

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

Las lesiones al feto en el derecho penal ecuatoriano.

Carolina Alejandra Saá Paredes
Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:	Carolina Alejandra Saá Paredes
Código:	00207369
Cédula de identidad:	1803820396
Lugar y Fecha:	Quito, 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

LAS LESIONES AL FETO EN EL DERECHO PENAL ECUATORIANO¹

INJURY TO THE FETUS IN ECUADORIAN CRIMINAL LAW

Carolina Alejandra Saá Paredes²

caro.saa14@gmail.com

RESUMEN

La falta de reconocimiento de los derechos fundamentales del que esta por nacer es el principal error que el Estado comete para dejar desprotegidas a las personas, generando ausencia de leyes que los pueda proteger. El presente estudio surgió de la necesidad de proteger, garantizar y relevar la importancia de la integridad tanto física como psicológica de las personas, desde su concepción hasta su nacimiento y posterior ciclo de vida, sin excepción alguna, como lo hacen otros países.

La inexistencia de una ley que proteja a la integridad de una persona hace que existan comportamientos impunes. Por ello es que este trabajo reveló que para el derecho penal ecuatoriano no le es relevante la protección del bien jurídico de salud integral del nasciturus, con relación a lo físico y lo psíquico, haciendo evidente que la impunidad y la falta de protección a una vida sana y digna sea una falencia latente.

Palabras clave: derecho penal, nasciturus, integridad, lesión, garantía, físico, psicológico.

ABSTRACT

The lack of recognition of the fundamental rights of the unborn is the main mistake made by the State to leave people unprotected, generating an absence of laws that can protect the people. This study arose from the need to protect, guarantee, and highlight the importance of the physical and mental integrity of the humans, from conception to birth and subsequent life cycle, without exception, as other countries do. The inexistence of a law that protects the physical and psychic integrity of a person, means that there is unpunished conduct, a complete scene of the vulnerability. That is why this work revealed that for the Ecuadorian criminal law, the protection of the legal right of the integral health of the unborn is not relevant, in relation to the physical and the psychic, evidencing that impunity and the deficiency of protection of a healthy life and worthy is a latent lack.

Key words: criminal law, birth, integrity, injury, guarantee, physical, psychological.

Fecha de lectura: 20 de Noviembre del 2022

Fecha de publicación: 20 de Noviembre del 2022

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Xavier Fernando Andrade Castillo.

² ©DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.-
2. ESTADO DEL ARTE.-
3. MARCO TEÓRICO.-
4. MARCO NORMATIVO.-
5. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE LESIONES AL FETO.-
6. ACCIONES QUE INCIDEN SOBRE EL FETO CAUSÁNDOLE LESIONES QUE PERMANENTES.-
7. RESOLUCIÓN DE CASOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LEGISLACIÓN COLOMBIANA Y ESPAÑOLA.-
8. CONCLUSIONES.

1. Introducción.

El régimen jurídico ecuatoriano ha reconocido plenamente que los derechos de las personas, referentes a la salud, son deberes primordiales del Estado, el cual garantiza sin discriminación alguna el goce de los mismos³. Y en este sentido, se ha visto que varios de los derechos reconocidos, no son protegidos en el ámbito penal, como es el caso de graves daños a la integridad física, en especial sobre las lesiones al feto, ya que estas conductas no se encuentran tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, a pesar de ser un derecho garantizado Constitucionalmente.

Incluir las lesiones al feto dentro de la normativa penal, abarcaría una innovación en el sistema como tal, ya que se tipificarían las conductas que dañen, o a la vida, o a la salud del que está por nacer. Este estudio revisará la protección al feto aisladamente de cualquier imposición de ideología política y/o religiosa incluso, tampoco discutirá los temas relacionados de la protección a la vida desde su concepción, como es el caso del aborto.

Por consiguiente, este trabajo hará una investigación técnica y jurídica sobre la necesidad de tipificar el delito de lesiones, como un complemento no revisado cuando se trata de los derechos del nasciturus, conforme el carácter constitucional y la política criminal del estado.

Por esta razón, el principal fin de esta investigación es preguntarse ¿cómo deben entenderse las lesiones al feto en el Ecuador? Abriendo un debate doctrinario sobre la necesidad de criminalizar y penalizar las conductas que lesionen la integridad física del que esta por nacer.

³ Art. 3 de la Constitución de la República del Ecuador con Registro Oficial N.449 del 20 de Octubre del 2008.

Un Estado de derechos, y como tal garantista de ellos, no debería estar frente a debates en los que se exijan constantemente el respeto de estos derechos, pues su rol fundamental es adoptar políticas de respeto a los derechos de las personas, cuya vulneración debe ser perseguida entre otras vías, por la penal.

Frente a los retos que presenta el derecho penal ecuatoriano en varios aspectos, y tomando como ejemplo las legislaciones de España y Colombia, se tomará en cuenta como se protegen de manera clara y concisa los derechos del feto, evidenciando la necesidad de crear, a través de estas experiencias, de crear al delito de lesiones al feto como un tipo penal autónomo e independiente dentro del Código Orgánico Integral Penal.

El presente trabajo planteará la discusión desde el punto de vista real (casuística), y doctrinal hasta el derecho comparado, bajo los supuestos en los que una madre puede verse involucrada frente a los actos propios o de terceros, a actos o conductas que lesionen la integridad física o psíquica del feto.

2. Estado del Arte.

En este apartado se planteará el ámbito doctrinal, para conocer que relevancia tienen las lesiones al feto dentro del derecho penal, diferenciarlas si es necesario de las lesiones naturales y lesiones jurídicas, para comprender la necesidad de su tipificación, y la finalidad de punibilidad de las conductas de lesión.

Según Tepperwien para declarar típica la conducta no necesariamente hay un curso causal natural, sino se debe tener un sentido jurídico que determine que la acción tenga un resultado típico, que genere una conducta punible⁴, demostrando que hay un límite para los ciudadanos y legisladores sobre que gravedad de lesiones pueden ser reclamadas y penadas.

A su vez Lüttger expone un pensamiento similar, en el que explica casos en los que hay mayor incidencia y resultado, pueden darse antes o después del nacimiento, no son problemáticos, y más bien la muerte dolosa del feto es la que debe ser punible como delito de aborto; agregando que su destrucción imprudente, es atípica. En este sentido, una lesión prenatal, que sana antes del nacimiento es también atípica, tanto si hubo dolo como imprudencia⁵. Esta teoría tiene sentido cuando el derecho penal toma en consideración tres etapas en el proceso del desarrollo humano, siendo estas: el biológicamente continuo, de la vida humana y el inicio del "estadio fetal".⁶

⁴ Kurt Tepperwien, *Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung*, (Tübingen 1973).

⁵ Hans Lüttger, "Der Beginn der Geburt und das Strafrecht" *en Medicina y Derecho Penal* (Madrid 1984).

⁶ Hans Lüttger, "Der Beginn der Geburt und das Strafrecht".

Además este autor mantiene la idea de que las lesiones se refieren a los tratos corporales negativos y afectaciones de la salud de otro; refiriéndose únicamente a la persona no al feto⁷. Establece que toda afectación que pueda sufrir el feto, es simplemente una lesión natural, más no jurídica, porque la ley solo reconoce los delitos de persona nacida a otra persona nacida.

Por el contrario, para Cuerda Riezu, la existencia de una infracción penal de lesiones en el feto debe construirse sobre la base de un interés jurídico de que los hijos nazcan sanos; con esta solución no sería necesario recurrir al feto como titular del bien jurídico salud, sino que ese interés lo ostentaría quien engendró a ese feto⁸, dejándole esta facultad de defensa sobre la vida y la salud del feto a un tercero con interés, asumiendo que la defensa y protección de este bien jurídico protegido no se quedaría impune.

En este mismo sentido Kaufmann menciona que el delito de lesión, se caracteriza por formar parte de los delitos de estado o delitos instantáneos con efectos permanentes⁹. Sostiene que las circunstancias de la conducta, serán los elementos principales para entender si las lesiones llegan a afectar gravemente al bien jurídico protegido y si logran enmarcarse en un ámbito legal y no solo natural.

Para Guillermo Duque el fin jurídico del delito de lesiones es la salud, que debe abarcar tanto el bienestar físico como mental de la persona en su sustrato corporal¹⁰. En abundancia, Berdugo Gómez de la Torre sostiene que esta integridad corporal, vista desde la protección penal, no es un valor independiente de la salud, sino una dimensión o aspecto de salud más amplia, que no se circunscribe a la mera ausencia de enfermedad¹¹, por lo que, se requiere ampliar la visión de la lesión, para su punibilidad.

3. Marco Teórico

Los derechos humanos invierten la perspectiva entre la relación del Estado con el ser humano,¹² por lo que en este apartado se trata de ubicar a las lesiones al feto bajo alguna de las ideas del derecho penal, bien sea sobre la lucha contra la impunidad o en cuanto del derecho de la víctima al castigo del autor. La finalidad es tomar una postura,

⁷ Hans Lüttger, "Der Beginn der Geburt und das Strafrecht" en *Medicina y Derecho Penal* (Madrid 1984).

⁸ Antonio Cuerda Riezu, "Límites jurídicopenales de las nuevas técnicas genéticas" en *ADPCP* (1988).

⁹ Armin Kaufmann, "Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren", en *JZ* (1971).

¹⁰ Guillermo Duque Ruiz, *Delitos contra la vida y la integridad personal*. (Medellín: Ediciones Unaula, 2013).

¹¹ Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, *Estudio sobre el delito de lesiones*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1989).

¹² Norbeto Bobbio, "la era de los derechos", en *El tercero ausente*. (Madrid, Cátedra, 1997).

respecto a que idea es la más adecuada para amparar el derecho a la salud del no nacido y cual es el ámbito más adecuado para su protección.

La doctrina de la lucha contra la impunidad nace de los tribunales internacionales frente a los delitos contra la humanidad; convirtiéndose en el modelo más moderno que tiene el derecho penal frente a la impunidad en la última década. Un importante aspecto del derecho penal autoritario surge con la expresión *nullum crimen sine poena*¹³, que es contraria a la clásica propuesta de *nullum crimen sine lege*¹⁴, ya que en este sentido trasciende la idea de que ningún delito debe quedar en la impunidad.

Así mismo la doctrina sobre la lucha contra la impunidad se basa principalmente en la ausencia del castigo, es decir que incluye la "falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de derechos protegidos"¹⁵. Esta doctrina, ha declarado que las violaciones a los derechos humanos son inamnistiables, imprescriptibles e indultables¹⁶, pues todas las personas tienen el derecho a la verdad sobre las injusticias que sufran, eliminando cualquier posibilidad de indefensión.

Por otro lado, se presenta la teoría retribucionista, en la cual la víctima tiene derecho al castigo del autor del delito, tomando como idea base al derecho penal taliónico, donde la venganza es la finalidad de toda sociedad. Sin embargo, en este caso únicamente el Estado está en la capacidad de castigar al autor en determinados delitos, es decir, que en relación a la anterior teoría, en esta si se permite la inamnistiability y la imprescriptibilidad de las conductas.

Fletcher explica que por medio de este proceso de imputación, la víctima puede obtener su resocialización al ver que quien cometió el inusto culpable, recibe su castigo.¹⁷ Para Jakobs, la función del castigo es el restablecimiento de la igualdad entre el autor y la víctima, como quien primero recibe un daño (la víctima), y el delincuente posteriormente recibirá otro daño similar.¹⁸ Esta teoría recoge principalmente el deber del

¹³ Ningún crimen sin pena. (Traducción del latín al español por parte del autor, 2022)

¹⁴ Ningún delito sin ley. (Traducción del latín al español por parte del autor, 2022)

¹⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "caso Almonacid".

¹⁶ Jesús Silva. ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor" en Derecho penal y criminología. (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2008)

¹⁷ George Fletcher. "The Place of the Victims in the Theory of Retribution" *Buffalo Criminal Law Review* (School of Law of University at Buffalo, 1999)

¹⁸ George Fletcher. "The Place of the Victims in the Theory of Retribution".

Estado de imponerse sobre las leyes penales, es decir una suerte de *ius puniendi*¹⁹ legítima.

En esta investigación se acogerá, para el delito de lesiones al feto, la doctrina de la lucha contra la impunidad, pues como ya se ha señalado ninguna conducta puede quedarse sin investigación, persecución, y castigo. En esta línea, se garantiza la protección de los derechos humanos, con el efecto de restringir el derecho de personas que cometen delitos, sin duda de manera proporcional al daño o lesividad ocasionada.

4. Marco Normativo.

En este apartado se dará contexto del ámbito legal y jurisprudencial del país, para entender cual es el reconocimiento legal del feto en la legislación ecuatoriana. De igual manera se tratarán estas normas de la mano de convenios y tratados internacionales que dan beneficio al principal bien jurídico que se debe proteger.

El Estado ecuatoriano ha declarado en varias ocasiones la necesidad de hacer prevalecer la protección de sus ciudadanos desde la concepción hacia sus últimos días, asegurándole una vida digna y sana, primordialmente se garantizan estos derechos ya que en el marco internacional existe la convención sobre los derechos de los niños²⁰, ratificada por el país, la cual remite la protección y cuidado especial de los niños, por su falta de madurez física y mental tanto antes como después del nacimiento²¹.

En concordancia con el párrafo anterior la Constitución ecuatoriana ha mencionado que desde la concepción se gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de la edad de cada niño y por la misma razón el Estado será garante de la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción²². Pues es un derecho de libertad poder disfrutar de una vida digna que incluya la integridad física, psíquica, moral y sexual, libre de violencia y sin limitaciones²³.

Retomando la idea de que el Estado ecuatoriano garantiza y protege a la salud y el bienestar de las personas, se ve que estas normas reflejan estas características como el bien jurídico protegido para el cual trabaja el Código Orgánico Integral Penal,²⁴ quien lo

¹⁹ Derecho a sancionar. (Traducción del latín al español por parte del autor, 2022)

²⁰ Convención sobre los derechos del niño con Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de Noviembre del 2005.

²¹ Párrafo 9no de la Convención sobre los derechos del niño con Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de Noviembre del 2005.

²² Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador con Registro Oficial N.449 del 20 de Octubre del 2008.

²³ Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²⁴ Art.152 del Código Orgánico Integral Penal con Registro Oficial N.180 del 10 de Febrero del 2014.

protege, siendo este el que detalla varias compensaciones hacia los ciudadanos en caso de sufrir cualquier afectación a su integridad personal, siendo un respaldo total hacia la salud e integridad plena del ciudadano, que ya ha nacido.

Con respecto al tema penal, el principal problema surge en el menoscabo grave que se pueda sufrir en la integridad o la salud física-psíquica del nasciturus²⁵, pero sin que esta conducta lesiva sea causante de la interrupción del embarazo, por lo que no se puede hablar de un caso implícito de aborto²⁶, el cual si es un delito penado actualmente.

De igual manera el país cuenta con una norma de menor jerarquía, la cual es el Código de la Niñez y Adolescencia, la misma que protege la vida y todos los derechos en generales de niños, niñas y adolescentes desde la concepción²⁷. A su vez este código garantiza la identificación del ciudadano inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que le corresponda²⁸, lo que le permite a cada ciudadano ser portador de derechos y obligaciones.

Ya aclarados los aspectos legales nos centraremos en el tema principal de esta investigación el cual es ¿qué protección legal existe en el Ecuador para proteger el desarrollo integral del feto? Se tratarán casos en los que se podría estar frente a factores culposos, ocasionados en la eventualidad y sobrenaturalidad de la ciencia médica.

Principalmente lo que desarrolla estas cuestiones es si ¿las lesiones y los daños llegan a ser el menoscabo principal hacia el feto, hacia la madre o hacia sus familiares?, se debe entender que estas lesiones pueden perdurar en el tiempo, pues bien, o están presentes en el nacimiento o se desarrollan con el pasar del tiempo, cuando el niño nace, estas cuestiones generan un gran vacío legal que no tratan las leyes ecuatorianas.

5. El bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto.

Para empezar a ubicar al bien jurídico de esta investigación es necesario partir de principales definiciones como ¿qué es salud? ¿qué es lesión? y ¿qué es feto?, visto desde la perspectiva penal, pues se debe dar la relevancia al tema, para que esta área del derecho cumpla con su objetivo, que es la punibilidad.

La salud ha sido definida por la real academia de la lengua española como el "conjunto de las condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento

²⁵ De la voz latina. El que ha de nacer; el concebido y no nacido.

Obtenido de: Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*. (Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1993)

²⁶ Art. 149 del Código Orgánico Integral Penal con Registro Oficial N.180 del 10 de Febrero del 2014.

²⁷ Artículo 20 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia con Registro Oficial N.737 del 3 de Enero del 2003.

²⁸ Artículo 35 del Código de la Niñez y Adolescencia, 2003.

determinado”.²⁹ La Organización Mundial de la Salud ha declarado que “salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedad”.³⁰

Por otro lado la lesión para el autor Carrara es “cualquier daño injusto a la persona humana que no destruya su vida ni esté dirigido a destruirla”.³¹ Caballenas, en su diccionario, menciona que se “concreta rara vez en un solo ataque y en un solo mal, se habla de lesiones, y no de lesión, para referirse a los daños injustos causados en el cuerpo o salud de una persona; pero siempre que falte el propósito de matar”.³²

A su vez el mismo diccionario define al feto como el “producto de la concepción humana, desde fines del tercer mes del embarazo, en que deja de ser embrión, hasta el parto. El que nace antes de tiempo o sin vida”.³³ Siguiendo la postura de Muñoz Conde y Valle Muñiz se entiende que el feto es “el óvulo fecundado, ya anidado en el útero materno, y el ser que a partir de ese momento mismo de su expulsión o extracción del seno materno tras el nacimiento”.³⁴

En suma, el bien jurídico protegido es “el centro de toda construcción, tanto de la norma, como del tipo penal”³⁵, en otras palabras es el objeto por el cual se busca la protección y el castigo a su vez. Para el derecho penal la lesión tiene una estrecha relación con el sistema normativo de peligro³⁶, ya que busca la anticipación de la tutela a expensas de que el resultado lesivo no este próximo al momento de la lesión, siendo esta misma razón la que no impida que se proteja el objetivo común de este delito, el cual sería la protección al desarrollo y salud humana.

Para poder tipificar un delito que proteja cierto tipo de bien jurídico, este debe tener una justificación sobre la carta magna de cada país, es decir, las Consituciones, al reconocer plenos derechos colectivos, que son la base para valorar y reconocer cualquier bien que pueda tener una afectación y que la misma sea considerada objeto de tutela penal.

²⁹ Asale, Rae, *Salud: Diccionario de la lengua española* (Edición del Tricentenario) <https://dle.rae.es/salud>

³⁰ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptado por la Conferencia Sanitaria Internacional de Nueva York del 22 de julio de 1946.

³¹ Franceso Carrara, *Programa de Derecho Criminal*. (Bogotá: Temis, 1967).

³² Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*. (Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1993)

³³ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*.

³⁴ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial, 12 ed.* (Valencia: Tiran los Blanch libros, 1999).

³⁵ Eduardo Donna, *Teoría del delito y de la pena II: Imputación delictiva*. (Buenos Aires: Editoriales Atrea, 1995).

³⁶ Eduardo Ramón Ribas, *El delito de lesiones al feto: Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*. (Granada: Editorial Comares, 2002).

La salud en general, y en especial la salud física y psíquica, es un bien jurídico que la Constitución Ecuatoriana reconoce y garantiza como un derecho propio que cada ciudadano tiene.

Por ende, cualquier conducta que afecte plenamente este bien jurídico, sería el detonante para que el derecho penal intervenga, y de ser necesario aplicar una condena a quien cometa la conducta. Entender que la lesión contra el feto es una afectación que inminentemente afecta al ser humano que como tal, no tiene la capacidad para defenderse, por lo que sería uno de los elementos a tomar en cuenta para buscar su protección.

Tal vez hablar de lesiones sobre alguien que aún no nace, resulta un tema sin importancia, pues la realidad social se va a enfocar en que el feto únicamente puede verse involucrado en dos situaciones específicas, la de vivir o la de morir. El simple hecho de que no se esté frente a una persona que visiblemente este sufriendo, daría a entender que la ley solo se enfoca en sancionar las conductas que afecten la vida del feto, como es el caso de la punibilidad del aborto.³⁷

Por consiguiente ¿cuál es el bien jurídico que se va a proteger con este delito? La respuesta a esta pregunta se sintetizará a través de un gráfico que permitirá introducirse en la finalidad de esta investigación, como a continuación aparece.

Tabla No. 1 Estructura de la normativa del delito de lesión al feto.

LESIONES AL FETO	Bien jurídico protegido:	Salud, Integridad física, Integridad psíquica.	
	Tipo objetivo:	Sujeto activo:	Indeterminado, cualquier persona e incluso la madre.
		Sujeto pasivo:	El feto.
		Núcleo:	Producir un daño o menoscabo en la integridad corporal o en la salud mental del feto. Que las lesiones producidas requieran de un tratamiento médico

³⁷ Art.149 del Código Orgánico Integral Penal con Registro Oficial N.180 del 10 de febrero del 2014.- 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.

			o quirúrgico, además de una primera asistencia facultativa.
	Tipo subjetivo:	Con dolo:	Lesiones con conocimiento y voluntad.
		Con culpa:	Lesiones por violación al deber de cuidado.

Fuente: Elaboración propia, a partir de la dogmática del bien jurídico tutelado por el derecho penal.³⁸

Sin embargo, en teoría, este tema puede verse muy ambiguo si no se ejemplifica al problema, supóngase que a una mujer embarazada una enfermera le suministra un medicamento, el cual con gran seguridad producirá el deceso del feto, claramente se estaría frente a un aborto sin consentimiento, pero por un malestar en el cuerpo de la mujer embarazada, es llevada de urgencia al centro de salud de nuevo y un doctor evita la muerte del bebe administrándole un antídoto, el problema inicial quedaría solo en una tentativa de aborto por parte de la enfermera.

Pero si se ve el trasfondo del caso ¿qué pasaría si el medicamento inicial afecta el desarrollo del no nacido? En este caso, el vacío legal de las leyes nacionales indica que de ninguna manera se podría sancionar este tipo de hechos, no existe la protección a la integridad física del no nacido como tal en el Ecuador.

La funcionalidad de la protección de este bien jurídico debería ser similar a la del delito principal de lesiones, donde este delito protege las lesiones físicas contra personas ya nacidas, la particularidad de este nuevo delito sería que se sancionaría a las agresiones que tengan resultado con posterioridad al hecho, es decir, cuando el nacimiento surja y puedan ser comprobables las lesiones, sin embargo el fin es el mismo, proteger la salud física y psíquica de las personas, sin importar la condición de la persona o el nasciturus al momento del reclamo.

Tomando en consideración la postura de Carbonell Mateu y Gonzáles Cussac quienes señalan que “ se sigue protegiendo la salud e integridad de las personas. El objeto de protección, pues, no es el feto mismo, sino la persona que nacerá con taras físicas o

³⁸ Gianni Piva Torres, *Dogmática del bien jurídico tutelado por el Derecho Penal*. (Quito: Corporación de estudios y publicaciones (CEP), 2020).

psíquicas”.³⁹ En la misma línea Rodríguez Mesa entiende que el bien tutelado es la salud del niño nacido vivo⁴⁰, siendo “*el proyecto alemán de discusión de la ley de protección del feto de 1986*”⁴¹, el fundamento principal para esta postura, la cual castigaba el daño a la salud de la persona que hubiera sido realizada mediante una intervención al embrión o al feto.

En ese contexto las conductas que dañan al nasciturus no representan la realidad del valor jurídico-penal de la salud y desarrollo humano que el período prenatal requiere, sino más bien una suerte de prevención. El delito de aborto es un remedio falso para la tranquilidad social, con un enfoque a la supuesta protección del no nacido, misma que no tiene relación en lo absoluto con problemas graves que pueda sufrir el feto.

¿Cuál sería entonces la diferencia entre el delito de lesiones ya existente y este nuevo delito? El fundamento material es la relativización del valor a la salud y la integridad durante la fase de desarrollo que precede al nacimiento, es decir, en el desarrollo humano.

La Constitución del Ecuador reconoce el derecho a las personas de una vida digna, por lo que además de ser un derecho reconocido, es un derecho fundamental de todas las personas, a exigir la protección del Estado una tutela de este bien jurídico, sin excepción alguna.

6. Acciones que inciden sobre el feto causándole lesiones permanentes.

En este apartado se hablará del aspecto principal de este delito, con todos los antecedentes explicados anteriormente, se puede comprender a que se refiere la tipificación de este delito, en especial su aspecto sustantivo y procesal. El delito de lesiones al feto es un delito de resultado, necesariamente se debe ver la afectación para entender el daño; por otro lado se debe tener en cuenta que el bien jurídico que se va a proteger no es al feto como tal, si no a la integridad y la salud de la persona no nacida.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la existencia de los sujetos que actuarán en el delito, los cuales son el sujeto activo, que bien puede ser cualquier persona que realice cualquier conducta que afecte voluntaria y notoriamente al feto; y por otra parte tenemos

³⁹ Juan Carbonell Mateu, C. González. “Derecho Penal”, *Parte Especial*, Valencia. (1999).

⁴⁰ José Rodríguez Mesa, *Algunas consideraciones acerca del bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto*. (1996).

⁴¹ Diskussionsentwurf eines Embryonenschutzgesetzes des BMJ v.29.4.(1986).

el sujeto pasivo, el feto y por lo tanto la vida humana que se encuentra en desarrollo en el vientre materno.

No obstante, en esta etapa es necesario aclarar que si se va a hablar del feto, el cual se denomina con este nombre desde la novena semana de gestación, o va a constar desde el momento de la fecundación, ya que podría existir un vacío legal por falta de claridad, lo más preciso sería protegerlo desde el principio.

La ciencia señala que es complicado determinar el origen y la causa de ciertas enfermedades y malformaciones del feto, por lo que el legislador debe colocar un muro sobre la eventualidad en la que se justifique jurídicamente la persecución de este delito. Por este mismo sentido hay que tener en cuenta que las lesiones pueden presentarse con posterioridad, como las discapacidades físicas y mentales, las cuales no pueden ser comprobados al momento del nacimiento sino al momento en el que el infante comience su etapa de aprendizaje.

Por consiguiente, es necesario señalar que las acciones del delito de lesiones pueden ser de carácter dolosas o culposas, es decir, acciones que tengan intención o voluntad de ser realizadas o acciones que por el contrario sean realizadas violando el deber objetivo de cuidado.

a. Lesiones dolosas.

Para esta parte es importante retroceder un poco en el tiempo y ubicarse en los años 60, cuando sucedió el caso de Contergan⁴², esta controversia se basó en un medicamento, de venta libre, que servía como sedante, el cual llegó a ser recomendado para mujeres embarazadas por su supuesta "buena tolerancia", puesto a la venta al público sin la necesidad de una receta médica, siendo la talidomina la sustancia que primaba en este medicamento.

La farmacéutica Chemie-Grünenthal desarrolló este medicamento sin haber sido probado previamente en pacientes gestantes, por lo que al momento de ser consumido por estos pacientes, se encontraron con varias anomalías en el desarrollo del feto, ya que la talidomina producía efectos tóxicos sobre quien lo consumía. Para el 15 de noviembre de 1961 se presentó la primera sospecha de una malformación a causa del consumo de

⁴² Manuel Cancio Meliá, *El caso Contergan cuarenta años después en Cincuenta casos que hicieron doctrina* (Madrid, España: Prensa para ed. La ley, 2011).

este medicamento, por lo que se inició con varias acciones legales por el gran perjuicio que llegó a causar en varios infantes no nacidos aún.

Varios socios y accionistas de dicha farmacéutica llegaron a ser incriminados por los 5000 casos de víctimas, de las cuales solo 2800 víctimas sobrevivieron, sin embargo, el acuerdo legal para ese tiempo únicamente fue el pago de cien millones, los cuales fueron dirigidos a una fundación, la misma que destinaría la ayuda necesaria hacia todos los niños afectados por este medicamento.

No obstante en este caso y por la gran conmoción social que causó, hizo que los incriminados fueran sobreesidos, ya que la conducta hacia los fetos era atípica en la legislación alemana, lugar donde residía la farmacéutica, por lo que la justicia alemana no pudo hacer nada penalmente.

Otro caso importante es un hecho suscitado en el país, específicamente en la provincia de Tungurahua, el 24 de septiembre de este año se reportó al ECU 911 un hecho suscitado en el que Daniel R. agredió a su conviviente, una mujer de 19 años quien se encuentra en proceso de gestación, siendo el feto fruto de la relación con Daniel R, este sujeto propició puñetes y patadas a la altura de las piernas y el vientre, para finalmente arrojar a la mujer al piso⁴³. El caso actualmente lo manejan bajo la visión del delito de violencia intrafamiliar, es decir, que de darse una sanción se lo dará se bajó el artículo 155 del Código Orgánico Integral Penal.⁴⁴

Por consiguiente ¿qué es lo que vemos en común en estos dos casos? La existencia del elemento subjetivo, es decir, podría haber dolo eventual o culpa consciente, esto porque las conductas llegaron a realizarse con plena conciencia de que se podría obtener un resultado perjudicial sobre el bienestar de alguien más, sin embargo, como quien sufrió

⁴³ La Hora Tungurahua. *Hombre Lanza Al Piso Y Golpea A Su Pareja Embarazada* (2022). <https://www.lahora.com.ec/tungurahua/hombre-lanza-piso-golpea-pareja-embarazada/?fbclid=IwAR3F7b5TuiFvOtgpx9PUjXJAUrypSfHU-UElwHpGy6v3MSYRGGG8WP2plGI>.

⁴⁴ Art.155 del Código Orgánico Integral Penal con Registro Oficial N.180 del 10 de febrero del 2014.- Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. - Se considera violencia toda acción que consista en maltrato, físico, psicológico o sexual ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar.

Se consideran miembros del núcleo familiar a la o al cónyuge, a la pareja en unión de hecho o unión libre, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanas, hermanos, parientes hasta el segundo grado de afinidad y personas con las que se determine que el procesado o la procesada mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación.

en estos casos fueron fetos la impunidad resaltó, a pesar de que sí califican plenamente a la estructura del delito.

Nótese que el problema es ¿qué pasa si las personas deciden dañar al feto? Tal cual como las personas deciden actuar con intención de robar o estafar. Lo que apoyará a esta consideración es la motivación de los elementos subjetivos para afrontar la tesis de que es un delito relevante en la sociedad. Ya que el dolo presenta una esencia en la que toda actuación de voluntad tiene una intención criminosa que viene junto a características que individualizan a cierto victimario de la acción, lo que le forma en esencia a este delito.

Otra situación por analizar es el tipo de traumatismo que puede llegar a sufrir tanto la madre como el feto en el caso de las lesiones, la medicina divide a estos traumatismos en dos clases las cuales se pueden dar: por penetración o por compresión en el área de la cavidad abdominopelviana.

Para tratar sobre las lesiones por penetración consideramos que sea cualquier acceso carnal con fuerza y sin consentimiento por parte de la víctima, bien sea con objetos externos como armas cortopunzantes o de fuego, en este caso dependiendo de la gravedad de la lesión deberá verse sobre el bienestar de la madre y de ser el caso suspender con el embarazo, siempre y cuando su desarrollo resulte inviable y con gran posibilidad de su deceso; ahora bien si el caso de esta lesión no resulta en traumatismos tan graves se entenderá que mediante procedimientos, como suturas, podrá permitirse el desarrollo óptimo del feto y por ende el mejoramiento de dicha lesión.

Sobre la lesión por compresión se entiende que son golpes o aplastamientos e incluso caídas sobre el vientre materno, el obstetra Manuel Luis Pérez indica que en estos casos "lo más común es el desprendimiento prematuro de la placenta o la ruptura del útero"⁴⁵, motivo que generaría un aborto y dependiendo de la etapa en la que se encuentre el nasciturus, debe verse si es viable una intervención quirúrgica para continuar con su proceso de alumbramiento.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que los efectos a futuro de ciertos traumatismos causados en el feto, entendiéndose como anomalías espontáneas e incluso congénitas, son cuestiones que no deberían ser punibles, por tratarse de temas alejados a la conducta humana. Bajo la doctrina de Mir Puig se puede señalar que "se entiende al dolo como el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita en el tipo de

⁴⁵ Manuel Pérez, *Tratados de Obstetricia*. (Buenos Aires, Argentina: Editor Anceto López, 1963).

injusto”⁴⁶, lo que daría relevancia a que en ciertas ocasiones el feto necesita la protección legal de salud y desarrollo, ante los males sociales que puedan atentar a su normal proceso natural de vida.

Entendiéndose que quien actúa dolosamente es quien ejecuta el injusto típico con plena conciencia y voluntad. Esta noción de dolo lleva implícita la conexión entre el conocimiento y la voluntad de realizar una acción dañosa, que por ende vendrán bajo un marco del injusto típico, por lo que, en estos dos casos, anteriormente expuestos, surge la necesidad de tipificar las lesiones dolosas al feto.

b. Lesiones culposas.

Un principal debate que surge en el tema de las lesiones al feto es sobre quien lleva su principal custodia y cuidado, es decir la madre embarazada, se trata de la posibilidad de responsabilizar a la madre en los casos en que cualquier atentado en su cuerpo pueda producir una afectación hacia el feto, lo cual genera dos principales dudas: ¿puede la madre convertirse en el sujeto activo de este delito por una violación al deber objetivo de cuidado? o sería comprensible aceptar que no se puede ser víctima y victimario a la vez y que solo se trataría de una mera imprudencia impune.

Inicialmente podría plantearse una solución con la pena natural⁴⁷ que consta en el Código Orgánico Integral Penal, en el que por el simple vínculo sanguíneo podría eximirse de pena privativa de la libertad, sin embargo si el daño es intencional y comprobable no se debería ignorar el hecho de que se atenta contra la integridad y el bienestar de alguien más, por lo que se estaría bajo el marco de las acciones dolosas.

Pero ¿por qué es necesario plantearse la idea de que la madre también puede ser un peligro para el feto? Pues la respuesta está en conocer los límites de libertad de acción que tiene la madre para llevar su embarazado, ya que varias de las acciones que ella pueda realizar en su cuerpo, pueden ser el detonante para que el feto viva con una lesión de por

⁴⁶ Santiago Mir Puig, “Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi”, *En Estudios penales y criminológicos, XIV*. (Universidad de Santiago de Compostela, 1991).

⁴⁷ Art. 372 del Código Orgánico Integral Penal con Registro Oficial N.180 del 10 de Febrero del 2014.- Pena natural.- En caso de pena natural probada, en las infracciones de tránsito y cuando la o las víctimas sean parientes del presunto infractor hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, la o el juzgador podrá dejar de imponer una pena o imponer exclusivamente penas no privativas de libertad.

vida, ya sean trastornos mentales, deformaciones e incluso traumas y conductas hereditarias, como por ejemplo el excesivo ejercicio deportivo durante el embarazo.

Otra idea que aparece es ¿qué sucede si una madre gestante consume alcohol hasta perder el conocimiento, o una mujer embarazada fuma habitualmente e incluso usa sustancias estupefacientes y psicotrópicas por recreación?

De igual manera este daño hacia el feto podría causarse si la madre realiza todas las conductas anteriormente detalladas sin saber que se encuentra en un período de embarazado, o sabiendolo, evidentemente el consumo de todas estas sustancias causarán un efecto lesivo sobre el feto. En este caso lo adecuado sería penalizar a la madre, por su violación al deber objetivo de cuidado, ya que se encuentra en una posición de garante sobre el feto.

Ahora, supongase que a un centro de salud acude una mujer embarazada con un alto nivel de intoxicación alcohólica y al momento de encontrarse en dicho centro de salud se produce el parto, lo que aparecerá en la escena es un parto con un recién nacido que contendrá un alto nivel de alcohol en la sangre, pero ¿cómo podemos penar este tipo de imprudencia si no existe ningún delito al respecto?, no se tiene garantía sobre el bienestar de los no nacidos en el vientre⁴⁸ y tampoco una conducta punible.

¿Cuál debería ser el fin de las lesiones culposas al feto? Pues que se llegue a castigar cualquier forma de violar al cuidado de vida, ya que la madre debe ser lo más diligente y prudente en su embarazo para lograr el bienestar del feto. Es necesario tomar en cuenta que cualquier daño que pueda sufrir la madre, será el feto quien también se victimice de estas acciones, buscando que la madre opte por un papel consciente sobre el cuidado del feto y no solo como una etapa transitoria de su estado anímico.

Otros actores importantes son los profesionales de la salud, quienes guían a la mujer embarazada durante su esta etapa, sin embargo, en ciertas ocasiones una mala o equivocada recomendación médica puede causar varias afectaciones sobre la salud. Actualmente la legislación ecuatoriana tiene normas regulatorias sobre el accionar de los

⁴⁸ Francés Francesc, *La protección del feto maltratado* (Valencia, España: Gaceta Internacional de Ciencias Forenses, 2011).

profesional de la salud, incluso en el ámbito penal, como por ejemplo el homicidio culposo por mala práctica médica profesional.⁴⁹

No obstante, la responsabilidad de los médicos se ha podido evidenciar cuando hay inconformidad sobre sus pacientes cuando señalan mala práctica médica profesional. Algunos médicos colombianos han hablado al respecto de este tema, tomando en cuenta que ellos si son penados ante cualquier lesión que pueda sufrir el feto bajo su cuidado, a lo que han comentado que:

“Los delitos por los que responde un profesional de la salud en ejercicio de su profesión generalmente son culposos, lo que indica que el médico no tuvo intención de producir la muerte o lesión de su paciente y mucho menos conocía y quería ese resultado. Se refiere a delitos como el homicidio culposo, lesiones personales culposas y lesiones al feto.

Lo importante en una investigación penal por este tipo de delitos es demostrar que el profesional violó los postulados de la ciencia médica en cada caso concreto. Igualmente, de las complicaciones presentadas con ocasión del acto médico se estudiara su previsibilidad, es decir, si son de común ocurrencia como fenómeno propio (inherentes) del acto médico. Por último se demostrará que ese resultado, muerte o lesiones, consecuencia directa de la actividad médica o, lo que es lo mismo, que exista un nexo que ata el acto médico con el resultado final.

Lo anterior hace alusión a la estructura del delito; para que este se configure deben presentarse los tres elementos referidos inicialmente, que en lenguaje jurídico corresponden a la violación de un deber a la previsión y al nexo de determinación. En ausencia de uno de ellos, no se puede decir que existió delito”.⁵⁰

Para evitar este tipo de controversias, que probablemente terminarían en desacuerdos entre la rama de salud del país y el Estado, lo más coherente sería que el propio Estado garantice un nivel mínimo de educación y de formación para los servidores de salud, a efecto de tener una formación intelectual constante, a la par de dotar de equipamientos necesarios para que la respuesta de los médicos hacia los pacientes sea de

⁴⁹ Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal con Registro Oficial N.180 del 10 de Febrero del 2014.- Homicidio culposo por mala práctica profesional. – La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

⁵⁰ Jaime Botero, Alfonso Júbiz, Guillermo Henao, *Obstetricia y Ginecología*. (Bogotá, Colombia: Quebercor World, 2008).

la mejor manera, con ellos se evitaría por ejemplo la utilización de instrumentos como fórceps,⁵¹ que evidentemente causan daño al feto en el momento de su alumbramiento.

Por último, otro actor que puede causar lesiones culposas son las personas que trabajan en los filtros de seguridad de los aeropuertos, lugar donde se exponen a las personas a máquinas de rayos x, usualmente el personal de seguridad de estos aeropuertos no acostumbra a preguntar a las mujeres si se encuentran en estado de gestación, son ellas las que advierten de su estado para no exponerse a la radiación; sin embargo, esta no acción por parte del agente de seguridad puede verse inducido a una lesión culposa hacia el feto, pues debería ser su obligación preguntar o advertir a la mujer.

En este apartado lo que se buscó es que mediante estos ejemplos se deba prever siempre el bienestar e integridad del feto, los casos en específico en los que se ve atentado un feto sobre su integridad y bienestar son producidos sin intención pero con un resultado lesivo que debe ser penalizado, con el fin de evitar conductas que atenten a la integridad y bienestar físico del que está por nacer.

El legislador debe tomar en cuenta a todas las personas que voluntaria e involuntariamente pueden influir sobre la salud y la integridad del feto, pues en gran parte ellos tendrán responsabilidad sobre su completo desarrollo, tomándose en cuenta que son conductas que realmente influyen sobre el feto y su futuro en la sociedad.

7. Resolución de casos mediante la aplicación de legislación colombiana y española.

Ante los casos planteados, en donde el feto pueda estar siendo afectado con intención o sin intención, vemos que existe la necesidad de protegerlo y castigar a quien atente contra su salud y buen desarrollo, a pesar de eso vemos que no solo el Ecuador ha omitido esta necesidad de protección y que son escasos los países que sí llegan a valorar la protección del feto en sus legislaciones.

Utilizar legislaciones extranjeras le permitirá al legislador ecuatoriano comprender el poder de protección que debe tener la tipificación de este delito, para proteger al nasciturus, el Código Penal Español abarca dos artículos en los que protege claramente la integridad del no nacido y pena el cometimiento del hecho que perjudique

⁵¹ Tenazas que sirven para la extracción del feto en el momento del parto. (Definición propia, 2022)

el desarrollo de este, a continuación, se muestra dichos artículos los cuales justifican la necesidad de cuidar al nasciturus.

“Art. 157: El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.”⁵²

“Artículo 158: El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.”⁵³

Otro país que le toma gran relevancia a este tema es Colombia, el cual en su Código Penal trata a las lesiones sobre el feto de manera dolosa y culposa, estos artículos especifican lo siguiente:

“Art. 125. Lesiones al feto: El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de treinta y dos a setenta y dos meses. Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.”⁵⁴

“Art. 126. Lesiones culposas al feto: Si la conducta descrita en el artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de diez y seis a treinta y seis meses, Si fuere realizada por una profesional de la salud, se le impondrá también inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.”⁵⁵

Lo interesante de estos articulados, es la presencia de casos en los cuales las conductas pueden ser dolosas (con intención) y culposas (sin intención), por lo que vemos

⁵² Código Penal Español. Madrid, España, 2010.

⁵³ Código Penal Español. Madrid, España, 2010.

⁵⁴ Código Penal Colombiano. Bogotá, Colombia, 2000

⁵⁵ Código Penal Colombiano, 2000.

la importancia de estos Estados en proteger al feto, teniendo en cuenta la clara consecuencia del que va a ser víctima el nasciturus a futuro, sin importar cual haya sido la intención principal del sujeto activo de la acción, ya que el principal objetivo de la tipificación de este delito es sancionar cualquier conducta que pueda producir una lesión o enfermedad sobre el feto, perjudicando así su normal desarrollo.

Darle seguridad jurídica a las personas nacidas y no nacidas es un elemento fundamental que el Estado debe brindar a sus ciudadanos. Un derecho fundamental para las personas es el derecho a la vida, sin excepción de la religión de la persona, raza, género e incluso ideología política; sin embargo nos preguntamos ¿es el derecho a la vida, cuando se nace, lo que prima en la protección o existen derechos previos al nacimiento de una personas que también deben ser protegidos?.

Bajo la concepción del derecho extranjero, que se utiliza de apoyo en esta investigación, el mismo derecho exclusivo a la vida abarca conceptos tan relevantes como el hecho de vivir o morir, abarca la necesidad de cuidar la integridad mental y física de las personas, desde el momento en que inicia su desarrollo, en el vientre de la madre, ya que si este bien jurídico puede ser atentado y dañado desde esas instancias ¿por qué no podría ser defendido de la misma manera? La lógica de cualquier persona debería darle la razón a esta premisa y hacerlo relevante.

Por suerte, en la actualidad se puede decir que se le da una gran importancia y valor al embarazo, preservando tanto la integridad de la mujer embarazada, como la del feto. Un adecuado sistema de salud es la garantía que el Estado le brinda, tanto a la madre como al feto para protegerlos de cualquier indefensión que les afecte en su diario vivir. Por lo que el Estado ecuatoriano no estaría muy alejado de poder garantizarle a la sociedad la protección a su integridad y buen desarrollo desde el vientre materno.

Asimismo, la Corte Constitucional de Ecuador se ha pronunciado al respecto, bajo el preámbulo del debate sobre la penalización del aborto, esta Corte considera que existen medidas menos gravosas que pueden garantizar de mejor manera la necesidad de la protección del nasciturus, pues el aborto como tal no cumple esta función al ciento por

ciento. Ya que el nasciturus es un ser indefenso que por su naturaleza necesita de una protección óptima ante circunstancias polémicas y dramáticas.⁵⁶

Tomar en cuenta la Sentencia No.34-19-IN/21 y acumulados de la Corte Constitucional del Ecuador, permite tener la visión de que nadie defiende al nasciturus y que aparentemente el derecho constitucional de vivir y ser protegido es ignorado, tanto por el legislador como por los defensores del derecho al aborto, no se llega a una ponderación plena de derechos y tampoco se vela por el bienestar del que está por nacer, siendo el único debate nacional el de ¿qué derecho es más importante? si el de la vida del que todavía no nace o el de la libertad de decisión sobre el cuerpo de la mujer

Pese a todo, en este camino hacia el derecho y buen vivir, no solo se necesita del derecho penal para tener tipificado este nuevo delito, debe ir de la mano del ámbito sociológico para considerar el posible efecto que pueda tener tanto en las personas que inciden en el delito que se comete y en las personas que reciben las consecuencias lesivas del delito.

Para el derecho penal es primordial garantizar la seguridad jurídica de todos los sujetos que puedan participar en los delitos, tomando en cuenta lo que dice Zaffaroni sobre la rama de la criminología y la sociología:

“Para verificar el nivel de irracionalidad del poder punitivo, para conocer la funcionalidad de poder de los conceptos del derecho penal y el grado de selectividad criminalizante, victimizante y policizante, como también para elevar el nivel de invulnerabilidad de la población prisionizada, es necesario valerse de las ciencias sociales y de las ciencias de la conducta. Al conjunto de conocimientos del mundo del ser que informa acerca de la realidad se lo llama criminología”⁵⁷

Utilizar la realidad internacional, para el Ecuador, será de gran importancia, no obstante, no debe ser una copia de texto pues la realidad social puede variar, por lo que se necesitará de una tipificación específica, adecuada a la realidad social del país para poder obtener un óptimo ejercicio del poder punitivo que soporte y garantice al bien jurídico protegido.

⁵⁶ Sentencia No.34-19-IN/21 y acumulados de la Corte Constitucional del Ecuador del 28 de abril del 2021.

⁵⁷ Eugenio Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal*. (Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2011)

Como vemos en las legislaciones extranjeras la finalidad de este delito no es el extremo castigo hacia el sujeto procesal, el fin es garantizar tanto como para el delincuente un castigo oportuno y para la víctima una protección que acoja sus necesidades y le de un valor a su vida.

8. Conclusiones.

Son varios los casos en los que el feto puede ser víctima de una lesión, por lo que la necesidad de su tipicidad en la ley y la penalización de la misma es necesaria, varios casos pueden pasar por inadvertidos e independientemente de si realmente entran en el concepto de punibilidad, es necesaria la relevancia al bien jurídico que se trata de proteger, tanto la madre como quienes participen alrededor del embarazado deben preveer y garantizar un ambiente óptimo para el desarrollo natural y tranquilo del feto.

Respondiendo a la principal pregunta de esta investigación, se puede decir que actualmente la legislación Ecuatoriana no tiene como tal el delito de lesiones al feto, pese a sí protegerlo de manera general en la Constitución de la República, esta protección carece de fuerza, pues no especifica con precisión todas las garantías que debe tener el nasciturus, por lo que se ha demostrado la necesidad de comparar los pocos ordenamientos del mundo que sí protegen al no nacido, para que sean fundamentos clave en la protección a este bien.

A pesar de la carencia de doctrina y la aplicación social-jurídica del tema tratado en esta investigación se ha podido recolectar información necesaria y relevante de países como España y Colombia, que sí le dan importancia a este tema, se considera que este sería el principal obstáculo para que los legisladores de varios países no le den un valor real al asunto. La realidad social ha demostrado que es importante la aplicación inmediata de este delito, motivo por el cual el legislador ecuatoriano no tendría excusas para no debatir sobre esta problemática.

En consecuencia, el presente trabajo ha demostrado que la violación a los derechos humanos está muy normalizado, no solo en la sociedad, en los gobiernos también. Esta problemática no debería verse inmiscuida con el debate del aborto, pues confunde a la sociedad, ya que la obliga a elegir entre que derecho es más importante. Ningún derecho puede ser más importante que otro, todos los derechos deben ser protegidos por igual, por

lo que garantizar todos los derechos fundamentales es el principal deber del Estado para darle una vida digna a todos sus ciudadanos.

Ante lo anteriormente expuesto, este trabajo podría ser el estudio más reciente respecto a las lesiones al feto en el Ecuador. Por ende, este trabajo debería servir como un incentivo para que investigaciones a futuro analicen esta problemática, con perspectivas y garantías más amplias hacia el feto. Este trabajo podría incluso ser una base para tratar el debate del aborto, entendiéndose que los derechos son equitativos y el respeto de los mismos deben darse por igual, innovando la visión social del debate sobre la protección al feto como un bien jurídico.

Se recomienda, a criterio del autor, que la Constitución vuelva a tener la relevancia primordial en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano, no es coherente tener derechos que sí sean garantizados en esta carta magna y que posteriormente sean ignorados por normas de menor jerarquía. Es necesario que se reconozca al feto como un sujeto de derechos en la ley, pues este ser si puede sufrir lesiones, siendo la respuesta a esta cuestión que la persona ha futuro vivirá con anomalías que lo obstaculizarán de llevar una vida normal, como el resto de personas.

La seguridad y la tutela judicial efectiva es una vía que da cabida a que varios derechos que han sido vulnerados puedan ser reclamados ante un juez competente para que se respete cualquier afectación innecesaria que otra persona realice sobre un ser.

Por consiguiente, replicar la tipificación de este delito, existente en España y Colombia, garantizará la conciencia social hacia el respeto y la necesidad de proteger la vida y la salud, la justicia penal lo que hará es atacar al conflicto de manera que la persona afectada pueda tener una reivindicación, la cual le ayudará ante las vulneraciones constantes que está obligado a sufrir, y que la persona que haya cometido el delito obtenga su castigo oportuno.