6                 | Entrevista realizada al Dr. Javier Manzanillas, Abogado en libre ejercicio profesional especializado en materia penal. ....  | 50 |
| 4.2.7                 | Entrevista realizada a mujer en edad reproductiva 1. ....  | 51 |
| 4.2.8                 | Entrevista realizada a mujer en edad reproductiva 2. ....  | 52 |
| 4.2.9                 | Entrevista realizada a hombre en edad reproductiva 1.....  | 53 |
| 4.2.10                | Entrevista realizada a hombre en edad reproductiva 2.....  | 54 |
| 4.3                   | Análisis de entrevistas .....  | 55 |
| 4.3.1                 | Análisis de la pregunta 1: ¿Conoce usted sobre el parto anónimo?.....  | 55 |
| 4.3.2                 | Análisis de la pregunta 2: ¿Considera usted que el parto anónimo puede ser un mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto?..... | 56 |
| 4.3.3                 | Análisis de la pregunta 3: ¿Considera usted que el parto anónimo debería ser regulado en la legislación ecuatoriana? .....   | 57 |
| 4.3.4                 | Análisis de la pregunta 4: ¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la aplicación del parto anónimo en Ecuador? .....  | 58 |
| CONCLUSIONES.....     |  | 59 |
| RECOMENDACIONES ..... |  | 60 |
| BIBLIOGRAFÍA.....     |  | 61 |
| ANEXOS.....           |  | 65 |



## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación persigue generar un aporte al conocimiento académico, mediante el esclarecimiento de conceptos y nuevas perspectivas de interpretación con respecto al derecho a la vida del nasciturus, el delito de aborto en Ecuador y el parto anónimo; presentando este último como posible solución, respuesta y mecanismo de protección y prevención frente a los casos de aborto punible.

**PALABRAS CLAVE:** derecho a la vida, nasciturus, aborto, parto anónimo.

## **ABSTRACT**

This research aims to generate a contribution to academic knowledge, through the clarification of concepts and new perspectives of interpretation regarding the right to life of the unborn child, the crime of abortion in Ecuador and anonymous birth; presenting the latter as a possible solution, response and mechanism of protection and prevention against cases of punishable abortion.

**KEYWORDS:** Right to life, unborn child, abortion, anonymous birth.

## INTRODUCCIÓN

El aborto se encuentra tipificado como delito en los artículos 147-149 del Código Orgánico Integral Penal, en correspondencia con la Constitución de la República del Ecuador, que reconoce y garantiza el derecho a la vida del ser humano desde la concepción. Sin embargo, esta disposición no se refleja en la realidad ecuatoriana; ya que mujeres embarazadas todavía recurren a practicarse abortos, la mayoría de veces en clínicas clandestinas, poniendo en riesgo su vida.

El parto anónimo o parto bajo X es la alternativa que, en algunos países, la ley confiere a la mujer embarazada para que pueda dar a luz en un centro de salud sin necesidad de dar a conocer su identidad y, por lo tanto, ésta no aparezca en la partida de nacimiento de la niña o niño; siendo los costos del parto asumidos por el Estado y el recién nacido susceptible de adopción. El presente trabajo de investigación analiza el parto anónimo como mecanismo de protección; es decir, como respuesta a la realidad actual respecto del derecho constitucional a la vida del nasciturus, el cual se ve amenazado por el delito de aborto.

El marco teórico se encuentra estructurado en cuatro capítulos. En el primer capítulo se realiza un análisis del derecho constitucional a la vida del nasciturus, mediante una explicación del inicio de la vida humana desde el punto de vista genético y la revisión de la legislación, tanto nacional como internacional, referente al derecho a la vida. El segundo capítulo se ocupa de analizar la definición y tipos de aborto, además de revisar el panorama normativo interno referente al delito de aborto y al aborto no punible, y las estadísticas sobre el aborto en Ecuador. El tercer capítulo presenta el parto anónimo con el principal enfoque y propósito de garantizar el derecho a la vida del que está por nacer y evitar el aborto, tomando en consideración la legislación francesa en lo referente a este tema. Finalmente, el cuarto capítulo presenta la investigación de campo basada en entrevistas realizadas a funcionarios de instituciones de salud y judiciales y a hombres y mujeres en edad reproductiva.

El derecho a la vida del que está por nacer, pese a estar garantizado en la Constitución, se ve amenazado a diario por la práctica del delito de aborto, que asimismo pone en riesgo la vida de la mujer embarazada, ocasionando graves efectos físicos y psicológicos. Al presente problema se le da respuesta por medio del parto anónimo, entendido éste como un mecanismo que ofrece una opción a mujeres embarazadas que no pueden o no desean ser madres, evitando primordialmente que cometan el delito de aborto, abandonen a recién nacidos en las calles o mueran practicándose un aborto clandestino.

Los objetivos general y específicos se cumplen mediante el estudio del derecho constitucional a la vida del nasciturus, la revisión del aborto, con énfasis en el aborto punible y, finalmente,

la presentación del parto anónimo con el principal enfoque y propósito de garantizar el derecho a la vida del que está por nacer y evitar el aborto; aunque también puedan derivar de él la disminución del número de infanticidios y de recién nacidos abandonados en las calles y la reducción en el índice de mortalidad materna.

La metodología utilizada consiste en el empleo del método deductivo, porque, partiendo del estudio documental de teorías generales, se analiza de forma particular la institución jurídica del parto anónimo. De igual forma, se hace uso del método exegético, ya que se realiza un estudio tanto de las normas jurídicas nacionales como de las normas jurídicas francesas.

## **CAPÍTULO I**

### **1. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA VIDA DEL NASCITURUS**

## **1.1 El inicio de la vida humana: ¿fecundación o implantación?**

El status del embrión humano es una cuestión alrededor de la cual existen interrogantes genéticos fundamentales; los cuales, tal como explica el catedrático en genética Juan Ramón Lacadena (1989), se pueden concretar en dos preguntas: ¿cuándo empieza la vida? y ¿cuándo esa vida que empieza ya es humana? En otras palabras, ¿tiene humanidad un embrión humano en las primeras fases de desarrollo o únicamente son células humanas en constante división?

Para la mayor parte de la comunidad científica, la respuesta a la primera pregunta —¿cuándo empieza la vida?— es la fecundación, o como Van Blerkom citado por Serra (1989) explica:

El encuentro de dos células especializadas llamadas gametos: una de origen materno, el oocito; y otra de origen paterno, el espermatozoo. Cada una de estas ha sido oportunamente preparada a través de un largo proceso que se desarrolla autónomamente, bajo el control de un programa intrínseco a la célula misma. (p.42)

Es decir, para que exista vida es necesario el ingreso de un espermatozoide en un ovulo maduro y la fusión de sus estructuras cromosómicas formando un nuevo conjunto genético completo de 46 cromosomas llamado cigoto; que, tras el proceso de desarrollo, dará lugar a un organismo humano, porque el programa genético es propio de la especie humana y no de ninguna otra especie. Es importante mencionar que “la fecundación no es un momento, como muchas veces se dice en el lenguaje común, sino un proceso que dura más de veinte horas” (Lacadena, 2012).

La respuesta a la segunda pregunta —¿cuándo esa vida que empieza ya es humana?— es más compleja, pues presenta variedad de opiniones. Hay quienes consideran que la vida es humana desde el proceso de fecundación, otros estiman que desde que concluye la implantación o anidación del cigoto en las paredes del útero, y hasta quienes lo relacionan con el inicio de la existencia legal de la persona.

### **1.1.1 El inicio de la vida humana desde la fecundación.**

El cigoto es una nueva constitución genética con existencia independiente, por eso es también llamado neo-concebido; o en palabras del profesor de genética Angelo Serra (1989):

Un nuevo ser viviente que inicia su propia existencia diversa y distinta de la de sus progenitores. (...) cuya vida, sostenida sin interrupción por el proyecto-hombre, grabado indeleblemente en su genoma, no puede ser sino “humana”, desde el momento en el cual el nuevo ser se inicia. (p. 42)

Desde un punto de vista científico, la vida es una realidad sujeta a un ser que presenta las características de una determinada especie; entendida esta última como el conjunto de

individuos que comparten una realidad y cohesión genética internas, debido a la evolución histórica de su programa genético (Lacadena, 2012). Entonces el científico —como constructor de modelos que reflejan la realidad percibida— “se siente justificado al definir qué es la vida y qué es lo humano, y concluir que según este modelo conceptual científico el huevo fecundado de un ser humano es en sí mismo una vida humana” (Serra, 1989).

Según este razonamiento, el análisis estructural genético del cigoto y de su desarrollo, conduce a determinar que la sola unión de ovulo y espermatozoide formando una nueva célula, constituye vida humana; debido a que la información genética contenida en los gametos femenino y masculino pertenece a la especie humana; lo que supone la reserva y respeto de los derechos del neo-concebido desde la fecundación.

### **1.1.2 El inicio de la vida humana desde la implantación.**

Lacadena (1989) diferencia tres etapas genéticamente distintas dentro de la reproducción humana: 1. Gametos-fecundación-cigoto, 2. Cigoto-mórula-blastocisto-anidación y 3. Anidación-feto.

En la primera etapa, tal como se ha explicado anteriormente, surge una nueva realidad única —el cigoto— de la combinación de dos realidades diferentes que son los gametos. La segunda etapa que culmina con la anidación es —desde el punto de vista genético— crucial al momento de determinar cuándo la vida que comienza es humana. Lacadena (1989) explica con detalle esta etapa:

(...) tras la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, el huevo fecundado inicia su camino hacia el útero, a la vez que se va dividiendo, alcanzándolo a los tres o cuatro días y en un estado de 16 o 32 células (blastómeros), permaneciendo todavía libre dentro del útero por espacio de otros tres o cuatro días. Es decir, a la semana de haber ocurrido la fecundación es cuando el embrión, ya es estadio de blastocisto, comienza a fijarse en las paredes del útero, tardando otra semana aproximadamente en concluir su fijación (anidación). Por consiguiente, puede aceptarse como regla general que la anidación concluye unas dos semanas (catorce días) después de ocurrida la fecundación. (p.37)

La anidación del cigoto trae a colación un concepto fundamental que es la individualización del embrión; misma que presenta dos propiedades: la unicidad —calidad de ser único— y la unidad —condición de ser solamente uno—; ya que según Lacadena (1989) “existe una amplia evidencia experimental que demuestra que estas dos propiedades fundamentales no están debidamente establecidas en el nuevo ser en desarrollo antes de que termine la anidación” (p.38).

Es decir, la unicidad y la unidad no se encuentran fijadas en la primera etapa, porque previo a los 14 días que transcurren desde la fecundación, el embrión no está morfológicamente bien definido y limitado como un individuo, tal como lo demuestran los fenómenos de gemelismo y quimerismo que se presentan solo en la etapa previa a la anidación. Por lo tanto, para quienes defienden este razonamiento, la vida que comienza es humana desde la implantación del huevo fecundado en las paredes del útero.

## **1.2 El derecho a la vida en la legislación ecuatoriana**

El derecho a la vida contempla la protección del bien jurídico más importante reconocido de forma explícita en las distintas legislaciones alrededor del mundo; pues es la razón de ser y base fundamental para el goce y el ejercicio de los demás derechos, es así que desde la aparición de los primeros textos normativos se ha sancionado la privación de la vida.

En Ecuador este derecho fue reconocido por primera vez en la Constitución Política de 1843, que por su contenido fue llamada Carta de Esclavitud, la cual en su artículo 90 decía:

Ningún ecuatoriano puede ser puesto fuera de la protección de las leyes, expatriado, privado de su vida, bienes y libertad, ni despojado de sus privilegios, e inmunidades, sino por los trámites legales y por los tribunales respectivos, y en virtud de una ley anterior al delito o acción.  
(Convención Nacional, 1843)

Si bien se mencionaba que ningún ecuatoriano puede ser privado de su vida; se condicionaba este derecho a la nacionalidad ecuatoriana, y no se lo consideraba —tal como se lo hace en la actualidad— un derecho universal inherente al ser humano. Además, señalaba que existen trámites legales y tribunales que podían ordenar la muerte de una persona, evidenciando la existencia de la pena de muerte en las primeras décadas de la República.

Ocho años después, la quinta Carta Política del Ecuador promulgada el 27 de febrero de 1851, establecía en su artículo 121: “Queda abolida la pena de muerte para los delitos puramente políticos” (Convención Nacional, 1851). Sin duda esta disposición representó un adelanto en la evolución legislativa sobre el derecho a la vida, evitando que se prive de ésta a personas procesadas por delitos calificados como políticos. Posteriormente, la Constitución Política de la República del Ecuador de 1878 amplió la abolición de la pena de muerte a los delitos comunes, exceptuando el parricidio:

Art. 17.- La Nación garantiza a los ecuatorianos:

1. La inviolabilidad de la vida; y, en consecuencia, queda abolida la pena de muerte para los delitos políticos y crímenes comunes. El asesinato cometido en la persona del padre o madre legítimos o naturales no está comprendido en esta garantía. (Asamblea Nacional, 1878)



Finalmente, la Constitución N° 12 de la República, expedida en 1906, abolió la pena de muerte para todo delito sin excepciones: “Artículo 26.- El Estado garantiza a los ecuatorianos: (...) 1. La inviolabilidad de la vida. Queda abolida la pena capital” (Asamblea Nacional, 1906). Lo establecido en la norma que antecede, no ha modificado su contenido de fondo en más de 100 años, tal como lo refleja el artículo 66 numeral 1 de la Constitución de 2008: “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte” (Asamblea Nacional, 2008); salvo que la Constitución vigente reconoce este derecho a todas las personas, indistintamente de su nacionalidad.

El catedrático ecuatoriano Ramón Eduardo Burneo (2012) considera que el derecho a la vida es “el primero y más importante derecho individual, del que derivan todos los demás”; es por esta razón que encabeza la lista de 29 derechos de libertad que establece el artículo 66 de la Constitución vigente.

El numeral anterior tiene concordancia con el artículo 45 del mismo cuerpo legal, el cual señala en su inciso primero: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción” (Asamblea Nacional, 2008). Las niñas, niños y adolescentes son un grupo prioritario para el Estado; por esta razón la Constitución contempla la garantía de sus derechos, asegurando inclusive la protección y cuidado desde la concepción.

En cuanto al contenido del artículo 45, Ramón Eduardo Burneo (2012) señala que: “Es un aspecto realmente trascendente que la vida misma se garantice desde la concepción. No solo su cuidado”. Según su argumento, algunos analistas jurídicos consideran que la forma ambigua en la que está escrito este artículo es una puerta abierta al aborto; así el doctor Eduardo Puente León (citado por Burneo, 2012) dice que el Estado reconoce y garantiza la vida de las niñas, niños y adolescentes sin especificar desde cuándo, lo que representa una omisión muy grave, que implica negar la defensa del ser humano ya concebido, aunque todavía no nacido.

Otros cuerpos normativos, como lo es el Código Civil ecuatoriano, incluyen en su articulado disposiciones que salvaguardan la vida del nasciturus, así establece que:

Art. 61.- La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento. (H. Congreso Nacional, 2005)

De acuerdo a lo expuesto en el artículo anterior, el juzgador tiene la competencia y el deber de implementar —con o sin actividad de la parte interesada u otra persona— medidas a través de las cuales se proteja la vida del que está por nacer. Es tal el interés del legislador, que el segundo inciso del mismo artículo, pospone la sanción que se le aplique a la mujer embarazada hasta después de dar a luz, con el fin de no poner en peligro la vida del nasciturus.

Si bien el Ecuador cuenta con un marco normativo favorable al derecho a la vida del nasciturus; es importante que, en el Estado constitucional de derechos y justicia social, el derecho a la vida del que está por nacer y demás derechos fundamentales se vinculen normativamente a toda la administración pública y a sus administrados. En palabras de García Falconí (2014) “este se debe componer a base del esquema del formalismo positivista y direccionar hacia arriba la pirámide normativa”; lo que coincide con el artículo 84 de la Constitución de la República:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atenderán contra los derechos que reconoce la Constitución. (Asamblea Nacional, 2008)

### **1.3 El derecho a la vida en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos**

La positivización de los derechos humanos en las Constituciones del mundo se debe principalmente a un reconocimiento a escala internacional o internacionalización de los mismos, el cual es “un proceso ligado al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el Derecho Internacional” (Pérez Luño, 2007); es decir, la comunidad internacional entiende no solo cuestiones que afectan a los Estados, sino también a sus ciudadanos.

A lo largo de la historia y especialmente en los últimos cien años, el mundo ha sido testigo de trágicos sucesos que transgreden la dignidad humana. Guerras, genocidios, tortura, esclavitud, colonización y discriminación de toda clase han marcado el siglo pasado y continúan haciéndolo en la actualidad con nuevas formas de vulnerar los derechos y libertades. Estos acontecimientos han motivado a los representantes de los Estados a crear instrumentos internacionales que protejan los derechos de todos los seres humanos sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; sembrando la esperanza de que un día la humanidad se libere del temor de ver violentados sus derechos más esenciales.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (2017) menciona que los instrumentos internacionales pueden ser de carácter vinculante y no vinculante. Los documentos vinculantes son los llamados Tratados, mismos que pueden presentarse en forma de Convenciones, Pactos y Acuerdos y suponen por parte de los Estados, un reconocimiento de obligación legal hacia estos instrumentos; mientras que los documentos no vinculantes como Declaraciones y Recomendaciones, proporcionan directrices y principios dentro de un marco normativo y crean igualmente obligaciones morales. El alcance de los instrumentos internacionales puede ser universal, regional o sub-regional.

El derecho a la vida está reconocido en numerosos instrumentos y codificaciones sobre derechos humanos de carácter internacional; tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgada en 1948, a la que siguieron el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, entre otros; cuyos estándares internacionales de derechos humanos y administración de justicia forman parte del Bloque de Constitucionalidad en el ordenamiento jurídico interno, tal como lo dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su Considerando.

### **1.3.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos.**

El jurista español Antonio Pérez Luño (2007) señala que las Declaraciones son documentos normativos que recogen derechos emanados del derecho natural y que el derecho positivo únicamente reconoce o declara —de ahí el nombre de Declaraciones— y garantiza. Además, explica que desde la aparición de las primeras declaraciones, tales como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano votada en Francia en 1789; los derechos relacionados con la libertad, la propiedad y la búsqueda de la felicidad se reconocían como correspondientes a todo ser humano por el hecho de su nacimiento; es decir, estos derechos no se hallaban restringidos a los nacionales de un país, sino que eran facultades universales, absolutas, inviolables e imprescriptibles.

Tras el Holocausto acontecido en la II Guerra Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, en París; con el fin de garantizar el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas de todo el mundo, con independencia del sexo, raza, color, idioma, nacionalidad, orientación sexual, creencia religiosa, ideología política, nivel socioeconómico, etc.; ya que estos derechos son inherentes al ser humano, a saber, están unidos de manera indivisible a la condición humana sin discriminación alguna.

A lo largo del documento se establecen varios derechos; encabezando esta lista se encuentra el derecho a la vida, seguido por el derecho a la libertad y seguridad de su persona, a la libertad de expresión y de circulación, a un juicio justo e igualdad ante la ley, a una nacionalidad, a un trabajo y salario igualitario, entre otros.

El artículo tercero declara que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948). Cabe mencionar que el contenido de la Declaración no forma parte del derecho internacional vinculante; esto es, de observancia no obligatoria.

El Manual de Aplicación de Normas Internacionales de Derechos Humanos en el Ámbito Jurídico Ecuatoriano señala que las Declaraciones generalmente no son de carácter obligatorio, en tanto que los Tratados, Pactos y Convenciones si lo son. Sin embargo, en la medida en que los Tratados hacen aplicables las declaraciones, éstas últimas se han vuelto en la práctica, obligatorias (García Falconí, 2014). Además, debido a la aceptación que ha tenido por países de todo el mundo, esta Declaración ha adquirido un grado de obligatoriedad moral que impulsa a los pueblos y naciones a promover el respeto de estos derechos y libertades.

A manera de conclusión, Pérez Luño (2007) expresa que el reconocimiento a escala internacional de los derechos humanos parte de la premisa de que cualquier atentado contra los derechos y libertades del ser humano no es una cuestión doméstica de los Estados, sino un problema de relevancia internacional.

### **1.3.2 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.**

A modo de refuerzo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en su resolución 2200 A (XXI) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; pues advirtió que, para el efectivo reconocimiento y protección de los derechos de todos los seres humanos, es fundamental que se creen las condiciones necesarias para el disfrute de sus derechos civiles y políticos, también llamados derechos de libertad.

El primer numeral del artículo sexto de este Pacto Internacional firmado y ratificado por el Ecuador —publicado en el Registro Oficial No. 101 de 24 de enero de 1969— dispone: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966). El derecho a la vida se menciona como ligado a la condición de ser humano, pero verdaderamente este precepto no protege el derecho a la vida de todas las personas; pues no descarta la imposición de la pena de muerte cuando ésta sea en cumplimiento de

sentencia definitiva de un tribunal competente, debido a que existen Estados firmantes en los que persiste la pena capital.

### **1.3.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos.**

También llamada Pacto de San José de Costa Rica, por haber sido suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos llevada a cabo en la ciudad de San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969; es un instrumento de alcance regional, firmado y ratificado por el Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 801 del 6 de agosto de 1984. Fue creada con el propósito de reafirmar el compromiso de los Estados de las Américas de consolidar —tal como se desprende de su Preámbulo— “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (Organización de los Estados Americanos, 1969).

El primer numeral del artículo cuarto de la Convención hace referencia al derecho a la vida: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (Organización de los Estados Americanos, 1969). El agregado que presenta esta disposición y que lo diferencia de las citadas anteriormente, y a su vez lo asemeja al texto constitucional, es el especificar que la ley protege la vida desde la concepción, garantizando así el derecho a la vida del concebido no nacido.

### **1.3.4 Convención sobre los Derechos del Niño.**

Las Naciones Unidas, considerando que la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece en su preámbulo que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959), promulgaron en 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño; convirtiéndose en la primera ley internacional que contempla la protección y desarrollo de los derechos de las niñas y los niños con carácter obligatorio para los Estados firmantes, los cuales deben adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a lo establecido en la Convención.

La pobreza, el trabajo infantil, el analfabetismo y el abandono son problemas que amenazan el desarrollo de niñas y niños alrededor del mundo; es por esto la trascendencia de la cooperación internacional para la creación de instrumentos que promuevan la garantía de protección y desarrollo de la infancia y generen avances en el cumplimiento de sus derechos.

Acerca del derecho a la vida, el numeral primero del artículo 6 de la Convención señala: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989); entendiéndose como niño, de acuerdo a la

establecido en el mismo instrumento, a todo ser humano menor de 18 años. La Convención precisa que el derecho a la vida del niño es intrínseco; es decir, es propio de su naturaleza humana y va ligado estrechamente a los demás derechos que se le reconocen. Asimismo, el numeral segundo del mencionado artículo insta a los Estados a garantizar su supervivencia y desarrollo; ya que las niñas y niños, al encontrarse en pleno desarrollo de su personalidad, deben recibir la protección y asistencia necesarias que les permitan asumir sus derechos y responsabilidades.

## **CAPÍTULO II**

### **2. EL DELITO DE ABORTO EN ECUADOR**

## 2.1 Definición de aborto

El aborto es un fenómeno ético-jurídico que envuelve múltiples categorías sociales y ha estado presente desde hace miles de años en todo el mundo. En algunos países —como en la mayor parte de América, Europa, África, Asia y Oceanía— es permitido; ya sea a petición de la mujer embarazada, o bien, bajo determinadas circunstancias de salud física y/o mental o factores socioeconómicos, y es regulado en sus respectivas legislaciones; en otros, por el contrario, la ley lo prohíbe en todas sus causales.

Según el estudio del origen de las palabras, el término aborto significa privación del nacimiento, pues “proviene del latín *abortus*, que significa: *ab* = privación, y, *ortus* = nacimiento” (Erazo, 2013, pág. 197). Privar del nacimiento al concebido no nacido, es esencialmente interrumpir el proceso natural de gestación y, por consiguiente, violar su derecho a la vida. A más de la concepción etimológica, el aborto puede ser definido desde dos perspectivas puntuales: la médica y la legal.

Acorde a criterios estrictamente médicos, la definición del aborto se basa principalmente en la posibilidad de la viabilidad del producto de la concepción, en el momento en el que se interrumpe el embarazo (Barbero Santos, 1994). Entonces el aborto, desde el punto de vista médico, es la interrupción del embarazo espontánea o inducida cuando el feto aún no tiene madurez para vivir fuera del claustro materno.

En los textos clásicos de Obstetricia y Ginecología, el concepto clínico de aborto correspondía a la interrupción del embarazo anterior a las 24 semanas de gestación y con un peso del feto menor a 1000 gramos (Barbero Santos, 1994). No obstante, actualmente la Organización Mundial de la Salud (2012) define de manera específica el aborto como la terminación del embarazo posterior a la implantación del huevo fecundado en la cavidad endometrial, antes de que el feto logre la viabilidad; esto es, menor de 22 semanas de edad gestacional, con un peso fetal menor de 500 gramos y una longitud céfalo-caudal menor a 25 centímetros. Los casos restantes se incluyen bajo la denominación clínica de parto prematuro.

Una vez definido el aborto desde el enfoque de la medicina, cabe señalar que el concepto médico no es utilizable para fines penales. En el campo jurídico se entiende por aborto, en líneas generales, “la interrupción del proceso fisiológico de gestación que ocasiona la destrucción o muerte del fruto de la concepción” (Cordoba Angulo, 1994, pág. 272). Cabe mencionar que el concepto jurídico de aborto comprende no solo la expulsión prematura y provocada del feto, sino también su destrucción dentro del vientre de la mujer embarazada; independientemente de su edad gestacional, vitalidad y grado de desarrollo (Carrera, 2009).



En este sentido, es importante referirse a la jurisprudencia chilena, cuya Corte Suprema establece lo siguiente:

El aborto comprende toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo impidiendo que llegue a su término natural, independientemente de que el feto se haya desprendido o no del cuerpo de la madre, siendo lo esencial que se le haya privado de la vida, aunque sea dentro del seno materno. En consecuencia, el delito de aborto debe entenderse consumado si el producto de la concepción ha muerto como consecuencia de las maniobras destinadas a practicarlo, aunque no se haya separado del cuerpo materno. (Labatut, 1997, pág. 126)

La definición jurídica de aborto concluye que éste debe ser provocado y el presupuesto *sine qua non* es la muerte del producto de la concepción, ya sea dentro o fuera del útero, y en la ley penal ecuatoriana el delito se configura en cualquier etapa del embarazo.

## **2.2 Tipos de aborto**

El aborto puede ser clasificado de varias formas, dependiendo de las causas que lo originan. Desde el punto de vista jurídico puede provenir de una vertiente lícita o ilícita, mismas que se analizarán más adelante; sin embargo, para una mejor comprensión es necesaria la explicación de las dos principales causas de aborto: espontáneo y provocado.

### **2.2.1 Aborto espontáneo.**

James R. Scott (1994) define el aborto espontáneo como la terminación natural del embarazo antes de que el feto pueda vivir fuera del útero. La referida terminación natural puede tener su origen en factores embrionarios, tales como células germinativas anormales, implantación defectuosa del trofoblasto —grupo de células que a partir del tercer mes pasa a llamarse placenta—, o lesiones del embrión en desarrollo; y, factores de la pareja, que, aunque ésta sea cromosómicamente normal, las anomalías del aborto pueden ocurrir de manera aleatoria y esporádica. A saber, este tipo de aborto es ocasionado por circunstancias ajenas a la voluntad, pues sobreviene por causas varias y la mayoría de las veces es difícil conocer cuál es la causa exacta.

De igual forma, Scott (1994) menciona diversos tipos de aborto espontáneo; así en términos médicos:

Puede ocurrir la salida del saco amniótico y su contenido con el corion y decidua; la expulsión del embrión, con rotura del saco amniótico y salida únicamente del producto de la concepción, o la expulsión de todos los componentes de la gestación. (p.221)

Según el ginecólogo estadounidense, Thomas G. Stovall (2008), cerca del 15 al 20% de las gestaciones conocidas acaban en aborto espontáneo y de éstos, el 80% aparecen en el primer trimestre y la incidencia va disminuyendo con las semanas de gestación; sin embargo, es

probable que este porcentaje sea más alto, ya que el aborto espontáneo puede ocurrir antes de que el embarazo sea clínicamente aparente. Por esta razón, el cuidado de la mujer embarazada durante las primeras semanas de gestación es de vital importancia para la continuidad normal del embarazo.

### **2.2.2 Aborto provocado.**

Contrario a la terminación natural del embarazo, el aborto provocado es la interrupción voluntaria de éste, pero al igual que el aborto espontáneo —que surgió con el origen de la humanidad — el aborto provocado también ha existido a lo largo de la historia:

(...) Aparecen informes desde el Antiguo Testamento y en la literatura de los primeros siglos se hace referencia a él. Uno de los documentos más antiguos sobre materiales y métodos para producir el aborto, data de los tiempos del Emperador Shennong en la China Legendaria, 23 siglos a.C. (Artuz & Restrepo, 2002, pág. 65)

Además de en Oriente, en la antigua Mesopotamia y en los imperios griegos y romanos también se legisló acerca del aborto. Posteriormente, con el cristianismo se proclamó el derecho a la vida desde la concepción, haciéndose cada vez más rigurosas las sanciones penales contra el delito del aborto.

Si bien en el aborto provocado “prevalece la intención debidamente premeditada de quitar la vida al producto de la concepción” (Erazo, 2013, pág. 200), esta conducta puede ser justificada lícitamente o no tener justificación alguna. Así, los legisladores y doctrinarios convienen en clasificar el aborto provocado en: aborto lícito y aborto ilícito.

#### **2.2.2.1 Aborto lícito.**

Dentro del aborto lícito se encuentran tanto el aborto terapéutico, como el eugenésico. En el primer caso, el aborto es practicado “para salvar la vida o la salud de la madre, puesta en peligro por el embarazo y este peligro no puede ser tratado por ningún medio científico moderno que conserve el embarazo” (Erazo, 2013, pág. 203). En palabras del tratadista Felipe Villavicencio Terreros (2014) el aborto terapéutico es “el que se autoriza cuando la vida de la madre se encuentra en estado de peligro inminente, grave y de no procederse al aborto, la mujer podría morir” (p. 368).

Es conveniente destacar la situación de peligro concreto en la que se debe encontrar la mujer gestante debido a la enfermedad que padezca, misma que requiere un diagnóstico previo; a saber, “debe constar en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto” (Luzón Peña, 1991, pág. 332); y que de proseguir con el embarazo su condición pudiera agravarse al punto de causarle la muerte. En este sentido:

La gravedad del peligro, factor decisivo en la configuración de esta indicación, debe responder, tal como ha señalado la doctrina, a un doble baremo inversamente proporcional: la magnitud del posible daño y la probabilidad de su producción. Cuanto menos grave sea la afectación, mayor grado de probabilidad debe exigirse. El baremo para determinarlo debe ser objetivo (médico-social), si bien valorando los factores personales de la mujer que puede ser trascendente. (Felip I. Saborit, 2006, pág. 56)

La premisa fundamental en el aborto terapéutico es entonces la necesidad de salvar la vida de la mujer embarazada respecto de las consecuencias negativas y altamente perjudiciales que podrían sobrevenir de la continuación del embarazo; sin embargo, su consentimiento es igual de importante, ya que es la mujer gestante —una vez informada sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos— quien debe tomar una decisión de manera libre, informada y responsable; en relación a que “la necesidad del aborto debe medirse en términos de probabilidad y no de seguridad absoluta” (Muñoz Conde, 1994, pág. 438).

La naturaleza jurídica del aborto terapéutico representa una discusión respecto al bien jurídico protegido: ¿se equiparan la vida de la mujer embarazada y la vida del nasciturus, o se diferencian? Al respecto, el tratadista Roy Freyre (1989) manifiesta que el aborto terapéutico diferencia la jerarquía de los dos bienes jurídicos protegidos y lo llama aborto necesario, ya que existe un estado de necesidad justificante, el cual debe ser tipificado expresamente por las legislaciones con el fin de impedir la impunidad basada en esta justificación.

En la misma línea del aborto lícito, aparece el aborto eugenésico, el cual es “planteado cuando existe riesgo de que el nuevo ser está afectado por anomalías o malformaciones congénitas” (Gafo, 1994, pág. 50). El aborto que comprende esta categoría es por tanto, “aquel que se lo practica para evitar el nacimiento de seres humanos que vendrían al mundo con trastornos o defectos transmitidos por herencia” (Erazo, 2013, pág. 205). La interrupción del embarazo debido a que el feto presenta taras físicas o psíquicas tiene un fundamento que, según el tratadista David Felip I Saborit (2006), no es de base colectiva, sino de tipo individual; es decir, no se justifica en los propósitos de mantener la pureza de la raza o evitar el aumento de gasto público que conllevan las personas discapacitadas, sino que se indica con el fin de evitar la limitación al libre desarrollo de la vida de la mujer que asuma la maternidad de un niño en tales condiciones.

Además de la fundamentación en los intereses de la mujer embarazada, posiciones liberales justifican el aborto eugenésico en la probabilidad de que, si el niño llega a nacer, éste tendrá una vida breve, dolorosa y frustrante. En contraposición a lo expuesto, Ronald Dworkin (1994) en su libro *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad*

*individual*, hace una reflexión respecto a la opinión liberal paradigmática estadounidense que existe sobre el tema:

En aquellos casos en los que las malformaciones físicas del niño son tan dolorosas o paralizantes que creemos que la muerte sería lo más beneficioso para el niño, podemos decir que también el aborto habría sido lo más beneficioso para el niño. Pero (...) incluso niños terriblemente deformados pueden formar lazos de afecto, dar y recibir amor, luchar y, hasta cierto punto, superar sus defectos. Si sus vidas valen mucho, entonces ¿cómo podría haber sido mejor para ellos que se hubiera puesto fin a sus vidas en el útero? (p. 49)

#### **2.2.2.2 Aborto ilícito.**

En contraste al aborto lícito, este tipo de aborto se sustenta en motivos en los que no cabe ninguna justificación contemplada en la ley; en el caso ecuatoriano, es todo aborto provocado que no entre en los dos supuestos establecidos en el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal que serán explicados más adelante. Por tanto, en el aborto ilícito existe “el deliberado propósito de destruir la vida en formación atentando contra el ordenamiento jurídico, y actuando bajo el razonamiento del acto y de sus consecuencias” (Erazo, 2013, pág. 201). El deliberado propósito no es más que el elemento doloso que configura la conducta; es decir, el aborto se practica con premeditación, conciencia y voluntad.

Para el tratadista Montejano (citado por Erazo, 2013), el aborto ilícito:

Constituye una gravísima transgresión del Derecho Natural por tres circunstancias irrefutables: Se trata de una víctima inocente (nada hizo para sufrir la agresión a su vida); que se halla en estado de absoluta indefensión; y porque el crimen es consumado por quienes están obligados a proteger la vida del nasciturus. (p.201)

A pesar de que la vida se protege y garantiza desde la concepción, el aborto ilícito es una práctica común que se lleva a cabo con la intención dolosa de causar la muerte del nasciturus por diversas razones y circunstancias, como son: la violación, el estupro, el incesto, enfermedades congénitas, el honor de la familia, la virtud de la mujer, condición socioeconómica, sexo del que está por nacer, derecho a la libertad individual, entre otras.

En general, el aborto provocado representa un problema de salud pública a nivel mundial, tanto en países en los que es permitido, como en los que está penalizado; debido a que, al ser un procedimiento peligroso e inseguro, causa complicaciones en la salud física y mental de la mujer y contribuye al alto índice de abortos clandestinos.

Artuz & Restrepo (2002) mencionan que las complicaciones ocasionadas por el aborto provocado pueden ser a corto y largo plazo:

Las complicaciones a corto plazo o inmediatas incluyen los procesos de hemorragia, choque hemorrágico, sepsis y demás situaciones derivadas de ésta, pudiendo llegar hasta la muerte cuando el proceso séptico compromete el normal funcionamiento de órganos y sistemas vitales para la vida. Sin embargo, las complicaciones a largo plazo en ocasiones pueden llegar a ser tan graves como las primeras. Uno de los muchos problemas de salud relacionados con el aborto inducido es la futura infertilidad. El riesgo de infertilidad secundaria entre las mujeres sometidas a aborto inducido es 3 a 4 veces mayor que el de mujeres que no han abortado. (p.69)

Sin embargo, según la Guía técnica para abortos sin riesgos de la Organización Mundial de la Salud (2012), los avances en la práctica médica en general y la aparición de tecnologías seguras y eficaces para inducir el aborto, podrían eliminar en su totalidad los abortos inseguros y las muertes relacionadas con éste; entendiéndose como aborto inseguro, el procedimiento para finalizar un embarazo realizado por personas que carecen de la capacidad necesaria o que se lleva a cabo en un entorno donde se carece de un estándar médico mínimo, o ambos.

Aunque los avances médicos alcanzados en los últimos años en el campo de la ginecología y obstetricia son importantes, el aborto provocado siempre será un proceso riesgoso, debido a que “la probabilidad de complicaciones del aborto inducido se relaciona directamente con el método empleado, el sitio donde se lleva a cabo y la persona que lo practique” (Artuz & Restrepo, 2002, pág. 70). Así, el porcentaje de complicaciones es más elevado cuando el aborto es provocado por la mujer embarazada, mediante métodos de origen vegetal o farmacéutico (uso de misoprostol). Cuando el aborto es practicado por personal no calificado, el riesgo de que surjan complicaciones aumenta aún más, pues el método empleado casi siempre será la manipulación endouterina.

En los abortos practicados por personal autorizado en países en los que éste es legal, el riesgo no es tan elevado; sin embargo, persiste la posibilidad de complicación, pues los métodos para interrumpir el embarazo son varios y su empleo depende del trimestre de embarazo en que se practica. Por ejemplo, el legrado por aspiración es el principal método para interrumpir el embarazo en el primer trimestre, así como el uso de dosis de mifepristona; mientras que durante el segundo trimestre de embarazo, se emplea el método de dilatación y extracción o prostinas vaginales, los cuales presentan mayor incidencia de complicaciones (Bernstein, 1999).

### **2.3 Delito de aborto en el Código Orgánico Integral Penal**

Desde el punto de vista jurídico y, por tanto, con base en el principio de legalidad, conocido por el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, que se traduce en “no hay

infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho”; mismo que se encuentra encabezando la lista de principios procesales expuestos en el artículo 5 del COIP, se puede definir el delito como la infracción penal que el legislador sanciona con pena privativa de libertad mayor a 30 días. A su vez, el COIP en su artículo 18 define la infracción penal como “la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (Asamblea Nacional, 2014).

La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son características comunes a toda infracción penal que, según la Dogmática jurídico-penal, moldean el concepto de delito de manera secuencial. Por un lado, la tipicidad es “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (Muñoz Conde & García, 2015, pág. 218). Ésta deriva directamente del principio de legalidad, ya que el mismo solo se cumple mediante la descripción de la conducta prohibida que el legislador hace en la ley penal.

Partiendo de la conducta típica; es decir, la descrita en el tipo penal, se realizan las posteriores valoraciones de antijuridicidad y culpabilidad. La antijuridicidad recae sobre la conducta o acto reprobable y la culpabilidad sobre la persona con el fin de determinar su responsabilidad. Muñoz & García (2015) lo explican de la siguiente forma:

En la primera (antijuridicidad) se incluyen la conducta, sea por acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, sus objetos y sujetos y la relación causal y psicológica con el resultado. En la segunda (culpabilidad) se encuentran las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su acción u omisión y la exigibilidad de un comportamiento distinto. (p.217)

La antijuridicidad se basa en comprobar si la conducta típica se ha realizado conforme está descrita en el tipo penal, observando si encaja con todos los elementos de éste. Y una vez que la conducta es típica y antijurídica, queda comprobar la culpabilidad del autor y la punibilidad de la conducta.

La culpabilidad es definida por Binding (2009) en sentido positivo como acción culpable, puesto que “no solo constituye presupuesto ineludible, sino también fundamento jurídico de la pena”. Entonces, la culpabilidad radica en determinar si se puede imputar o no a una persona el acto previamente desaprobado o prohibido y la existencia de una pena establecida para sancionar el hecho delictivo; es decir, la punibilidad de éste.

El aborto al ser una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, se ha considerado como delito desde la primera década de la vida republicana del país; a partir de la promulgación del

primer Código Penal ecuatoriano en 1837 durante el periodo de gobierno de Vicente Rocafuerte, hasta el Código Orgánico Integral Penal en vigencia desde 2014.

Conforme con la Constitución de la República del Ecuador que protege y garantiza el derecho a la vida, el artículo 45, inciso primero señala: “(...) El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción” (Asamblea Nacional, 2008). Consecuentemente, el delito de aborto al atentarse contra la vida del nasciturus —bien jurídico protegido en el presente tipo penal— está tipificado en la legislación penal ecuatoriana, dentro de los delitos contra la inviolabilidad de la vida.

En general, el aborto como delito requiere de tres presupuestos esenciales:

El primero, es que la madre se encuentre en estado de gestación; el segundo, es que al momento de producirse la conducta típica el concebido no nacido se encuentre vivo y dentro del claustro materno, pues, de estar muerto, se consideraría un delito imposible por la existencia absoluta del objeto, y el tercero es que se compruebe que exista un nexo causal entre la conducta del sujeto activo y el resultado muerte del concebido no nacido. (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 344)

Así, el COIP dedica tres artículos al delito de aborto y los supuestos que se exigen para la configuración del aborto con muerte, aborto sin consentimiento y aborto consentido.

Artículo 147.- Aborto con muerte.- Cuando los medios empleados con el fin de hacer abortar a una mujer causen la muerte de esta, la persona que los haya aplicado o indicado con dicho fin, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años, si la mujer ha consentido en el aborto; y, con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años, si ella no lo ha consentido.

Partiendo de que cada tipo penal se constituye por elementos de naturaleza objetiva y subjetiva —algunos siempre presentes en la composición de todos los tipos y otros específicos de cada uno de ellos—, el aborto con muerte se configura con la presencia de los siguientes: el sujeto activo es la persona que aplica o indica medios para hacer abortar, que puede ser un familiar o cualquier otra persona extraña a la familia, desde un profesional de la medicina a un curandero; el sujeto pasivo es la mujer embarazada, el verbo rector es hacer abortar, los bienes jurídicos protegidos o “el valor que la ley quiere proteger de las conductas que puedan dañarlo” (Muñoz Conde & García, 2015, pág. 276) son la vida del nasciturus y de la mujer embarazada, el objeto material es el nasciturus, el elemento necesario es la muerte de la mujer embarazada y la tipicidad subjetiva es dolosa; entendido el dolo como “la actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de la conducta típica y antijurídica” (Reyes, 1993), esto significa que la conducta se ejecuta con voluntad, conciencia y designio de causar daño. Respecto a la pena, ésta varía si la mujer embarazada ha consentido o no el aborto; en

el primer caso se sanciona con pena privativa de libertad de siete a diez años, y en el segundo, de trece a dieciséis años.

El resultado de muerte de la mujer gestante representa un agravante para el tipo penal; por esta razón, el aborto con muerte es sancionado con la pena más grave de entre las previstas para los supuestos de aborto. Creus (1994) lo explica de la siguiente manera:

La muerte de la mujer opera como resultado agravatorio del aborto cuando objetivamente procede causalmente de la maniobra abortiva y no de un curso causal distinto preponderante. Subjetivamente ese resultado no debe estar comprendido en el dolo del autor; por lo tanto, la culpabilidad se estructura con un dato positivo: querer causar un aborto, y con uno negativo: que la conducta no haya estado guiada a la causación de la muerte de la mujer; cuando el aborto fue el medio de que se valió el agente para matar a la mujer, el homicidio concursa realmente con las figuras básicas del aborto. (p.455)

El elemento fundamental en el artículo en mención es la relación causa-efecto que debe existir entre los medios que emplea la persona que hace abortar y la muerte de la mujer gestante como consecuencia de éstos. En este caso, la conducta prohibida supone la acción dolosa de hacer abortar a la mujer embarazada; a saber, existe la intención de interrumpir el embarazo, pero no de ocasionar la muerte a quien se practica el aborto. El daño pretendido se enfoca en el feto, mas no en la mujer gestante, que como resultado de los medios empleados para el aborto ha perdido la vida; al contrario, cuando el fin es provocar la muerte de la mujer por medio de un aborto, el delito que se configura es el homicidio.

Para establecer la pena del aborto con muerte, el legislador ha tomado en cuenta el consentimiento de la mujer embarazada, mismo que se analizará en el artículo siguiente.

Artículo 148.- Aborto no consentido.- La persona que haga abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si los medios empleados no han tenido efecto, se sancionará como tentativa.

En el delito de aborto no consentido el sujeto activo es cualquier persona que hace abortar, el sujeto pasivo es la mujer embarazada y el nasciturus, el verbo rector es hacer abortar, bienes jurídicos protegidos son la vida del nasciturus y la vida, salud y libertad de la mujer embarazada, el objeto material es, en primer lugar, el nasciturus y luego, la mujer embarazada en la que ejercieron violencia o amenaza para hacerla abortar, toda vez que ella no otorgó el consentimiento, siendo éste el elemento necesario; la tipicidad subjetiva es dolosa y la pena es privativa de libertad de cinco a siete años.

El aborto no consentido se trata de un delito complejo en el que junto al ataque a la vida en formación se lesiona la libertad de la embarazada; es decir, se afecta a varios titulares de



bienes jurídicos. Este delito no solo destruye el producto de la concepción, sino que también lesiona a la mujer gestante, quien, al no otorgar su consentimiento, se convierte en víctima del delito.

En los delitos dolosos no solo se sanciona la conducta que se realiza totalmente, sino que la ley también prevé una pena cuando ésta no llega a producir el resultado típico; así, en el inciso segundo de este artículo se menciona la tentativa, misma que se refiere a la no consumación del hecho delictivo, siempre que el sujeto activo “haya realizado todos los actos conducentes de modo inequívoco para la perpetración del delito” (Erazo, 2013, pág. 211). En el caso de aborto, la persona que hace abortar recurre a los medios idóneos para causar la destrucción del feto, siendo ésta su resolución, pero cuando los medios empleados no surten el efecto deseado, se está frente a un resultado que no llega a verificarse y aunque no se haya lesionado el bien jurídico protegido, se lo ha puesto en peligro. Según el ordenamiento jurídico interno, la pena aplicable para la tentativa será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado.

Artículo 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.

El delito de aborto consentido se encuentra tipificado en dos incisos, los cuales se deben analizar por separado. En el inciso primero el sujeto activo puede ser cualquier persona que haga abortar, el sujeto pasivo es el nasciturus, el verbo rector es hacer abortar, el bien jurídico protegido es la vida del nasciturus, el objeto material es el nasciturus, el elemento necesario es el consentimiento de la mujer embarazada, la tipicidad subjetiva es dolosa y la pena es privativa de libertad de uno a tres años.

Este tipo penal supone la concurrencia de un tercero que practica el aborto y del consentimiento de la gestante para que se realice. La doctrina apunta que el consentimiento de la mujer embarazada tiene que ser válido, en el sentido de que la mujer debe estar en la capacidad de darlo.

Caso contrario, si se trata de niñas, anómalas psíquicas o que estén bajo una grave alteración de la conciencia (alcohólicas, consumidoras de drogas, etc.) se negará que estemos ante un consentimiento válido de la gestante. Situación similar se presenta cuando esta aceptación haya sido otorgada bajo violencia, amenaza o intimidación, supuesto que corresponde al aborto no consentido. (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 352)

El consentimiento implica que la mujer gestante puede entender que está renunciando a la maternidad y que acepta la actividad abortiva; esta aceptación debe expresarse por cualquier forma de exteriorizar la voluntad, siempre y cuando tenga claro los riesgos a los que se expone.

Por su parte, en el inciso segundo el sujeto activo es la mujer embarazada, el sujeto pasivo es el nasciturus, el verbo rector es causar aborto, el bien jurídico protegido es la vida del nasciturus, el objeto material es el nasciturus, la tipicidad subjetiva es dolosa y la pena es privativa de libertad de seis meses a dos años, siendo ésta la sanción más leve entre las previstas para los diferentes supuestos de aborto.

Este inciso se refiere al auto-aborto, entendiéndose como “la interrupción intencional del progresivo desarrollo de la vida del feto provocándole la muerte, ya sea en el vientre materno o mediante la expulsión prematura realizada por la madre en cualquier momento, del proceso de gestación” (Gonzalez Rus, 2000, pág. 78). Esta definición presenta dos cuestiones fundamentales: el delito de resultado y el delito de infracción del deber propio.

Al ser un delito de resultado, tiene que causarse la muerte del feto, que puede ocurrir en cualquier momento, ya sea en el vientre de la madre o cuando se llega a expulsar. En el mismo sentido, la doctrina considera que se trata de un delito de infracción del deber propio, pues “la norma penal exige que el sujeto activo sea una mujer que posee deberes frente al concebido” (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 343), así la consumación del delito debe llevarse a cabo por la mujer embarazada, quien tiene la obligación no solo moral, sino legal de protegerlo.

Es importante aclarar que cuando se emplea en el último inciso la frase: “o permita que otro se lo cause”, el legislador no se está refiriendo a otra clase de sujeto activo, sino que “solo se hace con la finalidad de explicar mejor que la participación de un *extraneus* no excluye la imputación de auto-aborto que se le debe formular a la gestante” (Roy Freyre, 1989, pág. 255). El tipo penal en cuestión se configura entonces, cuando la mujer embarazada causa su propio aborto o cuando consiente que un tercero le practique un aborto.

#### **2.4 Aborto no punible en el Código Orgánico Integral Penal**

En Ecuador, la despenalización o legalización del aborto está comprendida bajo dos únicos supuestos; por un lado, el aborto terapéutico, y por otro, el aborto eugenésico en mujeres que padecen de discapacidad mental que han sido víctimas de violación. La razón principal que inspira al legislador a despenalizar estos supuestos de aborto radica en la ausencia de dolo, tal como se explicará más adelante.

En los últimos años se han presentado a la Asamblea Nacional proyectos de despenalización del aborto bajo otras causales; entre ellas, cuando el embarazo es producto de una violación, lo que ha originado un debate entre el rechazo de algunos sectores y la defensa por parte de otros. Pese a las tendencias modernas que promueven la no incriminación del aborto, en el medio nacional resulta lejana la posibilidad de su absoluta despenalización, tal como se observa en algunos países, en los que el aborto es materia de otras formas de control.

El COIP, a manera de excepción, establece como no punible el aborto practicado bajo las siguientes regulaciones y contemplado en dos causales específicas:

Artículo 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. (Asamblea Nacional, 2014)

La primera causal hace referencia al aborto terapéutico, el cual “se realiza cuando se considera que el embarazo afecta la salud o vida de la mujer” (Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología, 2013). El aborto terapéutico ha sido ampliamente despenalizado, según los registros de Naciones Unidas, el 98% de los países del mundo permiten esta práctica para salvar la vida de las mujeres (Organización Mundial de la Salud , 2012).

Es importante señalar que el COIP establece que el aborto está despenalizado, siempre y cuando no existan otros medios para salvaguardar la vida y salud de la mujer frente a los casos de peligro, entendido éste como la posibilidad de lesión o daño que la continuación del embarazo puede ocasionar a la salud de la mujer. Para algunos tratadistas la despenalización del aborto terapéutico se justifica en su nexos con la legítima defensa: “La mujer se encuentra frente a una agresión inmediata, representada por el desenvolvimiento del embrión, que no puede continuar desarrollándose, sin aparejarle la muerte” (Irureta Goyena, 1994, pág. 354).

Sin embargo, existen opiniones en contra de la despenalización del aborto terapéutico; quienes mantienen esta postura se basan en que, gracias al avance de la medicina, los casos de opción entre la vida de la mujer embarazada o del feto son casi inexistentes y que un aborto es más riesgoso que un parto; además de que “terapéutico significa que cura o intenta curar, en tanto el aborto no cura ninguna patología, y siempre produce la muerte de uno de los

integrantes del binomio madre-hijo, como es el niño concebido en el vientre materno” (Scala, 2005, pág. 14).

La segunda causal se refiere al aborto practicado a una mujer con discapacidad mental que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación. Respecto a la discapacidad, el Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades establece en su artículo primero que:

Se entenderá por persona con discapacidad a aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que las hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en una proporción equivalente al 40% de discapacidad, debidamente calificada por la autoridad sanitaria nacional. (Asamblea Nacional, 2013)

El artículo referido define la discapacidad en general, pero la causal mencionada se refiere puntualmente a la discapacidad mental, la cual debe ser entendida como el resultado de la interacción entre algunas condiciones psíquicas y/o intelectuales de largo plazo, y las barreras del entorno; tales como, formas de exclusión social, carencias de apoyo y actitudes estigmatizadoras, que limitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental, 2014).

La mujer que presenta discapacidad mental se encuentra en una situación de evidente vulnerabilidad; por esta razón, el legislador despenaliza el aborto en caso de que sea violada y quede embarazada producto de la violación. Sin embargo, en la práctica resulta complicado que se cumpla esta exigencia, pues primero debe probarse la comisión del delito de violación mediante un proceso judicial, el cual debería tardar menos tiempo que el proceso de gestación. Una posible alternativa según algunos autores es la despenalización del aborto en caso de embarazo de una mujer con discapacidad mental, independientemente de la causa de éste; ya que, de acuerdo a esta consideración, lo que el legislador procura principalmente al despenalizar el aborto en esta causal específica es de naturaleza eugenésica, basándose en el estado de salud mental de la mujer embarazada y el supuesto de las posibles discapacidades que aquella podría heredar al nasciturus.

Quienes rechazan la despenalización del aborto bajo esta causal consideran que resulta discriminatorio para el nasciturus. Por un lado, sostienen que resulta absurdo que se permita la muerte del no nato para evitar que nazca con alguna tara, “ya que se hace prevalecer un estado o razón de salud por sobre la vida misma” (Erazo, 2013, pág. 305); y por otro, en lo referente al supuesto de violación, estiman que en estos casos existen tres sujetos: la víctima, el victimario y el nasciturus; y si bien, la mayoría de legislaciones prevén una pena privativa

de libertad para el violador, simultáneamente, condenan a pena de muerte al inocente —el concebido no nacido—lo que resulta una verdadera injusticia (Scala, 2005).

## 2.5 Estadísticas de aborto en Ecuador

El aborto en Ecuador es un problema de salud pública, así lo evidencia el Anuario de Estadísticas Hospitalarias Camas y Egresos del año 2014; el cual, a la fecha de realización del presente trabajo, es el último publicado en la página web Ecuador en Cifras del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC). En el Anuario, según lo mencionado en su presentación, “se encuentra la información estadística referente a la disponibilidad y dotación de camas hospitalarias y características de los pacientes que fueron atendidos en establecimientos de salud con internación hospitalaria, sean hospitales o clínicas del sector público o privado” (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2014).

En base a estas estadísticas, se realizó una investigación llamada *Abortion, an increasing public health concern in Ecuador, a 10-year population-based analysis*, la cual fue publicada a inicios del mes de junio del presente año, con el aval de *Pragmatic and Observational Research*, en el sitio web de artículos científicos ResearchGate.net. Estudio que se llevó a cabo mediante el análisis de datos que incluyeron los casos anuales de morbilidad; es decir, las causas de atención hospitalaria, y de mortalidad de 2004 a 2014, por lo cual la autora considera importante tomarlo como referente para los siguientes párrafos.

Así, de los resultados obtenidos en la mencionada investigación, entre 2004 y 2014, se registraron un total de 431.614 abortos en Ecuador; los cuales, según la Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, Décima Revisión CIE-10 —cuyas recomendaciones son acogidas para la codificación de las enfermedades en Ecuador— se distribuyen en tres categorías: abortos espontáneos, abortos médicos (terapéuticos y eugenésicos) y otros embarazos terminados en aborto.

Tabla 1. Distribución de abortos en Ecuador de 2004 a 2014 de acuerdo a CIE-10.

| TIPO DE ABORTO                       | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|--------------------------------------|----------|------------|
| Abortos espontáneos                  | 39 722   | 9%         |
| Abortos médicos                      | 25 081   | 6%         |
| Otros embarazos terminados en aborto | 366 811  | 85%        |
| Total                                | 431 614  | 100%       |

Fuente: *Abortion, an increasing public health concern in Ecuador, a 10-year population-based analysis*.

Elaboración: Escobar Centeno Alisson Pamela.

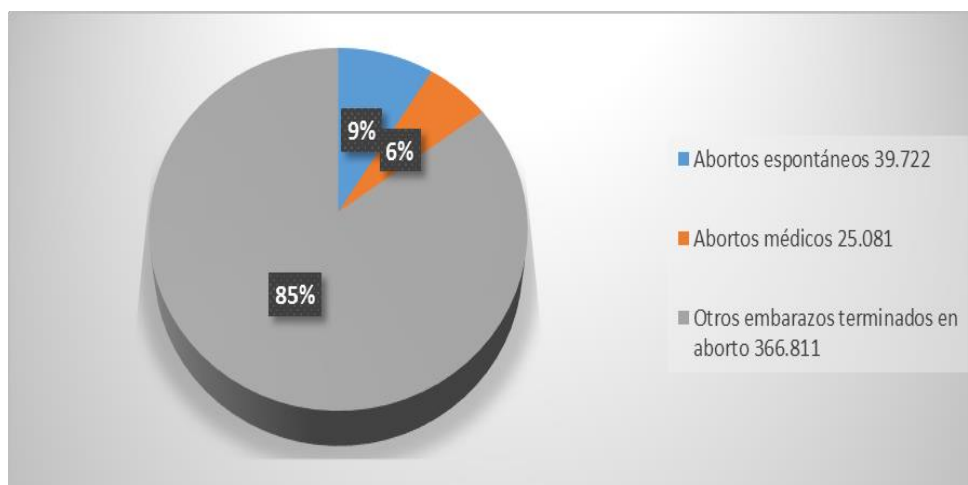


Figura 1. Distribución de abortos en Ecuador de 2004 a 2014 de acuerdo a CIE-10. Fuente: Abortion, an increasing public health concern in Ecuador, a 10-year population-based analysis. Elaboración: Escobar Centeno Alisson Pamela.

La categoría “Otros embarazos terminados en aborto” representa más de tres cuartas partes del número total de abortos ocurridos en un periodo de diez años (2004-2014), evidenciando que los abortos que no se ajustan a las categorías de espontáneos y médicos; es decir, los abortos que son provocados en forma ilícita superan casi seis veces a otros tipos de aborto. (Tabla 1 y Figura 1).

El promedio del número total de abortos registrados en Ecuador desde 2004 a 2014, es de 39.236 abortos al año; tomando en consideración que el número total de registros anuales de abortos a nivel nacional, varió de 33.132 en 2004, alcanzando la cifra más alta en 2011, año en el que se registraron 42.500 abortos, cantidad que descendió a 40.256 en 2013 y se redujo finalmente a 35.711 en 2014. Asimismo, la tasa promedio de abortos durante el período 2004-2014 fue de 115 abortos por cada 1000 mujeres embarazadas de 15-44 años de edad, variando de 7,86 en 2004 a 13,43 en 2010 (Ortiz, y otros, 2017).

Tabla 2. Número de muertes registradas relacionadas al aborto en Ecuador de 2004 a 2014.

| TIPO DE ABORTO                       | SECTOR PÚBLICO | SECTOR PRIVADO | EGRESOS HOSPITALARIOS | NÚMERO DE MUERTES |
|--------------------------------------|----------------|----------------|-----------------------|-------------------|
| Abortos espontáneos                  | 35.822         | 3.863          | 39.910                | 15                |
| Abortos médicos                      | 17.253         | 7.928          | 24.969                | 9                 |
| Otros embarazos terminados en aborto | 310.589        | 56.159         | 366.546               | 165               |
| Total                                | 363.664        | 67.950         | 431.425               | 189               |

Fuente: Abortion, an increasing public health concern in Ecuador, a 10-year population-based analysis. Elaboración: Escobar Centeno Alisson Pamela.

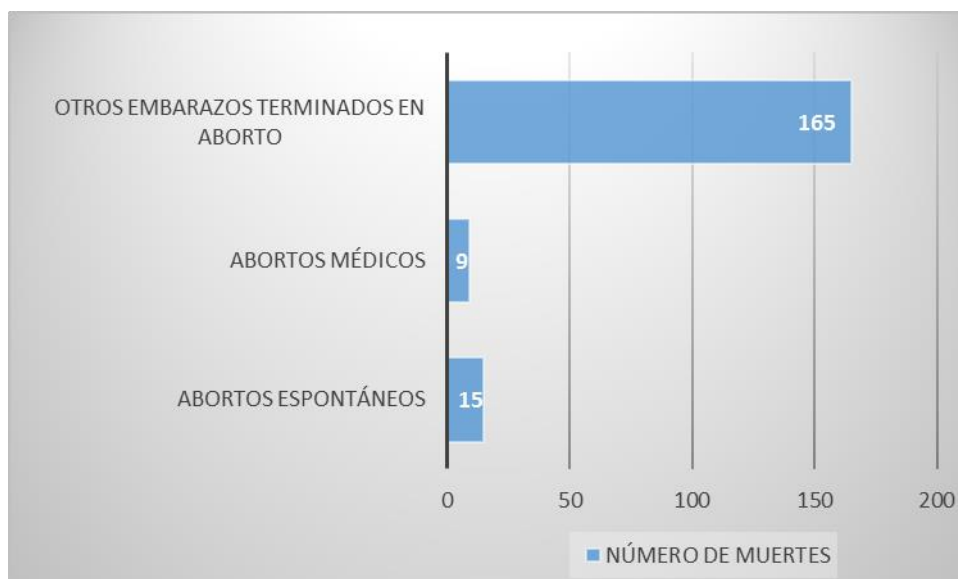


Figura 2. Número de muertes registradas relacionadas al aborto en Ecuador de 2004 a 2014.

Fuente: Abortion, an increasing public health concern in Ecuador, a 10-year population-based analysis.

Elaboración: Escobar Centeno Alisson Pamela.

De 2004 a 2014 se registraron 189 muertes relacionadas con el aborto (Tabla 2), lo que resulta en una tasa de mortalidad materna de 44 por cada 100.000 abortos registrados (Ortiz, y otros, 2017).

Existen limitaciones en la información disponible, pues no se puede diferenciar entre los abortos verdaderamente espontáneos y los provocados por la mujer gestante; ya que cuando las mujeres llegan a la sala de emergencias con sangrado vaginal (presumiblemente debido a la dilatación del cuello uterino autoinducida por el uso de misoprostol), en el registro hospitalario aparece como "aborto espontáneo" o "aborto médico"; por lo tanto, la causa real es difícil de demostrar. Sin embargo, con base en las estadísticas es posible determinar que muchas mujeres están interrumpiendo su embarazo deliberadamente, pese a que el aborto está penalizado en la legislación ecuatoriana.

Hay que tomar en cuenta que las cifras analizadas no comprenden los abortos realizados en instalaciones clandestinas o que se produjeron en casa después de la autoadministración de píldoras utilizadas con fines abortivos, sin causar complicaciones significativas que requieran atención médica. Al no figurar en las estadísticas, ya que éstas se realizan de acuerdo a la información proporcionada por establecimientos de salud del sector público y privado, es complicado determinar el número concreto de abortos provocados.

Es importante comprender las tasas de aborto en Ecuador, con el objetivo de evidenciar un problema que afecta a más de 39.000 mujeres al año y con la intención de promover no solo más investigación y análisis al respecto, sino también el interés del Estado por la creación de

políticas públicas direccionadas a la prevención del aborto y por consiguiente a la protección del derecho a la vida del nasciturus.



### **CAPÍTULO III**

#### **3. EL PARTO ANÓNIMO. LEGISLACIÓN FRANCESA**

### 3.1 Definición de parto anónimo

La palabra parto proviene del latín *partus-us*, que deriva de la forma no personal *partum* del verbo *parĕre* que significa hacer nacer; mientras que la palabra anónimo viene del griego *anonymous*, formada por el prefijo *a* que significa sin y el término *onoma* que significa nombre, es decir, sin nombre. Por lo tanto, parto anónimo etimológicamente es el acto de dar a luz sin proporcionar un nombre, pero su definición comprende mucho más.

El también llamado parto bajo X o en francés *accouchement sous X* es entendido como “la prerrogativa de la madre de reservarse el derecho de reconocer como hijo a la persona que ha dado a luz, evitando legalmente que su identidad aparezca consignada en la partida de nacimiento que le corresponde a la persona que ha procreado” (Palacios, 2015). En otras palabras, es el derecho que tiene la mujer que ha dado a luz, a solicitar que su identidad no figure en la partida de nacimiento del niño o niña y que ésta se mantenga en el anonimato. Al respecto Kemelmajer de Carlucci (2003) explica:

Fácticamente, la figura funciona de este modo: el certificado de nacimiento incluye una línea de puntos donde se coloca el nombre de la madre; pues bien, hasta hace algunos años, en el certificado del nacido, en esa línea de puntos, se colocaba la letra X (de allí el nombre con el que se la conoce), signo que automáticamente lo hacía a un niño habilitado para ser adoptado; hoy, con el mismo efecto, no se coloca la letra sino que se escribe el nombre y luego se lo tacha con tinta negra haciéndolo indescifrable.

El parto anónimo es una institución de derecho que, no solo otorga a la mujer la opción de dar a luz ocultando su identidad, sino que también implica la entrega del recién nacido a la institución pública respectiva para su posterior adopción.

El parto anónimo puede parecer un concepto extraño para los legisladores latinoamericanos, puesto que los ordenamientos jurídicos en la región obedecen al principio romano *Mater semper certa est* que significa la madre es siempre conocida; es decir que la atribución de la maternidad a efectos jurídicos se deriva de “la certidumbre del hecho natural, directo e indubitado (objetivamente comprobable) de la gestación y del parto” (González, 2013), haciendo que la indicación del nombre de la madre, que se vincula automáticamente al del hijo, así como el del padre, sea obligatoria. A diferencia de países como Francia, Italia, Austria, Luxemburgo, Alemania, República Checa y Túnez en los que el parto anónimo es reconocido legalmente.

El interés superior de los ordenamientos jurídicos que reconocen el parto anónimo y proveen para éste un sistema de acogida y ayuda, es proteger el derecho a la vida del nasciturus, evitando abortos; el derecho a la integridad física del recién nacido, evitando abandonos y el

derecho a la vida y salud de la mujer durante el embarazo y el parto. Debido a que Francia ha sido pionera en permitir el derecho de dar a luz de forma anónima, la legislación de este país será la base del estudio que se realiza en el presente capítulo.

### **3.2 Antecedentes y evolución del parto anónimo en Francia**

Prescindiendo del principio *Mater semper certa est*, la tradición de apoyo a la maternidad secreta existe en Francia desde el siglo XVII, a partir de que San Vicente de Paul creó en París la *Maison des Enfants Trouvés*, una casa hogar para niños encontrados, en la que en 1638 introdujo el uso del torno para abandonar a los recién nacidos con el fin de evitar abortos e infanticidios, sancionados por la ley y la iglesia católica. El torno es una armazón giratoria que hasta la actualidad se puede observar en conventos y monasterios bajo régimen de clausura y comedores; cuya utilidad es pasar objetos de una parte a otra, sin que se vean las personas que los dan o reciben, pero en aquel tiempo sirvió para depositar al recién nacido cuando su madre no podía o no quería ocuparse de él. Quien dejaba al bebé en el torno comúnmente ubicado en el muro de un hospicio, debía tocar una campana y a esta señal, del otro lado del muro, alguien hacía girar el torno y recogía al lactante (Kemelmajer de Carlucci, 2003).

Más de un siglo después, en 1793, la Convención Nacional electa con posterioridad a la Revolución Francesa, votó el siguiente texto:

La Nación hará frente a los gastos de parto de la madre y a todas sus necesidades durante el tiempo de su estancia, que durará hasta que se encuentre totalmente restablecida del parto. Se mantendrá la inviolabilidad del secreto en relación a todo lo que le concierna. (Odièvre contra Francia, 2004)

Pese al secreto y protección que ofrecía el Estado, el abandono en el torno continuó permitiéndose hasta que fue suprimido por una Ley de 27 de junio de 1904 que instauró el sistema de despacho abierto: “abierto día y noche para permitir a la mujer la posibilidad de depositar en secreto un niño sin dar a conocer su identidad, indicándole las consecuencias del abandono y ofreciéndole ayuda” (Odièvre contra Francia, 2004). No obstante, su noción más moderna proviene de un decreto de naturaleza administrativa, de septiembre de 1941 durante el régimen de Vichy, el cual trataba la protección del nacimiento y “organizaba el parto anónimo y la ayuda gratuita de la mujer embarazada durante los meses anteriores y el mes siguiente al parto en cualquier establecimiento hospitalario público que pudiera ofrecerle los cuidados que lleva consigo su estado” (Odièvre contra Francia, 2004). Tras ser derogado y retomado mediante Decretos de 19 de noviembre 1953 y de 7 de enero de 1959, finalmente en 1986 el parto anónimo pasó a ser regulado en el artículo 47 del Código de la Familia y de la Asistencia Social.

La Ley N° 93-22 de 8 de enero de 1993, modificadora del Código Civil, consagró el parto anónimo proporcionándole incidencia en la determinación de la filiación, lo que motivó la realización de varios informes oficiales relativos al modo de organizarlo. Estos informes, resultado del análisis llevado a cabo por el Consejo de Estado, la Comisión de Investigación Parlamentaria e importantes sociólogos y juristas especializados en derecho de familia; coincidían en mantener el parto anónimo, pero proponían la posibilidad de revertir el secreto, mediante la creación de una institución pública que, por un lado, conserve la confidencialidad de la filiación biológica; y que por otro, tenga un papel mediador que permitiera, con el acuerdo de las partes interesadas, la comunicación de informaciones y el inicio de la relación de las personas en cuestión.

En este sentido, la ley 2002-1993, de 22 de enero de 2002, relativa al acceso a los orígenes de las personas adoptadas y pupilos del Estado, sin cuestionar el principio del parto secreto, reglamentó el acceso a los orígenes y favoreció la reversibilidad del secreto de la identidad de madre de nacimiento e hijo, siempre que exista el acuerdo expreso de éstos. Con esta finalidad se creó un Consejo nacional para el acceso a los orígenes personales (CNAOP) que registra la voluntad de los padres, conserva las informaciones y lleva a cabo los trabajos de mediación; en efecto, las funciones principales de este organismo son, por un lado, coordinar el sistema de acogida de la mujer para todos los departamentos del Estado francés, en el cual interviene un equipo multidisciplinario conformado por personal sanitario, psicólogos y asistentes sociales y; por otro, ayudar a las personas nacidas en parto anónimo a acceder a sus orígenes.

Teniendo en cuenta esta evolución, en mayo de 2012 el Consejo Constitucional francés emitió un dictamen favorable respecto al parto anónimo. Su veredicto: el derecho de la mujer a optar por no identificarse al momento del parto es consistente con la Constitución.

Actualmente el parto anónimo se encuentra organizado en el artículo L222-6 del Código de la Acción Social y la Familia, que desde diciembre de 2000 sustituyó al Código de la Familia y de la Asistencia Social.

### **3.3 El parto anónimo en la legislación francesa**

Según la tradición jurídica en Francia, la maternidad no se establece directa ni automáticamente. El Código Civil en el artículo 311-25 indica: “La filiación respecto de la madre se establecerá mediante la designación de ésta en la partida de nacimiento del niño” (Diario Oficial de la República Francesa, 2013); es decir, “la atribución de la maternidad no puede efectuarse sin contar con la voluntad de la mujer” (Ordás, 2015). A saber, la madre será conocida si se indica su nombre en la inscripción de nacimiento, pero no existe obligación

de ello, así el artículo 57 del mismo código determina: “Cuando el padre y la madre del niño, o uno de ellos, no sean designados ante el funcionario del estado civil, no se hará ninguna mención en los registros” (Diario Oficial de la República Francesa, 2013).

Complementando lo anterior, el parto anónimo se incluye en el ordenamiento jurídico del Estado francés, en el artículo 326 del Código Civil: “En el momento del parto, la madre podrá solicitar que se mantengan en secreto tanto su ingreso como su identidad” (Diario Oficial de la República Francesa, 2013). Según el Estado francés el citado artículo tiene su justificación en un fin legítimo: remediar la angustia de las mujeres que se encuentran en la imposibilidad de asumir la maternidad del hijo que está por nacer, permitiéndoles dar a luz en las condiciones médicas adecuadas y de esta forma, evitar que lo hagan en la clandestinidad y prevenir el abandono del recién nacido.

Estas situaciones de angustia están muy lejos de ser aisladas en Francia (el número de partos en los que la identidad de la madre es desconocida es de alrededor de 600 al año). (...) Actualmente, dan a luz bajo la denominación X tres categorías principales de mujeres: mujeres jóvenes sin autonomía, mujeres jóvenes que siguen viviendo con sus padres y pertenecen a una familia musulmana, originaria del Magreb o del África subsahariana en la que el embarazo fuera del matrimonio representa un gran deshonor y mujeres aisladas y en dificultades económicas (las más jóvenes, a menudo menores de 25 años, son madres solteras; las mayores, que a menudo tienen más de 35 años, suelen ser mujeres separadas, divorciadas o abandonadas, a veces marcadas por la violencia conyugal, con varios niños a su cargo). En lo relativo a los motivos que conducen a las mujeres a solicitar el secreto, el Gobierno señala que los invocados pueden ocultar otros más graves, como la violación o el incesto, que no siempre son revelados por las interesadas. (Odièvre contra Francia, 2004)

Se estima que, en el Estado francés, unas 400.000 personas han nacido bajo la denominación X y aunque la cantidad de partos anónimos fue más elevada hasta la década del 70, previo a la aprobación de la ley del aborto y la generalización del uso de anticonceptivos, el número de nacimientos que se registran actualmente bajo este sistema todavía resulta significativo (Kemelmajer de Carlucci, 2003). Los motivos de una mujer que opta por el parto anónimo son variados, puesto que dependen de la historia personal de cada una, pero lo primordial es la existencia de una ley que le permita confiar el recién nacido al Estado en las mejores condiciones, que faciliten su posterior inclusión a una familia adoptiva donde pueda desarrollarse armoniosamente. De igual forma, la edad o clase social no son un factor determinante, “no existe un perfil tipo de mujeres que abandonan a sus bebés. Puede ser joven o tener cuarenta años, o ser de clase media o vivir en la precariedad, no hay reglas” (Dugène & del Toro, 2011).

A más de estar contemplado en el Código Civil, el parto anónimo se encuentra organizado en el artículo L222-6 del Código de la Acción Social y la Familia:

Toda mujer que solicite, con ocasión del parto, la preservación del secreto de su ingreso y de su identidad por un establecimiento sanitario, será informada de las consecuencias jurídicas de dicha solicitud y de la importancia para cualquier persona de conocer sus orígenes y su historia. Será por tanto invitada a facilitar, si lo acepta, informaciones sobre su salud y la del padre, los orígenes del niño y las circunstancias de su nacimiento, así como, en pliego cerrado, su identidad. Será informada de la posibilidad de levantar en todo momento el secreto de su identidad y que, en caso contrario, su identidad no podrá ser comunicada sino en las condiciones previstas en el artículo L. 147-6. Será también informada de que podrá en todo momento facilitar su identidad en un pliego cerrado o completar las informaciones proporcionadas en el momento del nacimiento. Los nombres puestos al niño y, llegado el caso, mención del hecho de que fueron puestos por la madre, así como el sexo del niño y la fecha, el lugar y hora del nacimiento vendrán anotados en el exterior de dicho pliego. Las personas citadas en el artículo L. 223-7 cumplirán, advertidas de ello, con estas formalidades bajo la responsabilidad del director del establecimiento sanitario. A falta de ello, serán llevadas a cabo bajo la responsabilidad de dicho director.

Los gastos de alojamiento y parto de las mujeres que hayan solicitado, al ingresar en un establecimiento público o privado concertado, que se preserve su identidad, correrán a cargo del servicio de asistencia social a la infancia del departamento sede del establecimiento.

A petición suya o con su consentimiento, las mujeres mencionadas en el primer párrafo tendrán asistencia psicológica y social por parte del servicio de asistencia social a la infancia.

Para la aplicación del primer párrafo, no se exigirá ningún documento de identidad ni se procederá a ninguna investigación. (Diario Oficial de la República Francesa, 2017)

El anonimato al momento del parto se regula con el objetivo de proteger importantes derechos constitucionales: la vida y salud del hijo y de la madre. La mujer embarazada tiene la opción de acudir a un establecimiento sanitario, en el que se le asegura no solo el secreto de su ingreso e identidad, sino también un entorno apropiado para dar a luz al niño, que en otras circunstancias habría abortado, abandonado indiscriminadamente o dado a luz en situación insalubre. En palabras del Gobierno francés:

El sistema tiene en cuenta la salud de la madre y también la del hijo y responde a un objetivo de salud pública que permite, protegiendo la vida privada de la madre, garantizar los derechos y libertades de los demás. Permite parir en condiciones sanitarias correctas y proporcionar al niño los cuidados necesarios. Por otro lado, la admisión del niño en calidad de pupilo del Estado, derivado de ello, permite a éste ser rápidamente adoptado. (Odièvre contra Francia, 2004)

De acuerdo al primer párrafo del artículo citado anteriormente, la mujer que se decide por el parto anónimo, puede proporcionar —si así lo desea— datos no identificables sobre la familia biológica del recién nacido; asimismo puede darle un nombre a éste, tal como también lo dispone el artículo 57 del Código Civil: “La mujer que solicite mantener en secreto su identidad en el momento del parto podrá dar a conocer los nombres que desee que se den al niño” (Diario Oficial de la República Francesa, 2013). De igual manera, la mujer puede dejar su identidad en un sobre cerrado que únicamente se podrá abrir con su autorización.

Las personas encargadas de facilitar el cumplimiento de estas formalidades son mencionadas en el artículo L. 223-7 del Código de la Acción Social y la Familia:

Para la aplicación del artículo L. 222-6, en cada departamento, el presidente del consejo general designará en el seno de sus servicios al menos dos personas encargadas de asegurar las relaciones con el Consejo nacional para el acceso a los orígenes personales, ordenar, en lo posible, la puesta en marcha de la asistencia psicológica y social para la mujer y recibir, en el momento del nacimiento, el pliego cerrado mencionado en el primer párrafo del artículo L. 224-5 y obtener las informaciones relativas a la salud del padre y de la madre naturales, a los orígenes del niño y a los motivos y circunstancias de su entrega al servicio de asistencia social a la infancia o al organismo autorizado y habilitado para la adopción. También asegurarán el establecimiento de una asistencia psicológica al niño. (Diario Oficial de la República Francesa, 2017)

Cabe resaltar que la información que la mujer facilite se mantendrá segura en el CNAOP, con el fin de que la persona que desea conocer sus orígenes, pueda acceder a estos datos mediante una solicitud escrita dirigida a dicho organismo o al presidente del consejo general. La solicitud la puede realizar la misma persona cuando es mayor de edad, sus representantes legales cuando es menor de edad, su tutor cuando es mayor de edad bajo tutela, o sus descendientes en línea recta, mayores de edad, cuando la persona ha fallecido. El Consejo se pondrá entonces en marcha para encontrar a la madre de nacimiento y solicitar su autorización para desvelar el secreto; si ella se opone, no se podrá conocer su identidad; y si acepta, se permitirá la reversibilidad del secreto.

No obstante, tal como lo menciona el artículo L147-7 del Código de la Acción Social y la Familia, “El acceso de una persona a sus orígenes carece de efecto en el estado civil y la filiación. No origina ni derecho ni obligación en beneficio o a cargo de quienquiera que sea.” (Diario Oficial de la República Francesa, 2017). Es decir, “este derecho se entiende como un acceso al conocimiento de la verdadera filiación por el mero hecho de conocer” (González, 2013, pág. 229), porque no altera la filiación actual de la persona ni genera nuevos derechos y deberes.

Para Francine Dugène y Odile del Toro (2011), asistentes sociales del CNAOP que se encargan de los casos de parto anónimo en la zona de Pau, al suroeste de Francia, la asistencia psicológica y social que la ley establece tanto para la mujer como para el recién nacido es importante, ya que se trata de una despedida entre madre e hijo que puede ocasionar vacíos emocionales. Asimismo, la legislación francesa contempla la posterior asistencia social que necesita el niño nacido bajo esta institución de derecho.

Los servicios sociales dirigidos a los menores y de apoyo a las familias tienen una gran tradición en Francia y son ampliamente supervisados por los poderes públicos con el fin de vigilar su buen desarrollo, aun cuando las modalidades de actuación han ido modificándose a lo largo del tiempo. En la actualidad, la atención se desarrolla a través de la ayuda social y la acción social, siendo la primera un derecho subjetivo para el ciudadano y una obligación para el Estado; mientras que la acción social se puede desarrollar por iniciativa de las distintas administraciones o por entidades privadas, con un carácter más discrecional, ya que comprende acciones facultativas y algunas otras que están parcialmente determinadas por algún tipo de reglamentación (Redero Bellido, 2000).

Entre los servicios específicos de protección social para menores se encuentra el Servicio de Ayuda Social a la Infancia (ASE), que se creó para afrontar los riesgos de tipo social que pueden afectar al desarrollo del menor; cuyos destinatarios son, entre otros, los pupilos del Estado, de acuerdo a lo establecido en el artículo L222-5 del Código de la Acción Social y de la Familia: “Serán tomados a cargo por el servicio de ayuda social a la infancia sobre la decisión del Presidente del Consejo General: (...) 2º Los pupilos del Estado remitidos al servicio en las condiciones previstas en los artículos L224-4, L224-5, L224-6 y L224-8. (Diario Oficial de la República Francesa, 2017).

El artículo en mención hace referencia a condiciones previstas en varios artículos del mismo Código, entre éstos, el artículo L224-4 que dispone que serán admitidos bajo tutela del Estado: “1º Los niños cuya filiación no está establecida o se desconoce, que fueron recogidos por el servicio de ayuda social a la infancia por más de dos meses” (Diario Oficial de la República Francesa, 2017). Los niños nacidos en parto anónimo, al no tener una filiación conocida o establecida pasan a conservar el estatus de pupilos del Estado, que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 347 del Código Civil los hace aptos de adopción.

### **3.4 Controversia: el caso Odièvre contra Francia**

Desde hace algunos años se ha planteado en Francia un interesante debate en torno a la legalidad del parto anónimo, ya que existen organizaciones civiles que consideran que el ocultamiento de la identidad de la madre, pugna con el derecho a la identidad genética de la



persona nacida bajo esta figura. La cuestión se centra en determinar si tal restricción al derecho de una persona puede encontrarse o no justificada.

Al respecto, el caso Odièvre contra Francia generó gran expectativa, ya que fue la Gran Sala —después de que la Sección Tercera del Tribunal, a la que la causa había sido inicialmente atribuida, diera paso para que ésta sea resuelta por mayor número de jueces— de uno de los tribunales más prestigiosos de la cultura jurídica occidental: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, que tuvo que decidir sobre la compatibilidad de la figura del parto anónimo con el contenido de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La demanda con número 42326/1998 interpuesta por la ciudadana francesa Pascale Odièvre contra la República de Francia fue presentada ante la Comisión Europea de Derechos Humanos el 12 de marzo de 1998, por denegación de información sobre sus orígenes en virtud del sistema francés de parto anónimo que protege el secreto sobre la identidad de la madre y por discriminación en virtud del nacimiento, violándose según la demandante los artículos 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que regulan respectivamente la vida privada y familiar, y la no discriminación en el ejercicio de los derechos convencionales.

Pascale Odièvre nació bajo la institución del parto anónimo el 23 de marzo de 1965 en París. Su madre de nacimiento firmó en los Servicios de Asistencia Pública un acta de abandono de niño, de acuerdo con las normas vigentes. Odièvre, confiada a los servicios de asistencia social a la infancia de la Dirección de la acción sanitaria y social, pasó a tener el estatus de pupila del Estado, para posteriormente ser adoptada el 10 de enero de 1969, a la edad de 4 años por un matrimonio francés que le dio su nombre y es su familia tanto jurídica como socialmente.

La demandante, con el fin de conocer su origen biológico, solicitó el levantamiento del secreto sobre el origen de su nacimiento, a fin de que la autorizaran a acceder a todos los documentos, incluyendo el acta de nacimiento completa. La autoridad administrativa, con el respeto a la preservación de los intereses de terceros, le proporcionó datos sobre su nacimiento e información no identificable de su familia biológica, tales como la existencia de dos hermanos biológicos y la nacionalidad y rasgos físicos de madre y padre.

Los intereses en juego en este caso son, por un lado, el derecho al conocimiento de los orígenes y el interés vital del niño para su desarrollo; y por el otro, el interés de la mujer de conservar el anonimato para salvaguardar su salud dando a luz en condiciones médicas apropiadas (Abanese, 2006). Aunque también está inmerso el interés de terceros y su

protección, esencialmente el de los padres adoptivos, del padre y del resto de la familia biológica.

Tras la presentación por escrito de las alegaciones de las partes en cuanto al fondo del asunto y la posterior deliberación de los diecisiete jueces, el Tribunal por diez votos contra siete, declaró en sentencia de fecha 13 de febrero de 2004, que resultaban lícitos los fines del Estado francés de proteger, a través del parto anónimo, la vida y salud de la madre y del niño en el parto y de evitar abortos clandestinos y abandonos indiscriminados, haciendo prevalecer estos valores sobre el derecho de la demandante a conocer su origen biológico.

Las opiniones del voto concordante de los jueces Rozakis, Ress, Küris y Grève, entre otros, que se adjuntaron a la sentencia; coinciden en que el conflicto no podía reducirse a la relación entre la madre de nacimiento que mantiene su identidad anónima y la demandante que pretende conocer su origen biológico, sino que el conflicto radicaba en “el interés del Estado en prever una solución para las madres desamparadas y en proteger al mismo tiempo la vida del niño por nacer versus el interés de ese niño que, tras su nacimiento, pretende acceder a sus orígenes biológicos” (González, 2013, pág. 342). En consecuencia, sostienen que no existe violación del artículo 8 de la Convención, ya que el derecho a la vida debe prevalecer sobre cualquier otro, pues “el individuo que trata de levantar el secreto a cualquier precio, incluso contra la voluntad expresa de su madre natural, debe preguntarse si su nacimiento habría tenido lugar sin el sistema del parto anónimo” (Odièvre contra Francia, 2004).

De igual forma, los jueces de voto concordante estiman que tampoco existe violación al artículo 14 de la Convención, pues ninguna discriminación lesiona a la demandante en función de su filiación:

Ella tiene un lazo de filiación respecto de sus padres adoptivos con un vínculo patrimonial y sucesorio y, además, ella no podría pretender, respecto de su madre biológica, encontrarse en una situación comparable a la de los niños que tienen una filiación reconocida por ella. (Odièvre contra Francia, 2004)

Por su parte, la opinión disidente común, afirma que se ha valorado de forma absoluta el derecho de la madre a su intimidad y no ha existido una correcta ponderación de los intereses en juego, vulnerándose efectivamente el artículo 8 del Convenio. Asimismo, sostiene que no se ha tomado en cuenta el interés del padre biológico y de los hermanos que pueden estar siendo privados de sus derechos. Concluye que “la madre siempre tiene el poder de impedir el acceso a su identidad, lo que vulnera el interés del hijo a conocer su ascendencia, que ha de prevalecer” (González, 2013, pág. 343).

En definitiva, la verdad biológica —que significa que el hijo pueda conocer su origen biológico— se enfrenta directamente con el derecho a la vida y a la integridad física del nasciturus y del recién nacido. González (2013) lo plantea de la siguiente forma: “El derecho a la vida ha de primar contra cualquier otro interés, incluso sobre el interés futuro del hijo de conocer sus orígenes, que sería implanteable si el hijo no hubiera nacido” (p. 343), puesto que el primer derecho del ser humano es el derecho a la vida y sin éste ningún otro derecho existiría, incluido el derecho a conocer su identidad.

## **CAPÍTULO IV**

### **4. INVESTIGACIÓN DE CAMPO**

#### **4.1 Diseño metodológico**

En el presente trabajo de investigación se ha utilizado el método deductivo porque, partiendo del estudio documental de teorías generales como el derecho constitucional a la vida y el delito de aborto, se analiza de forma particular la institución jurídica del parto anónimo como mecanismo de protección del derecho a la vida del nasciturus.

Conjuntamente, se ha hecho uso del método exegético, ya que se realiza un estudio tanto de las normas jurídicas nacionales como de las normas jurídicas francesas, en lo referente al delito de aborto y al parto anónimo respectivamente.

En este sentido, se utilizaron las siguientes herramientas:

- Recopilación de información

Se ha consultado información proveniente de libros de medicina, bioética y derecho, revistas jurídicas, tesis de grado, blogs jurídicos, entre otros materiales bibliográficos; además se realizó la observación e interpretación de datos estadísticos que permitieron conocer y analizar la realidad de Ecuador en lo referente al delito de aborto.

- Entrevistas

Mediante la creación y aplicación organizada de una entrevista estructurada (Anexo 1), misma que consiste en cuatro preguntas específicas formuladas en orden; se registró las respuestas de la muestra seleccionada, con el fin de determinar su conocimiento y opinión sobre el tema de investigación.

La población analizada se encuentra en la ciudad de Loja y son médicos especializados en ginecología y obstetricia y en medicina legal, funcionarios del Consejo de la Judicatura de Loja, Fiscalía Provincial de Loja y Defensoría Pública de Loja, abogados en libre ejercicio profesional y mujeres y hombres en edad reproductiva.

La muestra seleccionada son diez personas: un médico ginecólogo-obstetra, un médico legista, un juez especializado en materia penal, un fiscal, un defensor público especializado en materia penal, un abogado en libre ejercicio profesional especializado en materia penal, dos mujeres y dos hombres en edad reproductiva.

#### **4.2 Entrevistas**

##### **4.2.1 Entrevista realizada a la Dra. Katy Briceño, Ginecóloga Obstetra en el Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) Manuel Ygnacio Monteros de Loja.**

1. ¿Conoce usted sobre el parto anónimo?

Sí (X)

No ( )

2. ¿Considera usted que el parto anónimo puede ser un mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto?

Sí (X)

No ( )

¿Por qué?

Porque le daría una alternativa u opción a la mujer que, por una u otra razón, no puede hacerse cargo de su bebé.

3. ¿Considera usted que el parto anónimo debería ser regulado en la legislación ecuatoriana?

Sí (X)

No ( )

¿Por qué?

Sí debería regularse, pero es difícil por las creencias que se tiene en Ecuador; sobre todo respecto al aborto, que es un tema en el que es difícil llegar a acuerdos comunes, por lo que sobre el parto anónimo sería mucho más complicado.

4. ¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la aplicación del parto anónimo en Ecuador?

Uno de los efectos principales sería la reducción en la tasa de abortos provocados. También existiría una condición más favorable para los niños que son abandonados y esto beneficiaría a las parejas que no pueden tener bebés y pasan años tratando de adoptar o gastan demasiado dinero en tratamientos de fertilización.

#### **4.2.2 Entrevista realizada al Dr. René Cueva, Médico Legista de la Fiscalía de Loja.**

1. ¿Conoce usted sobre el parto anónimo?

Sí (X)

No ( )

2. ¿Considera usted que el parto anónimo puede ser un mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto?

Sí (X)

No ( )

¿Por qué?

Es una buena alternativa, siempre y cuando en el futuro la persona nacida bajo parto anónimo no tenga ningún inconveniente en lo relacionado a su derecho humano a saber su identidad biológica, por lo que considero que primero debe realizarse un análisis social profundo.

3. ¿Considera usted que el parto anónimo debería ser regulado en la legislación ecuatoriana?

Sí (X)

No ( )

¿Por qué?

Debería ser regulado, una vez que se realice un estudio social previo para verificar que no se afecten otros derechos. Vivimos en un mundo en constante evolución y queramos o no estas situaciones se van a dar a futuro y hay que afrontarlas con responsabilidad; sea por medio del Ministerio de Salud Pública o de la Asamblea Nacional, mediante la creación de leyes en las cuales los derechos de la madre y del nasciturus sean protegidos en todo sentido.

4. ¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la aplicación del parto anónimo en Ecuador?

El efecto positivo radica en garantizar el derecho a la vida desde la concepción establecido en la Constitución; es decir se estaría protegiendo al ser desde que está en el vientre de la madre, para que cuando nazca tenga derecho a una familia, salud y educación, y por lo tanto se evitaría que se cometan abortos.

Si se regula correctamente el parto anónimo, en cuanto a crear leyes que se adecuen a los derechos humanos, no habría ningún efecto negativo.

#### **4.2.3 Entrevista realizada al Dr. Luis Felipe Valdivieso, Juez de Tribunal de Garantías Penales de Loja.**

1. ¿Conoce usted sobre el parto anónimo?

Sí (X)

No ( )

2. ¿Considera usted que el parto anónimo puede ser un mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto?

Sí (X)

No ( )

¿Por qué?

Puede ser un mecanismo de protección dependiendo de donde se lo mire. El derecho que tendría la madre a un parto anónimo a efecto de no abortar y, por otro lado, está el derecho del niño a conocer quiénes son sus progenitores; es decir, pueden en algún momento chocar estos dos derechos: el derecho a la madre al parto anónimo evitando un aborto, como una conducta penal de acuerdo a nuestra legislación, y el derecho del nacido a conocer su verdadero origen.

3. ¿Considera usted que el parto anónimo debería ser regulado en la legislación ecuatoriana?

Sí (X)

No ( )

¿Por qué?

Como mecanismo de protección debería estar regulado y esto depende del grado cultural del pueblo a efectos de poder asimilarlo como tal, porque podría disparar situaciones de facilismo; se podría ver como una salida fácil el ir a un hospital, dar a luz y no dejar el nombre. Hay que verlo desde la perspectiva de todos los derechos para garantizar también a la sociedad que este mecanismo legal no vaya a ser mal utilizado.

4. ¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la aplicación del parto anónimo en Ecuador? Los efectos dependen mucho del desarrollo y de la cultura de la sociedad, porque puede ser que sea contraproducente, convirtiéndose en una vía para librarse de responsabilidades. Los efectos también podrían ser positivos siempre y cuando se lo regule mediante estándares y parámetros, como por ejemplo quién podría realizárselo.

#### **4.2.4 Entrevista realizada al Dr. Alonso Carrión, Fiscal del cantón Loja.**

1. ¿Conoce usted sobre el parto anónimo?  
Sí ( )  
No (X)
2. ¿Considera usted que el parto anónimo puede ser un mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto?  
Sí (X)  
No ( )  
¿Por qué?  
Si es que es para evitar que las mujeres comentan abortos, entendería que sería una opción para la mujer embarazada que, en ciertas circunstancias, pudiera dar a luz ocultando su nombre con objeto de que este niño pueda nacer y algún día, según el sistema administrativo que determina el Código de la Niñez y Adolescencia, pueda ser dado en adopción para encontrar una familia. En ese caso creo que sí podría darse para precautelar la vida del niño, antes de que la mujer tome una decisión fatal que podría ser un aborto, limitando el derecho a la vida del que está por nacer.
3. ¿Considera usted que el parto anónimo debería ser regulado en la legislación ecuatoriana?  
Sí (X)  
No ( )  
¿Por qué?  
Toda creación o limitación de derechos debe estar reglamentada. Si la mujer conjuntamente con su pareja, porque no se debe dejar de lado al otro progenitor, decide dar a luz ocultando su identidad, pese a que el Código de la Niñez y Adolescencia



establece el derecho de los niños y niñas a saber quién fue su progenitor; se tendría que realizar un balance para poder determinar las regulaciones del parto anónimo.

La decisión de la mujer embarazada de dar por terminado un embarazo produciéndose un aborto sería mucho peor que la decisión de que el niño nazca y se pueda desarrollar en una familia adoptiva. En esa ponderación de derechos está el debate, en cuál es derecho más importante, si el derecho a conocer quién es el progenitor o el derecho a la vida que el nasciturus tiene desde el momento de la concepción, pues nuestra Constitución así lo dice.

4. ¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la aplicación del parto anónimo en Ecuador? Al entenderse que la madre o la pareja podrían tener la opción de no dar por terminado el embarazo y esperar a que nazca la criatura para que el Estado asuma esa responsabilidad, siempre y cuando exista una decisión manifiesta de que la mujer no quiere a ese niño; el parto anónimo sería efectivamente una solución para garantizar el derecho a la vida del nasciturus, por lo que un efecto podría ser la reducción de abortos que se están dando.

#### **4.2.5 Entrevista realizada a la Ab. Karla Burneo, Defensora Pública especializada en materia penal.**

1. ¿Conoce usted sobre el parto anónimo?  
Sí (X)  
No ( )
2. ¿Considera usted que el parto anónimo puede ser un mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto?

Sí (X)

No ( )

¿Por qué?

El hecho del parto anónimo implica el ocultar la identidad con la finalidad de que el nasciturus pueda nacer y en lo posterior tener un hogar adoptivo; sin embargo, en los casos que he tenido en mi trabajo, la mayoría de las mujeres que se realizan un aborto, lo hacen por situaciones complejas que las llevan precisamente a no querer estar en un estado de gestación por diferentes circunstancias; es decir, más allá del hecho de ser madres, lo que les asusta es que se enteren, ya que es un embarazo no deseado.

Dicho eso, considero que sí podría eventualmente constituir un mecanismo de protección del derecho a la vida del nasciturus, ofreciendo una salida para aquellas personas que pretendan hacerse un aborto, obviamente dependiendo de su condición.

3. ¿Considera usted que el parto anónimo debería ser regulado en la legislación ecuatoriana?

Sí (X)

No ( )

¿Por qué?

Considerando que el Estado protege la vida desde el momento mismo de la concepción, la reserva de la identidad de la mujer embarazada podría constituir una garantía de que lleve su embarazo adelante con la finalidad de proteger una vida, para que este niño en lo posterior puede tener un hogar, efectivamente podría considerarse como un mecanismo de protección a la vida del nasciturus, pero deberían existir algunas salvedades.

4. ¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la aplicación del parto anónimo en Ecuador? Los efectos que tendría sería el brindar una opción a las mujeres embarazadas que no quieren atentar contra la vida del ser que llevan dentro, pero necesitan una solución a su situación personal; en este caso se protegería su identidad durante el parto y en lo posterior. Otro efecto sería la reducción del número de abortos, ya que las mujeres tendrían una opción a la cual acceder, y eso garantizaría sin duda alguna lo previsto en la norma constitucional, como es el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción.

#### **4.2.6 Entrevista realizada al Dr. Javier Manzanillas, Abogado en libre ejercicio profesional especializado en materia penal.**

1. ¿Conoce usted sobre el parto anónimo?

Sí ( )

No (X)

2. ¿Considera usted que el parto anónimo puede ser un mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto?

Sí (X)

No ( )

¿Por qué?

Porque se estaría brindando una opción a las mujeres embarazadas que por distintos motivos no pueden o no quieren ser madres, y al mismo tiempo y lo más importante es que se estaría protegiendo el derecho a la vida, el cual es deber del Estado garantizar y proteger.

3. ¿Considera usted que el parto anónimo debería ser regulado en la legislación ecuatoriana?

Sí (X)

No ( )

¿Por qué?

Efectivamente éste sería un mecanismo que debería incorporarse a la legislación de nuestro país, ya que además de ser novedoso, su principal objetivo es el proteger el derecho a la vida del concebido no nacido, lo que va de acuerdo a la Constitución que protege la vida desde la concepción.

4. ¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la aplicación del parto anónimo en Ecuador? Los efectos en su mayoría serían positivos, puede que existan efectos negativos, pero serían manejables. Uno de los efectos positivos sería la reducción en el índice de cometimiento del delito de aborto y otro podría ser la posibilidad de que el niño nacido bajo parto anónimo pueda más tarde ser adoptado por una familia en la que se desarrolle como persona.

#### **4.2.7 Entrevista realizada a mujer en edad reproductiva 1.**

1. ¿Conoce usted sobre el parto anónimo?  
Sí (X)  
No ( )

2. ¿Considera usted que el parto anónimo puede ser un mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto?  
Sí (X)  
No ( )  
¿Por qué?

Debido a que el parto anónimo permitirá la protección física del nasciturus, puesto que la madre con identidad anónima será atendida en un centro de salud para evitar complicaciones y para así proteger tanto a la madre como al nasciturus. Con este mecanismo se evitará los abandonos y se podrá salvar más vidas.

3. ¿Considera usted que el parto anónimo debería ser regulado en la legislación ecuatoriana?  
Sí (X)  
No ( )  
¿Por qué?

Creo que debería aplicarse en nuestro país ya que el índice de mortalidad de mujeres que se realizan abortos es alarmante y escalofriante. Es hora de que se implemente en la normativa un mecanismo para evitar estos abortos que incluyen negligencia médica, acabando con muchas vidas de jóvenes que quizás no encontraron otra salida.

Además, el delito de violación es algo que cada vez conmociona más a nuestro país. Algunas de las víctimas de violación quedan embarazadas sin tener culpa alguna de lo sucedido y el bebé tampoco. Es ahí, donde creo que este mecanismo podrá ayudar a que

ellas, al no encontrarse en capacidad para tener al bebé para criarlo y darle todo lo que necesita en lo emocional, podrían entregárselo a padres que le den todo su afecto y cariño. En general, existen mujeres que no poseen en lo económico ni en lo emocional lo necesario para entregárselo al bebé y optan por el abandono o aborto. Así que creo que el parto anónimo ayudará a estas mujeres a encontrar otra alternativa sin miedo a que su nombre salga en un acta de nacimiento, pero con el conocimiento de que ese bebé estará bien.

4. ¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la aplicación del parto anónimo en Ecuador? Primeramente, creo con el parto anónimo existirá un conflicto de normas tanto con la Constitución como con el Código de la Niñez y Adolescencia, en lo que tiene relación al derecho a la identidad. Los niños tienen el derecho a conocer a sus padres biológicos y saber su origen, así que la aplicación sería algo complicado. Otro efecto es que en nuestra normativa se toma muy en cuenta a los padres y en el parto anónimo no se lo menciona mucho, por lo que existirían muchas discrepancias en cuanto a la norma y a su aplicación.

#### **4.2.8 Entrevista realizada a mujer en edad reproductiva 2.**

1. ¿Conoce usted sobre el parto anónimo?  
Sí ()  
No ()
2. ¿Considera usted que el parto anónimo puede ser un mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto?  
Sí ()  
No ()  
¿Por qué?  
Porque muchas mujeres consideran el aborto cuando no tienen los medios para poder criar a su hijo o cuando simplemente no quieren hacerse cargo. El parto anónimo podría ser una buena opción para dichas mujeres y así evitar que recurran al aborto.
3. ¿Considera usted que el parto anónimo debería ser regulado en la legislación ecuatoriana?  
Sí ()  
No ()  
¿Por qué?  
A pesar de que en la actualidad en Ecuador el aborto no es legal, no significa que no se practique. Además, frente a la gran cantidad de clínicas clandestinas que realizan dicho procedimiento médico, existe una tasa de mortalidad muy alta. Consecuentemente, si las

mujeres tuvieran la opción de dar a luz de forma anónima se podría disminuir la afluencia a clínicas clandestinas para abortar.

4. ¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la aplicación del parto anónimo en Ecuador?  
En mi opinión, probablemente habría un gran debate por el hecho de que muchas personas podrían tomarlo como si se autorizara a una madre a abandonar a su propio hijo. Sin embargo, el fomentar que se evite el aborto al tener la opción de entregar al recién nacido a la protección estatal, definitivamente puede influenciar positivamente a mujeres que estén considerando abortar para que no lo hagan. Por otro lado, también hay un factor emocional a considerar, puesto que una vez que la madre haya dado a luz existe la posibilidad de que se arrepienta de su anonimato y decida hacerse cargo de su hijo o hija.

#### **4.2.9 Entrevista realizada a hombre en edad reproductiva 1.**

1. ¿Conoce usted sobre el parto anónimo?  
Sí ( )  
No (X)
2. ¿Considera usted que el parto anónimo puede ser un mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto?  
Sí (X)  
No ( )  
¿Por qué?  
Porque al empezar a considerar el parto anónimo estaríamos hablando de que el nasciturus va a tener la protección por medio de las instituciones de salud públicas o privadas, y no estaríamos hablando de un acto clandestino.
3. ¿Considera usted que el parto anónimo debería ser regulado en la legislación ecuatoriana?  
Sí (X)  
No ( )  
¿Por qué?  
Porque se lograría disminuir la cantidad de abortos existentes en nuestro país.
4. ¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la aplicación del parto anónimo en Ecuador?  
Creo que la aplicación del parto anónimo tendría no solo efectos positivos, sino también negativos; ya que a mi parecer para la aplicación del parto anónimo no solo tendría que verse el lado pro vida, sino también está el hecho de la responsabilidad de las personas para saber llevar esto y la protección del niño luego del parto; aunque con regulación y algunas restricciones para llevar a cabo el parto anónimo, quizá evitaríamos muchos abortos.

Los abortos por lo general son realizados por personas de escasos recursos y lo hacen de manera clandestina poniendo su vida en peligro; éste es un punto muy importante ya que también debería hablarse de qué personas podrían acceder al parto anónimo, por eso creo que primero el Estado debería concientizar a la sociedad antes de poder aplicar el parto anónimo en Ecuador.

#### **4.2.10 Entrevista realizada a hombre en edad reproductiva 2.**

1. ¿Conoce usted sobre el parto anónimo?  
Sí ()  
No ()
2. ¿Considera usted que el parto anónimo puede ser un mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto?  
Sí ()  
No ()  
¿Por qué?  
Parcialmente diría que sí, en razón de que las madres, en lugar de buscar mecanismos o medios ilegales para practicarse un aborto clandestino, tendrían una segunda opción, al recurrir al sistema de salud de nuestro Estado, pero en este caso para efectivizar el nacimiento del nasciturus. El Estado para ello, a mi consideración, tendría que garantizar una atención eficiente y eficaz que promueva la protección tanto del nasciturus como de la madre, brindando a su vez, una atención psicológica para las partes, realizando un seguimiento perpetuo.  
Sin embargo, mujeres que no están preparadas para un embarazo ni mucho menos para un parto, decidirán realizarse un aborto, ya sea por razones físicas, psicológicas o sociales.
3. ¿Considera usted que el parto anónimo debería ser regulado en la legislación ecuatoriana?  
Sí ()  
No ()  
¿Por qué?  
Porque en definitiva ayudaría al pragmatismo de nuestra Constitución en el que versa que se garantizará la vida desde la concepción. Por otro lado, también es necesario mencionar que ante la aplicación de esta nueva política social no se vulnere el interés superior del niño a conocer su identidad según los tratados internacionales.
4. ¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la aplicación del parto anónimo en Ecuador?

Considero que se mitigarían los abortos clandestinos, se forjaría un aumento en la natalidad, posiblemente existiría un cierto descontento popular y existirían reclamaciones de los menores a conocer la identidad de su madre o padre.

### 4.3 Análisis de entrevistas

#### 4.3.1 Análisis de la pregunta 1: ¿Conoce usted sobre el parto anónimo?

Tabla 3. Resultados pregunta 1.

| RESPUESTAS | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|------------|----------|------------|
| Sí         | 5        | 50%        |
| No         | 5        | 50%        |
| Total      | 10       | 100%       |

Fuente: Entrevistas realizadas.

Elaboración: Escobar Centeno Alisson Pamela.



Figura 3. Resultados pregunta 1.

Fuente: Entrevistas realizadas.

Elaboración: Escobar Centeno Alisson Pamela.

El parto anónimo representa un tema nuevo para la mitad de los entrevistados, ya que cinco de las diez personas entrevistadas respondieron que sí tenían conocimiento previo acerca del tema (Tabla 3 y Figura 3).

Al inicio del presente trabajo, se concebía el parto anónimo como un concepto completamente ignorado en Ecuador; sin embargo, en base a la información obtenida de las entrevistas, se puede señalar que el parto anónimo, pese a no estar contemplado en la legislación ecuatoriana, es un tema conocido, sobre todo por algunos profesionales de la salud y del derecho.

#### 4.3.2 Análisis de la pregunta 2: ¿Considera usted que el parto anónimo puede ser un mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto?

Tabla 4. Resultados pregunta 2.

| RESPUESTAS | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|------------|----------|------------|
| Sí         | 10       | 100%       |
| No         | 0        | 0%         |
| Total      | 10       | 100%       |

Fuente: Entrevistas realizadas.

Elaboración: Escobar Centeno Alisson Pamela.



Figura 4. Resultados pregunta 2.

Fuente: Entrevistas realizadas.

Elaboración: Escobar Centeno Alisson Pamela.

Todas las personas entrevistadas consideraron que el parto anónimo puede ser un mecanismo de protección del derecho a la vida del concebido no nacido (Tabla 4 y Figura 4), mismo que es garantizado por la Constitución vigente, frente a los casos de delito de aborto.

El fundamento principal que los entrevistados mencionan para dar soporte a su afirmación es que el parto anónimo, al contemplar, además del anonimato de la mujer, un entorno apropiado para el parto en un establecimiento de salud; representa una opción o alternativa para las mujeres embarazadas que por razones físicas, psicológicas, económicas o sociales, no pueden o no desean ser madres, evitando de esta manera que cometan un delito al provocarse o permitir que se les practique un aborto; y, por lo tanto, protegiendo el derecho a la vida del nasciturus, para que en lo posterior el niño pueda ser adoptado y crezca en una familia que le brinde el amor y la protección necesarios para su desarrollo.



Sin embargo, dos de los entrevistados estiman que, si bien el parto anónimo puede evitar el cometimiento del delito de aborto, algunas mujeres todavía podrían optar por realizarse un aborto, pues lo que desean en efecto es no estar embarazadas; es decir, lo que pretenden, más allá de evitar la maternidad, es ocultar su estado de gestación.

#### 4.3.3 Análisis de la pregunta 3: ¿Considera usted que el parto anónimo debería ser regulado en la legislación ecuatoriana?

Tabla 5. Resultados pregunta 3.

| RESPUESTAS | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|------------|----------|------------|
| Sí         | 10       | 100%       |
| No         | 0        | 0%         |
| Total      | 10       | 100%       |

Fuente: Entrevistas realizadas.

Elaboración: Escobar Centeno Alisson Pamela.

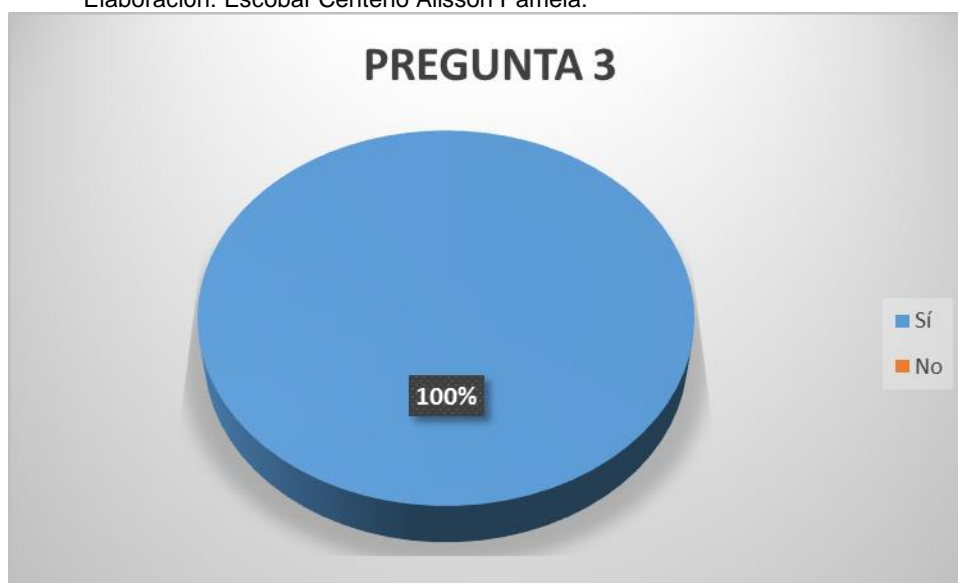


Figura 5. Resultados pregunta 3.

Fuente: Entrevistas realizadas.

Elaboración: Escobar Centeno Alisson Pamela.

El total de la muestra seleccionada consideró que el parto anónimo debería ser regulado en la legislación ecuatoriana (Tabla 5 y Figura 5), ya que la penalización del aborto no impide que se continúe cometiendo.

Cinco de las diez personas entrevistadas piensan que previo a la regulación del parto anónimo, se debe realizar un estudio profundo de carácter social y jurídico, ya que la implementación del parto anónimo en Ecuador podría ser un tema que genere debate y polémica, debido al conflicto de derechos que existiría entre el derecho a la vida del nasciturus y el derecho de la persona a conocer su origen biológico.

En países en los que el parto anónimo es permitido, este conflicto ha sido resuelto mediante la ponderación de derechos. En el caso francés, se llevó a conocimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual determinó que el derecho a la vida es el más importante de todos los derechos, pues sin éste otros derechos no tendrían cabida. Asimismo, en Francia, mediante la creación del Consejo nacional para el acceso a los orígenes personales, la mujer que optó por el parto anónimo puede facilitar datos sobre su identidad, para que la persona nacida bajo esta institución jurídica pueda acceder a esta información si así lo desea.

#### **4.3.4 Análisis de la pregunta 4: ¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la aplicación del parto anónimo en Ecuador?**

Los entrevistados manifestaron varios efectos que podría tener la aplicación del parto anónimo en Ecuador. Entre los efectos positivos destacan la protección del derecho a la vida y la disminución en el cometimiento del delito de aborto.

Dos de las personas entrevistadas, además de señalar efectos positivos, mencionaron que el parto anónimo podría también tener efectos negativos tales como la irresponsabilidad de los progenitores, ocasionado una situación de facilismo que generaría descontento popular.

La reducción de la cantidad de abortos punibles representaría un descenso en el número de muertes registradas relacionadas al aborto, pues éste es un procedimiento que presenta riesgos para la mujer gestante que decide interrumpir el embarazo, más aún cuando acude a establecimientos clandestinos poniendo en peligro su vida.

En general, los entrevistados coinciden en que el parto anónimo generaría efectos positivos de ser aplicado en Ecuador, siempre que se regule de manera adecuada; es decir, mediante normativa que señale requisitos, procedimiento y demás eventualidades que podrían darse en relación al acceso a la información sobre el origen biológico.

## CONCLUSIONES

- El derecho a la vida es la razón de ser y base fundamental para el goce y el ejercicio de los demás derechos, pues comprende la protección del bien jurídico más importante: la vida. La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 45 contempla el cuidado y protección de la vida desde la concepción, garantizando así el derecho a la vida del nasciturus; al igual que lo hacen instrumentos internacionales de derechos humanos que forman parte del Bloque de Constitucionalidad del ordenamiento jurídico interno.
- El aborto provocado representa un problema de salud pública en Ecuador, pues a pesar de que la vida se protege y garantiza desde la concepción, el aborto ilícito es una práctica común, peligrosa e insegura, que causa complicaciones en la salud física y mental de la mujer y contribuye al alto índice de abortos clandestinos y mortalidad materna que se refleja en las estadísticas nacionales.
- El parto anónimo es una institución de derecho francés, cuyo objetivo es proteger importantes derechos constitucionales: la vida y salud del hijo y de la madre. Este mecanismo permite que la mujer embarazada pueda dar a luz en condiciones médicas adecuadas, solicitando que su identidad no figure en la partida de nacimiento del niño o niña y que ésta se mantenga en secreto, consintiendo la entrega del recién nacido a la institución pública respectiva para su posterior adopción.
- El parto anónimo es un mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto, ya que éste representa una alternativa para las mujeres embarazadas en la imposibilidad de asumir la maternidad del concebido no nacido, proporcionándoles además del secreto de su identidad, un entorno adecuado para el parto; evitando de esta manera que incurran en el delito de aborto y, en consecuencia, protegiendo el derecho a la vida del nasciturus.

## RECOMENDACIONES

- Es importante que, en Ecuador, como un Estado constitucional de derechos y justicia social, el derecho a la vida del nasciturus y demás derechos fundamentales se vinculen normativamente a toda la administración pública y a sus administrados.
- Es fundamental comprender y socializar las tasas de aborto en Ecuador con el fin de promover más investigación y análisis al respecto, además de presionar al Estado para que centre su interés y recursos en la creación de políticas públicas direccionadas a la prevención del aborto y por consiguiente a la protección del derecho a la vida del nasciturus.
- Para que el parto anónimo sea regulado en la legislación ecuatoriana, previamente debe realizarse un estudio profundo de carácter social y jurídico, ya que la implementación del parto anónimo en Ecuador podría generar conflicto con el principio *Mater semper certa est* y el derecho de la persona a conocer su origen biológico.
- La regulación del parto anónimo en Ecuador debería realizarse mediante normativa que señale requisitos, procedimiento y demás eventualidades que podrían darse en relación al acceso a la información sobre el origen biológico.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abanese, S. (2006). La complejidad cultural y la universalidad de los derechos. La protección internacional de algunas libertades. *Semanario Jurisprudencia Argentina*.
- Artuz, M., & Restrepo, H. (2002). El aborto inducido. Una visión histórica de su manejo. *Colombia Médica*, 65-71.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Obtenido de Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1959). *Declaración de los Derechos del Niño*. Obtenido de Humanium: <http://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Asamblea Nacional. (6 de Abril de 1878). *Constitución de 1878*. Obtenido de Derecho Ecuador: [http://www.derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion\\_1878.pdf](http://www.derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1878.pdf)
- Asamblea Nacional. (23 de Diciembre de 1906). *Constitución de 1906*. Obtenido de Asamblea Nacional del Ecuador: <http://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/constituciones-del-ecuador/Constitucion-1906/1906-Documento-transcrito.pdf>
- Asamblea Nacional. (20 de Octubre de 2008). *Constitución 2008*. Obtenido de Asamblea Nacional del Ecuador: [http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf)
- Asamblea Nacional. (17 de diciembre de 2013). *Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades*. Obtenido de Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades: [http://www.consejodiscapacidades.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/reglamento\\_ley\\_organica\\_discapacidades.pdf](http://www.consejodiscapacidades.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/reglamento_ley_organica_discapacidades.pdf)
- Asamblea Nacional. (14 de Febrero de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Obtenido de Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos: [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/código\\_organico\\_integral\\_penal\\_-\\_coip\\_ed.\\_sdn-mjdhc.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/código_organico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf)
- Barbero Santos, M. (1994). El aborto en Europa Occidental. En F. Quiceno, *El Delito Sexual. El Aborto* (págs. 292-317). Bogotá, Caracas, Panamá, Quito: Editorial Jurídica Bolivariana.
- Bernstein, D. (1999). Aborto Inducido. En H. Frederickson, & L. Wilkins-Haug, *Secretos de la Ginecoobstetricia* (págs. 69-73). México D.F.: McGraw-Hill Interamericana.

- Binding, K. (2009). *La culpabilidad en Derecho Penal*. Montevideo: B de F Ltda.
- Burneo, R. E. (2012). *Derecho Constitucional del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Carrera, R. (2009). *Medicina Legal*. Lima: A.F.A. Editores Importadores S.A.
- Convención Nacional. (1 de Abril de 1843). *Constitución de 1843*. Obtenido de Derecho Ecuador: [http://www.derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion\\_1843.pdf](http://www.derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1843.pdf)
- Convención Nacional. (27 de Febrero de 1851). *Constitución de 1851*. Obtenido de Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana: [http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion\\_1851.pdf](http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1851.pdf)
- Cordoba Angulo, M. (1994). Aspectos Jurídicos del Delito de Aborto. En F. Quiceno, *El Delito Sexual. El Aborto*. (págs. 267-289). Bogotá, Caracas, Panamá, Quito: Editorial Jurídica Bolivariana.
- Creus, C. (1994). El Aborto. En F. Quiceno, *El Delito Sexual. El Aborto*. (págs. 451-466). Bogotá, Caracas, Panamá, Quito: Editorial Jurídica Bolivariana.
- Diario Oficial de la República Francesa. (1 de Julio de 2013). *Código Civil*. Obtenido de Legifrance: <https://www.legifrance.gouv.fr>
- Diario Oficial de la República Francesa. (12 de mayo de 2017). *Código de la Acción Social y la Familia*. Obtenido de Legifrance: <https://www.legifrance.gouv.fr>
- Dugène, F., & del Toro, O. (15 de marzo de 2011). El parto anónimo, una practica legal en el Estado francés. (A. Butron, Entrevistador)
- Dworkin, R. (1994). *El dominio de la vida*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Erazo, S. (2013). *El aborto como negación del derecho a la vida*. Madrid: Editorial Universitas S.A.
- Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología. (2013). *Uso del Misoprostol en obstetricia y ginecología*. Obtenido de Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología: <http://www.flasog.org/>
- Felip I. Saborit, D. (2006). El homicidio y sus formas. En J. Silva Sánchez, *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. Barcelona: Atelier.
- Gafo, J. (1994). *Diez palabras clave en bioética*. Navarra: Editorial Verbo Divino.
- García Falconí, J. (23 de Enero de 2014). *Tratados Internacionales de Derechos Humanos: Diferenciación con otros tratados*. Obtenido de Derecho Ecuador: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2014/01/23/tratados-internacionales-de-derechos-humanos---diferenciacion--con-otros-tratados>
- Gonzalez Rus, J. J. (2000). El aborto, lesiones al feto. En M. Cobo del Rosal, *Compendio de Derecho Penal Español, parte especial* (pág. 78). Barcelona: Editorial Marcial Pons.
- González, M. (2013). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Editorial Dykinson.
- H. Congreso Nacional. (10 de Mayo de 2005). *Código Civil*. Obtenido de Escuela Politécnica Nacional : <http://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2015/06/Codigo-Civil1.pdf>

- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (2014). *Anuario de Estadísticas Hospitalarias Camas y Egresos 2014*. Obtenido de Ecuador en Cifras: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/>
- Irureta Goyena, J. (1994). Conferencias sobre el aborto. En F. Quiceno, *El Delito Sexual. El Aborto* (pág. 354). Bogotá, Caracas, Panamá, Quito: Editorial Jurídica Bolivariana.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (20 de Diciembre de 2003). *El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso "Odièvre c/ France"*. Obtenido de Internet Archive: [web.archive.org](http://web.archive.org)
- Labatut, G. (1997). *Derecho Penal. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Lacadena, J. R. (1989). "Status" del embrión previo a su implantación. En F. I. Católicas, *La Vida Humana: Origen y Desarrollo* (págs. 35-40). Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.
- Lacadena, J. R. (6 de Marzo de 2012). *El concepto y dignidad del embrión humano*. Obtenido de Bioetica Web: <http://www.bioeticaweb.com/a-propósito-de-un-informe-jurisdico-sobre-patentes-el-concepto-y-dignidad-del-embrión-humano/>
- Luzón Peña, D. (1991). *Causas de justificación*. Barcelona: Editorial P.P.U.
- Muñoz Conde, F. (1994). Consideraciones Político Criminales. En F. Quiceno, *El Delito Sexual. El Aborto*. (págs. 433-445). Bogotá, Caracas, Panamá, Quito: Editorial Jurídica Bolivariana.
- Muñoz Conde, F., & García, M. (2015). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental. (2014). *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental: Diagnóstico de la Situación en Chile*. Obtenido de Observatorio DDHH Discapacidad Mental: <http://www.observatoriodiscapacidadmental.cl/>
- Odièvre contra Francia, 42326/1998 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (Gran Sala) 13 de Febrero de 2004).
- Ordás, M. (2015). El parto anónimo a debate. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, 97-144.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (31 de Enero de 2017). *Instrumentos legales internacionales y programas sobre derechos económicos, sociales y culturales*. Obtenido de Unesco: <http://www.unesco.org/new/es/social-and-human-sciences/themes/advancement/networks/larno/legal-instruments/escr-international-instruments/>
- Organización de los Estados Americanos. (22 de Noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Obtenido de Organization of American States: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Organización Mundial de la Salud . (2012). *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/77079/1/9789243548432\\_spa.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/77079/1/9789243548432_spa.pdf)

- Ortiz, E., Simbaña, K., Gómez, L., Stewart, A., Scott, L., & Cevallos, G. (3 de Junio de 2017). *Abortion, an increasing public health concern in Ecuador, a 10-year population- based analysis*. Obtenido de Pragmatic and Observational Research: <https://www.researchgate.net/>
- Palacios, C. (16 de Junio de 2015). *Parto Anónimo y Aborto*. Obtenido de Enfoque Jurídico: <http://www.enfoquejuridico.info/wp/biblioteca/derecho-social/familia/parto-anonimo-y-aborto/>
- Pérez Luño, A. (2007). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Redero Bellido, H. (octubre de 2000). *Servicios Sociales para menores en Francia*. Obtenido de Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5751/1/ALT\\_08\\_03.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5751/1/ALT_08_03.pdf)
- Reyes, A. (1993). Formas de culpabilidad. En F. (. Quiceno, *La tentativa. El dolo* (págs. 301-316). Bogotá: Editora Jurídica de Colombia.
- Roy Freyre, L. (1989). *Derecho penal. Parte especial, tomo I*. Lima: A.F.A. Editores Importadores S.A.
- Scala, J. (2005). *El aborto. En preguntas y respuestas*. San José: Ediciones Promesa Cultural.
- Scott, J. (1994). Aborto espontáneo. En J. Scott, P. DiSaia, C. Hammond, & W. Spellacy, *Tratado de Obstetricia y Ginecología, de Danforth* (págs. 219-230). México, D.F.: Nueva Editorial Interamericana.
- Serra, A. (1989). El embrión humano, ciencia y medicina, en torno a un reciente documento. En F. I. Católicas, *La Vida Humana: Origen y Desarrollo* (págs. 41-56). Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.
- Stovall, T. (2008). Aborto precoz y embarazo ectópico . En J. Berek, *Ginecología de Novak* (págs. 617-654). Philadelphia: Wolters Kluwer.
- Villavicencio Terreros, F. (2014). *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima : Editora y Librería Jurídica Grijley .



## **ANEXOS**

## ANEXO 1 MODELO DE ENTREVISTA

La presente entrevista se realiza con el fin de obtener información para el desarrollo del trabajo de titulación de Derecho de la Universidad Técnica Particular de Loja de la estudiante Alisson Pamela Escobar Centeno, denominado “El parto anónimo como mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto”.

Esta entrevista se aplica a profesionales de las ramas de medicina y derecho, así como a personas naturales, con la finalidad de determinar su conocimiento y opinión sobre el tema de investigación; cuyos resultados servirán exclusivamente para fines investigativos.

1. ¿Conoce usted sobre el parto anónimo?

Sí ( )

No ( )

En caso de desconocimiento del entrevistado sobre el parto anónimo, el entrevistador explica el tema.

2. ¿Considera usted que el parto anónimo puede ser un mecanismo de protección del derecho constitucional a la vida del nasciturus frente al delito de aborto?

Sí ( )

No ( )

¿Por qué?

3. ¿Considera usted que el parto anónimo debería ser regulado en la legislación ecuatoriana?

Sí ( )

No ( )

¿Por qué?

4. ¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la aplicación del parto anónimo en Ecuador?