



**DEPARTAMENTO DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
MAGÍSTER EN DERECHO PENAL**

AUTOR: QUEVEDO IZQUIERDO MATEO SEBASTIÁN

**TÍTULO: LA NECESIDAD DE TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE
LESIONES AL FETO EN EL COIP**

TUTOR: Dr. JUAN CARLOS SALAZAR ICAZA

Cuenca - Ecuador

2021

DEDICATORIA

El resultado del esfuerzo plasmado en este trabajo se la dedico a todas las personas que me apoyaron, conocen y saben respecto de la pasión de esta materia, y en especial a mi tía
Marilú.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi director del artículo científico y a mi familia.

RESUMEN

El presente proyecto tiene por objetivo principal analizar los factores que determinan la necesidad de incluir la tipificación del delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal. La metodología utilizada para su desarrollo fue de tipo cualitativa, empleado técnicas como la revisión doctrinaria y normativa de los diferentes documentos en los que se aborda este tema. Los resultados concluyen que pese a que la Constitución protege el bien jurídico vida desde la concepción, el COIP no contiene un tipo penal que las sancione, razón por la cual es fundamental realizar una reforma en la normativa relacionada.

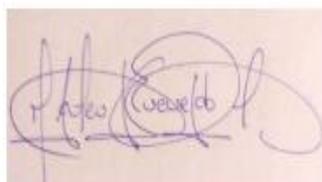
PALABRAS CLAVE: DELITO, DERECHO PENAL, COIP, LESIONES AL FETO, VIDA.

ABSTRACT

The main objective of this project is to analyze the factors that determine the need to include the classification of the crime of injury to the fetus in the Comprehensive Organic Penal Code. The methodology used for its development was qualitative, employing techniques such as doctrinal and normative review of the different documents in which this issue is addressed. The results conclude that although the Constitution protects the legal good of life from conception, the COIP does not contain a criminal type that sanctions them, which is why it is essential to carry out a reform in the related regulations.

KEYWORDS: CRIME, CRIMINAL LAW, COIP, INJURIES TO THE FETUS, LIFE.

Translated by



Mateo Sebastián Quevedo Izquierdo



ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTOS.....	iii
RESUMEN	¡Error! Marcador no definido.
ABSTRACT	¡Error! Marcador no definido.
ÍNDICE DE CONTENIDO	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: MATERIALES Y MÉTODOS.....	2
CAPÍTULO 2: RESULTADOS.....	3
El delito de lesiones.....	3
La lesión como conducta antijurídica material.....	3
Los delitos de lesiones en la legislación ecuatoriana.....	5
Elementos objetivos y subjetivos del delito de lesiones.....	6
Tutela al feto.....	8
Regulación Constitucional.....	8
La vida y la salud del feto.....	9
Derecho a la vida como bien jurídico protegido en los delitos de homicidio (simples y calificados) y aborto.....	9
La integridad del feto como bien jurídico.....	10
Delito de lesiones en el feto.....	11
Lesiones en el feto: definición y características.....	11
Tratamiento de lesiones en el feto en la normativa nacional.....	13
Delito de lesiones en el feto en la normativa internacional.....	16
Consideraciones a tomar en cuenta para la tipificación del delito de lesiones en el feto en el COIP.....	18
Propuesta Reforma al Código Orgánico integral penal para la tipificación del delito de lesiones al feto.....	19
Tema.....	20
Antecedentes de la propuesta.....	20
Justificación.....	20
Objetivos.....	21

Objetivo general.....	21
Fases del proyecto.....	22
Proyecto.....	23
CAPÍTULO 3: DISCUSIÓN.....	26
CONCLUSIÓN.....	27
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	29

Mateo Sebastián Quevedo Izquierdo

Trabajo de Graduación

Nombre del director: Dr. Juan Carlos Salazar Icaza.

Abril 2021

La necesidad de tipificación del delito de lesiones al feto en el COIP

INTRODUCCIÓN

El delito se concibe como una afectación a las normas y preceptos establecidos dentro de la legislación de un país, que vulnera un bien jurídico protegido y genera repercusiones negativas en los sujetos de derecho. En el presente artículo se analiza el ámbito relacionado con el delito de lesiones al feto, ya que en el Ecuador no se encuentra tipificado dentro del Código Orgánico Integral Penal, a pesar de que la Constitución garantiza el derecho a la vida desde la concepción. En este contexto, la vida se configura como un derecho fundamental de la persona amparado en diferentes instrumentos legales nacionales e internacionales, los cuales tienen como finalidad garantizarlo en todas las fases de crecimiento y desarrollo de los seres humanos.

Si bien dentro de la Carta Magna existe este mandato expreso, se observa una contrariedad con el Código Orgánico Integral Penal (COIP), debido a que se omite la tipificación de las lesiones al feto, lo que provoca un vacío jurídico que impide pensar este tipo de hechos. El delito de lesiones al feto tiene su principal fundamento en la protección del derecho a la vida y en la tipificación de la lesión como una acción delictiva reconocida por el derecho penal, sobre todo cuando genera afectaciones que atentan contra la integridad de la persona. (Vives et al 2004)

En este sentido, la tipificación del delito de lesiones al feto es una necesidad de los marcos legales de las diferentes naciones ya que existe un bien jurídico protegido, la salud del feto, en circunstancias en las que se cometan estos actos de tipo doloso que tienen por intención provocar un daño. Teniendo en cuenta esta afirmación cabe recordar que las dos grandes aristas que marcan la responsabilidad penal son la culpa y el dolo, estas se materializan cuando existe la voluntad para el cometimiento de un hecho con serias afectaciones para el bien jurídico tutelado. (Peña 2012)

Es importante señalar que las lesiones al feto se pueden provocar tanto por acciones deliberadas, actos provocados por terceros o por circunstancias propias del embarazo, que pueden ser catalogadas como naturales. Por esta razón es esencial establecer de manera clara que hechos pueden ser catalogados como delito y cuáles no, de esta manera se asegura

la conformación de un marco legal efectivo y apegado a los principios fundamentales del derecho.

Por lo tanto, cabe aclarar que los actos que atentan contra los bienes jurídicos protegidos tienen como características actitudes como la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de ley por parte de quien la realiza. Al ser la integridad física y la salud derechos reconocidos y abalados por diferentes instrumentos legales nacionales e internacionales, es necesario volver la mirada hacia las primeras etapas de la vida de una persona a fin de desarrollar la normativa necesaria que asegure su protección desde el momento mismo de la concepción.

La Constitución en su Art. 45 señala que: “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” (Constitución de la República del Ecuador 2008). Pese a esto dentro del COIP no se contempla las lesiones al feto como un delito, por esta razón dentro del presente estudio se plantea el siguiente objetivo general: analizar los factores que determinan la necesidad de incluir la tipificación del delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal.

Para su cumplimiento se apoya en los siguientes objetivos específicos: determinar el funcionamiento y efectividad de los instrumentos legales que protegen la vida desde la concepción en la normativa legal ecuatoriana; establecer los lineamientos legales y jurídicos que justifican la tipificación del delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal; y elaborar una propuesta reformativa al Código Orgánico integral penal para la tipificación del delito de lesiones al feto. Por lo tanto, con base en los aspectos mencionados, se formula el siguiente problema de investigación: ¿Qué factores determinan la necesidad de incluir la tipificación del delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal?

CAPÍTULO 1: MATERIALES Y MÉTODOS

El estudio acerca de la necesidad de tipificación del delito de lesiones al feto en el COIP tiene como propósito profundizar en el conocimiento de los factores que determinan la necesidad e importancia de tipificar las lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, además de establecer la eficacia de los instrumentos legales vigentes en el Ecuador relacionados con la protección a la vida desde la concepción.

A partir de esta información se plantea establecer las directrices legales y jurídicas para la formulación de una propuesta que cuente con las suficientes bases para la inclusión del delito de lesiones al feto dentro del COIP como una medida que garantice el respeto, protección y cumplimiento de los derechos del feto. A fin de dar cumplimiento a los aspectos mencionados

se establece que la metodología del presente estudio es de tipo cualitativa, ya que se centra en conocer las características esenciales del objeto de estudio para comprenderlo en su integralidad.

Las técnicas empleadas dentro de la presente investigación fueron la revisión doctrinaria y normativa de los diferentes documentos en los que se aborda el ámbito del delito de lesiones al feto. Teniendo en cuenta la información revisada se elaboró la sistematización de los aspectos más importantes los cuales contribuyeron a la formulación de un análisis crítico de los factores que hacen parte del objeto de estudio. Tomando en cuenta el propósito del presente artículo estudio también se emplearon los fundamentos de la metodología descriptiva y explicativa, las cuales ayudaron a profundizar en el conocimiento de la problemática investigada.

CAPÍTULO 2: RESULTADOS

En este apartado se presenta los resultados de la revisión normativa y jurídica realizada en relación al tema de estudio. Para una mejor organización de los mismos se plantean tres ejes de análisis principales: delito de lesiones, tutela al feto y el delito de lesiones al feto, cada uno presenta subtemas para una mejor organización de los datos. Además, se plantea una propuesta reformatoria al Código Integral Penal, cuya finalidad es incluir la tipificación del delito de lesiones al feto dentro de la normativa penal ecuatoriana.

El delito de lesiones

La lesión como conducta antijurídica material.

La comprensión del delito de lesiones requiere en primer lugar definir el delito, entendiéndolo como una conducta o acción, típica, antijurídica, culpable y punible que se encuentra tipificada dentro de la normativa penal en la cual se especifican las penas para sancionarlas, así como las medidas de reparación a las víctimas. Puede ser de tipo doloso o culposo, se caracteriza por dañar el equilibrio y normal funcionamiento de la sociedad (Kiss 2015). Por lo tanto, se trata de una acción que atentan contra un bien jurídico protegido, un sujeto de derechos y el ordenamiento jurídico en general, razón por la cual requiere de la imposición de medidas sancionatorias.

El delito se caracteriza por ser de conducta o hecho, típico, antijurídico, culpable y punible. Desde la jurisprudencia se clasifica de la siguiente manera: de acción y de omisión. Los delitos de acción son conductas que la persona realiza en detrimento de provocar una afectación al bien jurídico protegido. Por su parte los delitos de omisión son aquellos que se dan en

circunstancias en la que la voluntad del individuo se hace evidente al realizar acciones por actos de omisión que pueden ser simples o de comisión por omisión. (Calderón 2017)

El delito de lesiones forma parte de los delitos que atentan contra la integridad y salud de la persona. La tipificación de este delito tiene como finalidad la protección de un bien jurídico protegido definido desde la doctrina como la salud física y psíquica de los individuos. La razón es que al producir una lesión es el bienestar físico y psicológico el que se ve directamente afectado. (Pérez 1990)

Las lesiones pueden ser tipo dolosas o imprudentes, sin embargo, las definidas como imprudentes leves no son consideradas como un delito cuando no se requiere la asistencia médica para su curación. Dependiendo del grado de afectación de la lesión estas pueden ser leves, graves o muy graves. (Fernández 2018)

- **Lesiones leves:** se define que una lesión es leve cuando el afectado no necesita la aplicación de un tratamiento médico o intervención quirúrgica para sanar.
- **Lesiones graves:** este tipo de lesiones provocan daños a la salud física y psicológica de la persona, requieren de un nivel de atención médica y el seguimiento de un tratamiento o realización de una intervención para poder recuperarse.
- **Lesiones muy graves:** provocan como consecuencia la mutilación de una parte del cuerpo humano o su inutilidad permanente. Estas pueden ser: amputaciones, inadecuado funcionamiento o pérdida de un órgano, deformidades, enfermedades de carácter psicológico.

La lesión se convierte en una conducta antijurídica material cuando su resultado es la parte objetiva de un tipo doloso; cuando quien lo produce está consciente de la existencia de un peligro que pondría en riesgo la salud e integridad de un tercero; tener la intención de cometer una acción determinada más allá del conocimiento o no de los posibles riesgos que esto podría provocar en el individuo. (Fernández 2018)

La lesión al atentar en contra de un bien jurídico protegido, en este caso la salud e integridad de la persona, se cataloga como una conducta antijurídica material. La razón principal es que coloca en posición de riesgo un derecho que desde la normativa cuenta con protección y con los medios para que el Derecho Penal imponga las sanciones correspondientes en relación al nivel de daño ocasionado. (Cornejo 2015)

En este sentido, definir la lesión como una conducta antijurídica material hace posible que se establezcan los parámetros para cuantificar la gravedad de los daños y en esa medida

determinar la pena que desde el sistema penal se considere justa. Si estos hechos no fueran asumidos y abordados desde esta perspectiva se deja la puerta abierta para que se den de manera permisiva sin el debido control y juzgamiento afectando el normal equilibrio y seguridad social.

Los delitos de lesiones en la legislación ecuatoriana.

El Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, tipifica el delito de lesiones en su artículo 152, en este se especifica las circunstancias y penas a las que se verán sometidos quienes cometan estas acciones, a continuación, se detalla cada uno:

1. Si la lesión produce un daño, enfermedad o incapacidad de entre 4 a 8 días, la pena privativa de libertad corresponde a un promedio de entre 30 a 60 días.
2. Si la afectación deja como consecuencia una incapacidad de entre 9 a 30 días la privación de libertad corresponde va de entre 2 meses a 1 año.
3. Si el daño genera incapacidad de 30 a 90 días, la pena corresponde a entre 1 y 3 años.
4. En los casos en los que se producen afectaciones físicas o mentales con incapacidad superior a los 90 días, la pena será de 3 a 5 años.
5. Si la víctima presenta daños a nivel mental, pérdida de alguno de los sentidos o daños en los órganos, la pena será de 5 a 7 años de reclusión.

En circunstancias en las cuales la lesión se produce en el contexto de una concentración masiva de personas, en un evento público o por una calamidad pública, la sanción corresponde a la pena máxima de privación de libertad, tomando en cuenta los casos descritos anteriormente. Además, dentro del COIP se pone de manifiesto que si las lesiones se dan como consecuencia de negligencia en el cuidado la pena corresponde a un cuarto de la pena mínima de privación de libertad, tomando en cuenta cada una de las circunstancias señaladas en el Art. 152. (Código Orgánico Integral Penal 2014)

En relación a las lesiones que suceden en el contexto de la atención médica, se debe tomar en cuenta lo dispuesto en el Art. 146 del COIP a fin de determinar la existencia o no de un delito. Dentro de esta normativa se deja claro que las lesiones provocadas por acciones de carácter terapéutico realizadas por profesionales sanitarios con el propósito de salvaguardar la salud e integridad de la persona, no pueden ser consideradas ni juzgadas como delito.

La legislación del Ecuador, reconoce únicamente el daño físico como una de las evidencias de la existencia del delito de lesión, no toma en cuenta la afectación a la integridad psicológica o emocional que este tipo de hechos puede provocar en la persona. Tampoco se hace referencia al nivel de gravedad de la lesión, únicamente toma como punto de referencia los días de incapacidad, lo que puede no representar un nivel de medición adecuado. (Guevara 2016)

Al dejar de lado el componente psicológico no se está abordando el delito de lesión en su integralidad ni se está garantizado una efectiva protección del bien jurídico protegido, en relación a la salud integral de la persona tanto en el aspecto físico como psicológico. Además, cabe mencionar que tal como se encuentra descrito el delito de lesiones en el Código Orgánico Integral Penal actual, no se toma en cuenta otro tipo de lesiones, principalmente las que se podrían ocasionar en contra del feto, contraviniendo el mandato constitucional que promulga la protección y el respeto a la vida desde la concepción. Por lo que se hace imperioso además diferenciar las lesiones ocasionadas al feto cuando se tiene como finalidad provocar un aborto y este no se logra, cometiendo un delito en grado de tentativa, con base en estos argumentos, se establece que, en la legislación ecuatoriana, la integridad del feto no se encuentra tutelada.

Elementos objetivos y subjetivos del delito de lesiones.

El sujeto pasivo en el delito de lesiones al feto

Es necesario partir señalando para efectos del presente estudio cual se debe considerar el sujeto pasivo del delito de lesiones dado que en el actual Código Orgánico Integral Penal vigente en el Ecuador considera como sujeto del delito de lesiones a la persona, situación que deja de lado al feto, ya que tal como se encuentra planteada nuestra legislación, esta categoría no cubre al *nascituros* (Serrano 2014). El no reconocimiento del sujeto que esta por nacer no garantiza que la legislación del Ecuador realice una tutela efectiva de los derechos del feto, lo que lo deja en total indefensión aún a pesar de que la protección de la vida desde el momento de la concepción se encuentre garantizada en la Carta Magna.

El no reconocimiento del feto como persona y la existencia de un vacío legal en la normativa legal vigente tanto en el delito de lesiones como en la aplicación de la norma, impiden un establecimiento claro del embrión como sujeto pasivo del ilícito. Bajo esta lógica, se podría interpretar que, al no existir una persona como tal, la lesión no puede ser categorizada dentro de la categoría de delito lo que dejaría en la indefensión al ser humano por nacer. (Boldt y Contesse 2009)

Por tanto, el sujeto pasivo en este tipo de delito es el feto desde su fase embrionaria (Suárez 1999). A pesar de esta definición basada en la jurisprudencia existente y el mandato constitucional de la vida como un derecho fundamental de la sociedad es necesario la implementación de una legislación menor que trabaje en función de la norma suprema. De esta manera se asegura una efectiva protección del feto en casos de delito de lesiones.

Elementos objetivos

Los elementos objetivos de un delito corresponden a aquellos que pueden ser descritos materialmente, es decir: conducta, sujetos activos y pasivos, objeto material, normativa. La confluencia de cada uno de estos genera un resultado determinado (Carrera 2018). Dentro del delito de lesión los elementos subjetivos tienen relación con los parámetros formulados por ley para valorar los siguientes aspectos: integridad del individuo, el nivel de independencia de la persona en contra de la cual se cometió la lesión y el tiempo que la persona se ve impedida de realizar sus actividades, o si el nivel de gravedad de la lesión es tal que se convierte en una situación permanente.

La determinación de estos elementos mantiene una estrecha relación con las características específicas de la persona en cuanto a su profesión, a las responsabilidades a su cargo y en general al rol que cumple dentro de la sociedad. En este ámbito se toma en cuenta el nivel de afectación provocado como consecuencia de la lesión y las repercusiones de este hecho dentro de la vida del individuo, situación que el derecho penal tiene la obligación de valorar conforme a la normativa vigente. (Pineda 2014)

Elementos subjetivos

Los elementos subjetivos del delito se encuentran estrechamente vinculados con la intención del sujeto activo de provocar un daño o resultado en contra del sujeto pasivo. En este aspecto cobran relevancia elementos relacionados con la voluntad y conocimiento para generar un hecho determinado, es decir, el dolo y culpa. Es decir, la valoración de estos aspectos se da en función de los recursos que posee el autor del delito para establecer que sus acciones son dolosas, corresponde entonces a la interacción entre la voluntad, el conocimiento y la conciencia. (Pineda 2014)

En lo referente a los elementos subjetivos se establece la necesidad e importancia de que el sujeto pasivo el cual ha sido víctima de la lesión realice una referencia del grado de afectación que se le ha provocado. De igual manera se toma en cuenta la situación del sujeto activo causante de la lesión como un medio a través del cual se mide su nivel de responsabilidad e intención para provocar un daño que vulnera el derecho fundamental a la salud e integridad. (Pineda 2014)

Tutela al feto

Regulación Constitucional.

La vida se encuentra como un derecho fundamental dentro de la Constitución de la República del Ecuador, fundamentada en los diferentes instrumentos legales internacionales a los cuales nuestro país se encuentra adscrito y representan una garantía básica que ampara a todos los ciudadanos. En este sentido en el artículo 45 de la Carta Magna indica:

“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”.

Tal como se puede apreciar en el Ecuador, a nivel constitucional existe una regulación para proteger la vida desde la concepción siendo una de las garantías más importantes debido a que se trata del principal marco legal que rige la vida de un Estado (Vásconez y Mena 2017). En este sentido, se advierte que dentro del mencionado artículo se hace referencia a dos derechos: el primero, la garantía a la vida desde el momento mismo de la concepción; y, el segundo, asegurar el cuidado y protección del feto. Es decir, se otorga importancia, al mismo tiempo que se pone de manifiesto la necesidad de crear los medios para la protección de la vida del ser humano por nacer. (Serrano 2014)

Si bien el Art. 45 de la Constitución es el único que realiza una referencia expresa a la protección a la vida desde la concepción, en el Art. 43 de la referida Ley describen los derechos de las mujeres embarazadas, mencionando los siguientes: la no discriminación en los campos laborales, sociales y educativos; prioridad en la protección y cuidado de su salud integral durante toda la etapa de embarazo, parto y posparto; accesos gratuitos a todos los servicios de salud; y, contar con los medios para su recuperación luego del parto y durante la lactancia.

Al considerar dentro de la Constitución de la República los derechos de las mujeres embarazadas, se está considerando también al feto dado que es la razón por la cual se ha otorgado dicha protección en virtud de su condición, toda vez que el bienestar de los dos se encuentra estrechamente vinculados. Si bien no se señala de manera expresa, pero realizando una interpretación jurídica se evidencia la importancia que se da al feto desde su concepción, gestación en la Constitución de la República.

La vida y la salud del feto.

El derecho a la vida dentro de los ordenamientos jurídicos de todos los países es considerado como el derecho humano fundamental, sin el cual los demás derechos no tendrían ningún sustento. Por lo tanto, su protección y respeto desde el momento mismo de la concepción, es considerado como la premisa básica de la continuidad de la vida (Uzcátegui 2013). El feto debido a la etapa en la que se encuentra necesita de atención, protección y cuidados especiales tanto a nivel psicosocial, médico y legal para asegurar que su nacimiento sea adecuado.

Un aspecto a considerar dentro de lo referente a la vida y la salud del feto, es que los instrumentos legales vigentes no detallan de manera expresa el alcance del derecho a la vida, lo que provoca que existan una serie de inconsistencias y vacíos legales que lo dejan en total indefensión. De manera en la cual las normativas relacionadas a este ámbito se encuentran redactadas, dan cuenta de la posibilidad de plantear 3 posibles interpretaciones: la primera, el no reconocimiento del derecho a la vida del feto; la segunda, reconociendo al feto el derecho a la vida, pero con algunas limitaciones; y, la tercera reconociendo de manera absoluta el derecho a la vida del feto. (Sánchez 2014)

Derecho a la vida como bien jurídico protegido en los delitos de homicidio (simples y calificados) y aborto.

El bien jurídico protegido se define como un interés de carácter vital dentro de la sociedad que aporta al desarrollo de los individuos, el cual posee reconocimiento jurídico (Mayer 2017). Dentro del derecho penal cumple un rol importante ya que es por medio de este que se determinan los fundamentos para castigar aquellas acciones catalogadas como delitos dentro del ordenamiento jurídico.

En el caso del delito de homicidio, este representa un atentado directo contra el bien jurídico protegido vida, uno de los derechos fundamentales consagrados en la normativa nacional e internacional (Cornejo 2019). En relación al homicidio simple se establece que este sucede cuando se produce con dolo, es decir, se pone de manifiesto la conciencia y voluntad de terminar con la vida de una persona. (Carreño et al 2017)

Por su parte, el homicidio calificado, se configura como una acción que produce la muerte de otra de manera intencional en el marco de circunstancias específicas que se relacionan como los medios o maneras en las que se comete el delito (Carreño et al 2017). Tanto en el homicidio simple como en el calificado el bien jurídico protegido es la vida individual de la persona, razón por la cual desde la normativa se establecen sanciones para quienes cometan

este tipo de delitos, tomando en cuenta las circunstancias y agravantes para la determinación de la pena.

En el caso del aborto, se debe tomar en cuenta que la vida es un derecho esencial que toda persona posee, se cataloga como incuestionable independientemente de la circunstancia en la que se encuentre la persona (Villavicencio 2012). Con base en lo indicado en el Art. 45 de la Constitución del Ecuador, este derecho se garantiza desde el momento de la concepción razón por la cual, el aborto se convierte en un delito penado por ley.

Tanto es así que, en el Código Orgánico Integral Penal del año 2014, se definen las circunstancias y penas que reciben las personas que tienen algún tipo de participación o injerencia en los casos de aborto tal como se menciona a continuación: aborto con muerte; aborto no consentido; aborto consentido; aborto no punible. Las penas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, teniendo en cuenta diversas circunstancias, van desde los seis meses hasta los 17 años de privación de libertad.

En la legislación aún existe una diferenciación importante en lo referente a las garantías que la normativa implementa para una persona y para el feto, dejando a este último en estado de indefensión, pese a que se encuentra en total vulnerabilidad, debido a que no existe una clara referencia al daño que se le puede ocasionar (Serrano 2014). Desde la perspectiva del autor y tomando en cuenta la manera en que se encuentra expuesto el aborto en el COIP, el hecho de que el feto se encuentra en una posición en la que es susceptible de que se cometan actos atentatorios en contra de su integridad, requiere de una clara definición del alcance y medidas que se toman desde la legalidad.

El derecho penal ecuatoriano no ha logrado tipificar dentro del Código Orgánico Integral Penal este tipo de acciones referentes a las lesiones al feto como un delito, contraviniendo el bien jurídico protegido, vida desde la concepción (Serrano 2014). El feto, al encontrarse en un rol de inferioridad demanda del Estado y su sistema jurídico la creación e implementación de la normativa necesaria para asegurar que existan los medios y garantías suficientes para asegurar su integridad y por consiguiente la sanción correspondiente para quienes cometen actos atentatorios que ponen en riesgo su integridad y su derecho a nacer en un ambiente seguro, libre de violencia, en el que pueda crecer y desenvolverse integralmente.

La integridad del feto como bien jurídico.

La integridad del feto como bien jurídico protegido es un tema complejo debido a que se trata de un objeto de derecho que se encuentra en un proceso de transformación. Por lo tanto, establecer el tipo de afectaciones que le han sido provocadas puede ser una dificultad ya que se debería establecer un punto entre el momento del cometimiento del delito y los posibles efectos a futuro una vez que haya nacido, según cada caso. (Boldt y Contesse 2009)

A nivel constitucional, la vida es un bien jurídico protegido que se garantiza desde el momento mismo de la concepción (Art. 45). Sin embargo, su aplicación se ve limitada como consecuencia de la falta de una normativa específica en la que se aborde la integridad del feto y los derechos que este posee. Al ser la vida un derecho fundamental el cual no debería estar restringido bajo ninguna causa, se debe contemplar la manera en que se hace extensivo para asegurar que se castiguen las acciones atentatorias en contra de la integridad del feto.

En los sistemas jurídicos de las diferentes naciones, de manera tradicional se ha dado a entender que la protección del feto se concibe por medio de la penalización al aborto (Romeo 1999). Sin embargo, se debe tomar en cuenta que es fundamental que la protección de la integridad y salud del feto como bien jurídico protegido debe contar con regulaciones más específicas, debido a que la manera en la cual se encuentra expresado actualmente no representa una real garantía de su protección, cuidado y salvaguardo de su derecho básico a continuar en su proceso de desarrollo y crecimiento.

Delito de lesiones en el feto

Lesiones en el feto: definición y características.

El feto se encuentra expuesto a una serie de complicaciones durante el embarazo, que trascienden el ámbito de los derechos de la madre y que representan un riesgo para su integridad como consecuencia de la intervención de terceros. Esto puede significar que nazca antes de tiempo, es decir, dentro de condiciones poco favorables para su desarrollo, se produzcan lesiones a nivel físico, afectaciones a nivel psicológico e incluso la muerte. (Muñoz 2011)

El delito de lesiones al feto, desde un punto de vista global, puede entenderse como el hecho o acción de provocar un daño en el cuerpo o en la salud del concebido, razón por la cual es necesario establecer una pena sancionatoria para castigar a quienes cometan actos de este tipo (Peña 2012). Desde el punto de vista doctrinario, las penas se justifican en estos casos debido a que existe un bien jurídico protegido, el cual corresponde a la vida y salud del feto. (Castro 2015)

El delito de lesiones al feto tiene su fundamento principal la importancia y necesidad de proteger la vida del ser humano por nacer (Serrano 2014). El *nasciturus* se encuentra expuesto a la intervención de terceros que pueden cometer acciones que tendrían como resultado su nacimiento antes de tiempo e incluso la muerte (Muñoz 2011). En este sentido, el delito de lesiones al feto se contempla como el acto que ocasiona daños o lesiones en la

salud o en el cuerpo, dando paso a la total vulneración de sus derechos fundamentales, arriesgando su acceso a una vida digna.

El delito de lesiones al feto está atravesado por una serie de características y consideraciones a tomar en cuenta, siendo estas los responsables o medios a través de los cuales se provoca el daño. En este sentido se establece que el *nasciturus* puede ser lesionado por diferentes tipos de causas: a través del cuerpo de la madre, por la realización de algún tipo de procedimiento quirúrgico, por la toma de algún tipo de fármaco. En todos estos aspectos se debe prestar atención al hecho de la comisión del delito por imprudencia o negligencia. (García 1999)

El delito de lesiones al feto tiene como finalidad tutelar la integridad y salud del feto ante conductas de tipo lesivo que pueden suceder durante la etapa prenatal, se clasifica dentro de los delitos comunes ya que no existe un límite en lo referente a la posibilidad de sujetos activos que pueden cometerlo, siendo el sujeto pasivo el feto desde su etapa embrionaria. Puede cometerse de forma dolosa o imprudente (Suárez 1999). Por lo tanto, el hecho de tipificar estas acciones permite al sistema jurídico contar con los recursos para sancionar a quienes atenten en contra de es bien jurídico protegido.

El delito de lesiones al feto en su modalidad dolosa corresponde a provocar una lesión en el feto por cualquier medio o procedimiento, se trata de un delito de tipo material que tiene como perjuicio el normal desarrollo del feto, que puede derivar en afectaciones de tipo físico e incluso psicológico. Estas consecuencias pueden evidenciarse durante la etapa de gestación e incluso después del nacimiento. (Suárez 1999)

En lo referente al delito de lesiones al feto en su modalidad imprudente se establece que este es ocasionado por acciones de tipo profesional o causas relacionadas. Se determina que en casos de procedimientos de aborto esto puede suceder cuando no se consuma totalmente el hecho, lo que genera afectaciones a la integridad de la persona por nacer. Además, se lo considera como tentativa de homicidio. (Suárez 1999)

Para determinar la existencia del delito de lesiones al feto, el resultado debe evidenciar una consecuencia, lesión, enfermedad o complicación que afecte su normal proceso de desarrollo, provocando una enfermedad ya sea de carácter físico o psíquico, es decir una transgresión al bien jurídico protegido. Para la tipificación del delito como tal, resulta indispensable la comprobación causal de la relación entre la acción y el resultado. (Muñoz 2011)

La problemática en estos casos está dada por el hecho de que la posibilidad de constatar la lesiones puede realizarse a la etapa posterior al nacimiento. En lo referente a los daños asociados al aspecto psíquico, el tiempo se extiende a una fase de maduración y crecimiento más avanzado, lo que determina que haya transcurrido una considerable cantidad de tiempo

entre el momento de la acción y la determinación del resultado. De igual manera, se debe tomar en cuenta que, a pesar de los avances científicos en el ámbito prenatal, aún resulta complicado conocer las verdaderas causas de ciertas condiciones en el feto, lo que dificulta que se pueda establecer que son la consecuencia de una acción de tipo imprudente o doloso. (Muñoz 2011)

En este sentido, la diversidad de aspectos que pueden tener como consecuencia que se produzca una lesión en el feto, requiere de la delimitación clara de los hechos que pueden ser considerados como acción típica. Una dimensión a tomar en cuenta en el delito de lesiones al feto es la no necesidad de que la lesión o enfermedad permanezca en el *nasciturus*, esto significa que aún a pesar de que el feto haya superado la afectación provocada durante la etapa de gestación, la acción típica se mantiene. (Peña 2012)

La tipificación del delito de lesiones al feto tiene como objetivo principal garantizar la protección del bien jurídico vida, salud e integridad en el ser vivo sin nacer (Vives et al 2004). En esa medida deben existir todos los mecanismos normativos necesarios para asegurar su protección y evitar que se cometan actos deliberados en contra de su integridad. Sin embargo, no todas las legislaciones han incorporado este delito dentro de su jurisprudencia penal, dejando un vacío jurídico que limita la capacidad del sistema de juzgar este tipo de actos.

Tratamiento de lesiones en el feto en la normativa nacional.

La vida se ha configura como el derecho fundamental más importante para los seres humanos, ya que de este se derivan los demás derechos necesarios para su existencia y desarrollo. En el Ecuador, la Constitución de la República, en su Art. 45 establece que la protección de la vida inicia desde el momento mismo de la concepción, es decir, se acepta la existencia de un ser vivo que requiere de tutela jurídica, por lo tanto, el Estado asume la responsabilidad de garantizar el derecho a la vida en todas las fases de su desarrollo (Galiano 2016).

Tomando como referencia el derecho reconocido a nivel constitucional, en el que se declara que la vida se protege desde el momento de la concepción, se infiere que el delito de lesiones al feto puede ser sancionado con base en el mandato del máximo instrumento legal del Ecuador. Si bien no se encuentra estipulado de manera expresa, representa el fundamento más importante a través del cual se debe sustentar la necesidad de tipificar las acciones que pudieran atentar contra la integridad del *nasciturus*.

De esta manera, el Art. 45 de la Constitución garantiza una doble protección al feto, por un lado, promulga la vida desde la concepción y también asegura que existirán los medios para el cuidado y protección del que está por nacer. En este sentido, se desprende el hecho de

que el *nasciturus*, al menos dentro de la normativa, cuenta con la protección que requiere para desarrollarse y crecer integralmente. (Serrano 2014)

Además, dentro de la Carta Magna se hace especial referencia a los derechos de las mujeres embarazadas. Así, el Art. 43, numerales 2 y 3 de la Constitución de la República señalan de manera expresa que el Estado le garantizará el acceso gratuito al sistema de salud para la protección integral de su vida durante el embarazo en todas sus etapas. Por lo tanto, se puede apreciar que si bien no existe una declaratoria expresa en relación a las lesiones en el feto, si se aborda integralmente el derecho a la vida desde la concepción lo que fundamenta que dentro del derecho penal se tome en cuenta los delitos que pudieran afectar a este bien jurídico protegido.

El delito de lesiones al feto no se encuentra tipificado como tal en el Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, se hace una mención al aborto en diferentes circunstancias estableciendo los hechos y las penas dependiendo de diferentes causas o contextos en los cuales se realiza, dependiendo, además, del nivel de participación o responsabilidad de los implicados. A continuación, se explica cada una:

- Aborto con muerte: el Art. 47 menciona que cuando en el proceso se provoca la muerte de la mujer la pena para los responsables será de 7 a 10 años de prisión si el aborto fue consentido y de 13 a 17 años de privación de libertad cuando está no ha dado su consentimiento.
- Aborto no consentido: el Art. 148 establece que el individuo que haga abortar a una mujer sin que esta haya dado su consentimiento será encarcelado de 5 a 7 años. Si el proceso no ha surgido ningún efecto será considerado como tentativa y la pena será correspondiente al daño ocasionado.
- Aborto consentido: el Art. 149 estipula que quien haga abortar a una mujer que ha dado su consentimiento, recibirá una pena privativa de libertad de 1 a 3 años. Por su parte la mujer que lo provoque o permita que otro lo haga, será encarcelada por un periodo de entre 6 meses a dos años.
- Aborto no punible: el Art. 150 menciona que el aborto no será sancionado penalmente en dos casos: el primero, cuando se realice con la finalidad de salvaguardar la vida o la condición de salud de la embarazada, y este hecho no pueda ser evitado por otro tipo de medios o procedimientos. El segundo, cuando el embarazo sea producto de una violación en mujeres diagnosticadas con discapacidad mental.

El hecho de que dentro del COIP, el aborto en diferentes circunstancias se encuentre tipificado, permite comprender que existe por parte del Estado el interés de salvaguardar el derecho a la vida del no nacido (Galiano 2016). A pesar de este interés continúa existiendo un vacío legal en el tratamiento del delito de lesiones al feto, lo que puede provocar que se trasgreda su derecho a la vida y a desarrollarse de manera adecuada desde la etapa de concepción y en las diferentes fases de desarrollo.

De igual manera, el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 20 reconoce el derecho a la vida de los niños, niñas y adolescentes, y lo hace de la siguiente manera:

Art. 20.- Derecho a la vida. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral. (Código de la Niñez y Adolescencia 2014)

Tal como se puede apreciar, corresponde al Estado asegurar los medios que impidan cometer cualquier acción de tipo imprudente o dolosa que pudieran afectar el bienestar del feto y poner en riesgo su vida. Dentro del artículo mencionado se prohíbe realizar procedimientos o técnicas que vulneren el derecho a la vida del no nacido. Dentro de este se puede apreciar con mayor claridad la referencia al delito de lesiones al feto. (Villavicencio 2020)

En esta misma línea el Art. 148 del Código de la Niñez y Adolescencia reconoce que la vida empieza desde el momento mismo de la concepción, en esa medida se brinda a la mujer embarazada las garantías necesarias para que ella y el *nasciturus* puedan vivir esta etapa de manera segura tanto para su salud física como emocional. La normativa existente en el Ecuador, tomando en cuenta el mandato constitucional especificado en el Art. 45 contiene los medios para asegurar que la vida sea protegida desde la concepción y en ese aspecto se puede plantear las medidas para la tipificación del delito de lesiones al feto.

Además de las normativas descritas, el Código Civil ecuatoriano en el Art. 61 manifiesta de manera expresa en relación a la vida del feto 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 peligra. (Código Civil 2005)

En este sentido, el Código Civil se convierte en la normativa que, en línea con la Constitución de la República, deja de manifiesto la protección de la vida del que está por nacer. Entendido este artículo de manera literal y en concordancia con los demás instrumentos legales, la vida desde la concepción es una garantía que se encuentra en el marco jurídico del Ecuador. A nivel interpretativo, a pesar de que las lesiones al feto no se encuentran definidas como tal, si pueden ser analizadas a luz de la legislación vigente.

Sin embargo, a pesar de la existencia de estos instrumentos legales, si se evidencia un vacío legal ya que el jurista en caso de tener que juzgar las lesiones en contra del feto, se ve expuesto a la realización de una interpretación, que no siempre va a corresponder con los hechos del ilícito como tal. Por esta razón es fundamental que dentro de la normativa penal exista una mención expresa al delito de lesiones al feto a fin de garantizar el cumplimiento del mandato constitucional que dicta la protección de la vida desde la concepción.

Delito de lesiones en el feto en la normativa internacional.

La protección al derecho a la vida es un ámbito abordado por diferentes instrumentos internacionales. Así, la Declaración de los Derechos Humanos en su Art. 3 menciona que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. En esta misma línea el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 6 menciona que la vida es un derecho inherente a la persona. La Ley garantiza su cumplimiento y nadie podrá ser privado de este de manera arbitraria. (ONU 2006)

De igual manera, la Declaratoria de los Derechos del Niño en el Art. 6 manifiesta que todo niño tiene derecho a la vida y corresponde a los Estados procurar los medios para su supervivencia y desarrollo. El Art. 27 refiere que todos los infantes deben gozar en un ambiente que procure su crecimiento tanto a nivel físico, como mental, espiritual, moral y social. (ONU 2006)

Tal como se puede observar, la normativa internacional mencionada hasta el momento refiere a la vida como un derecho fundamental, sin embargo, no se realiza una mención específica a los derechos del feto ni a las garantías de protección que le deberían ser dadas por encontrarse en una posición de total indefensión. Los derechos contemplados en estas normativas refieren a las personas nacidas, por lo que se invisibiliza y se deja en total indefensión a los seres humanos por nacer.

Al ser la Declaratoria de los Derechos Humanos y la Declaratoria de los Derechos del Niño dos instrumentos esenciales y referentes para que las naciones desarrollen sus marcos jurídicos garantistas de derechos, en las citadas normativas no se evidencia fundamento alguno referente a la protección del feto.

Analizando otros marcos jurídicos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en 1969, es su Art. 4 numeral 1 establece que:

“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”.

De los diferentes instrumentos internacionales mencionados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la única que hace una referencia expresa a la protección de la vida desde la concepción. La razón por la cual, la normativa internacional relacionada no hace mención directa a este tema puesto que se podría entender el hecho de no querer abordar el tema del aborto de forma evidente.

Al realizar una lectura literal del artículo señalado por la convención se entreve que el feto tiene una protección jurídica y legal que se ampara en un instrumento internacional que lo fundamenta (Ruiz y Zúñiga 2014). Cabe mencionar que, a pesar de esta afirmación, la falta de claridad de los demás instrumentos internacionales en relación a este aspecto puede prestarse a diferentes interpretaciones que atentan contra los derechos esencial del ser humano no nacido.

Sin embargo, a pesar de este hecho, se puede comprender que la vida tiene su inicio desde la fecundación. A fin de evitar inadecuadas interpretaciones que pudieran poner en riesgo la vida del feto, es necesario que la normativa sea clara para garantizar el derecho fundamental a la vida que todos los seres humanos poseen, el cual es irrenunciable, inviolable, imprescriptible, indivisible y universal. (Valdivieso 2009)

Afirmar que el derecho a la vida inicia desde el momento de la concepción implica la creación de los medios legales para evitar que se cometan actos en contra del feto, tales como delitos de lesiones, que podían ocasionarles daños irreparables e incluso la muerte. En este sentido resulta necesario que los instrumentos legales internacionales que dentro de su contenido abordan el derecho a la vida, definan claramente el estatus jurídico del embrión. (Adriasola 2013)

La ausencia de una mención expresa a los derechos del feto y la falta de claridad de su estatus jurídico impiden realizar un verdadero análisis y aplicación de la normativa para garantizar su protección integral. En este marco, el delito de lesiones al feto no se encuentra totalmente contemplado, lo que genera que los jueces realicen diferentes tipos de interpretaciones que pudieran dejar en la indefensión al sujeto de derechos y por tanto en vacío legal al bien jurídico protegido.

Consideraciones a tomar en cuenta para la tipificación del delito de lesiones en el feto en el COIP.

El Código Orgánico Integral Penal debe ser lo suficientemente coercitivo respecto de las lesiones en el feto, para evitar a través de una tipificación el menoscabo grave de la integridad del mismo, debiendo además constituir un delito totalmente autónomo del aborto y con especificaciones propias de todos los perjuicios que pueden presentarse como la permanencia de la lesión aun después del nacimiento, o su manifestación una vez nacida la criatura.

Determinar la punibilidad de las lesiones que pudieran inferirse al feto, conlleva una construcción jurídico-penal con la cual se logre identificar las conductas tipificables encaminadas a castigar a quien causase un menoscabo en la integridad del no nacido, pues este es titular de protección desde que se dio paso a la concepción.

Ahora bien, el delito de aborto siempre ha tenido una tipificación jurídico autónoma del delito de homicidio, a pesar de que el bien jurídico que protegen los dos tipos es la inviolabilidad de la vida. Si se parte del hecho que el feto es fuente de vida desde la concepción, se concluiría que la protección que debe recibir debe enmarcarse en un tipo específico y claramente diferenciable, pues se trata de prohibir conductas que lesionen al no nacido.

Los avances científicos han logrado determinar la diferente entidad ontológica del nasciturus en relación a su madre, con un código genético y un sistema inmunológico independiente y propio. Por esta razón es imposible negar que el feto tiene una condición humana independiente desligada totalmente de su madre que obligan al legislador a tipificar conductas que lesionen su integridad. (Vásconez y Mena 2017)

Hasta ahora, la no regulación específica de las conductas lesivas sobre el feto, dejan en la impunidad taras o deficiencias físicas o psíquicas graves, que recién se manifiestan en el nacimiento y que son la consecuencia de la intervención u omisión imprudente de un tercero en el normal desarrollo prenatal. En este sentido, toda acción que permita incidir sobre la salud e integridad del feto, bien sea con fines de investigación, terapéuticos o de otra índole, que se realicen con imprudencia, negligencia y de forma dolosa, debe ser sancionada penalmente.

La comisión del delito de lesiones al feto por lo general puede presentarse por impudencia, especialmente por actuaciones u omisiones de los profesionales de la salud que pueden incidir directamente sobre el feto e indirectamente a través del cuerpo de la madre. En

definitiva, el objetivo es proteger la vida del ser humano, en todas sus fases de desarrollo, que comprenden no sólo su vida, sino también su salud e integridad.

Sin embargo, de todo lo dicho, hay que diferenciar si las lesiones son perpetradas en el periodo entre la concepción y el nacimiento, cuál sería el tratamiento que el tipo penal le daría y si las mismas son remediadas en ese mismo lapso de tiempo cómo se procedería. Por otro lado, el Código Civil en su Art. 63 indica que los derechos del feto estarán suspendidos hasta que opere su nacimiento y si una vez adquiere la personalidad jurídica que le permite ser titular de derechos, como se procedería con las lesiones infringidas mientras era un feto.

Por otro lado, también se debe analizar qué pasaría si las lesiones inferidas al feto son tan graves que definitivamente no son remediables, se daría la posibilidad a la madre de realizar un aborto o se le exigiría que continúe adelante hasta el parto, a sabiendas que el producto que viene es inviable y respecto al causante en el caso de permitir el aborto, se empeoraría su situación jurídica por ser el culpable directo de la violación del bien jurídico vida.

De la misma forma, qué pasaría o cómo se sancionaría al culpable, si las lesiones sobre todo de carácter psíquico, no se detectan inmediatamente después del nacimiento, sino transcurrido un cierto tiempo y en concordancia con lo mencionado el tiempo para la prescripción de la acción, correría desde que se infringió la lesión al feto o desde el momento en qué fue detectada.

En cuanto a quienes pueden perpetrar el delito de lesiones al feto, queda claro que puede ser cualquier persona, incluso su propia madre y otros que tanto por imprudencia como por dolo pueden llevar a cabo actos o conductas lesivos para la integridad del no nacido. Las penas tienen que ser superiores a las penas establecidas para lesiones en contra de personas nacidas, pues no hay que olvidar que el feto se encuentra incluso en posición de indefensión ante los ataques que sufra.

Finalmente, la reparación integral que se debe disponer para remediar las lesiones ocasionadas al feto, deben no solo contemplar toda medida tendiente a restablecer la salud y la integridad del no nacido, sino también de su madre, pues al ser esta la portadora del nasciturus también sufre las consecuencias de la conducta delictiva, en conclusión el tipo penal debe ser tan completo que no puede dejar lugar a subterfugios legales que desemboquen en impunidad, pues no estaríamos respetando el mandato constitucional.

Propuesta Reforma al Código Orgánico integral penal para la tipificación del delito de lesiones al feto

Tema

Proyecto de Ley reformativo del Código Orgánico Integral Penal

Antecedentes de la propuesta

La Constitución de la República protege la vida desde la concepción, por lo tanto, el Estado es el responsable de adaptar formal y materialmente las leyes para que este mandato constitucional se cumpla, sin embargo, en la tipificación del Código Orgánico Integral Penal no consta como delito las lesiones que pudieran causarse al feto, por distintas razones.

En este sentido, es importante recordar que los dos grandes hemisferios que marcan la responsabilidad penal son: la culpa y el dolo. Estas modalidades se fundamentan en el presupuesto necesario de la voluntad humana para la concreción de un acto y en la conciencia de sus efectos. El dolo está marcado por la intención de cometer un acto que lesione un bien jurídico protegido, pero también podemos encontrar resultados dañosos, pero sin la intención de causarlo, es decir cometidos por culpa que se basa siempre en la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de ley por parte de quien la realiza.

Es parte integral del bien jurídico vida, protegido por la Constitución de la República, la integridad y la salud del feto, la misma que debe ser protegida desde la concepción, por lo tanto cualquier atentado contra el no nacido, debe ser categorizado y tipificado de forma especial en la ley penal, con la finalidad de cumplir con la orden constitucional, pero al no tenerlo tipificado se está dejando de proteger la vida y por tanto vulnerando derechos constitucionales y humanos que hay que corregir en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a través de una reforma legislativa.

Justificación

El vacío legal que presenta el Código Orgánico Integral Penal respecto de aquellas conductas que traen como consecuencia lesiones en la integridad física y la salud del feto, adquiere gran importancia de cara a la tipificación como delito de estos actos. De lo mencionado, podemos concluir que la doctrina penal mayoritaria considera necesaria la tipificación del delito de lesiones al feto, con la finalidad de materializar el mandato constitucional de proteger la vida desde su concepción.

En este sentido, muchas pueden ser las causas y circunstancias que conlleven el cometimiento de una conducta impropia en contra de una mujer embarazada en principio y como consecuencia ineludible del feto, en este sentido, es de gran novedad proceder a

identificar las conductas dañosas al igual que a las personas que pueden llevarlas a cabo, para poder constituir los elementos del tipo penal.

Aunque muchos son los autores que creen que se debe exceptuar a la madre como sujeto agente del ilícito, por nuestra parte y luego del análisis realizado en esta investigación, se cree que no es conveniente excluirla de punibilidad, pues hay que recordar que una infracción penal se puede cometer desde el plano volitivo del dolo o del descuido como ocurre en la imprudencia, por lo tanto, una acción negligente de cuidado o despreocupación por parte de la madre no puede quedar impune.

Por otro lado, están los casos de violencia intrafamiliar y de violencia simple si así la podemos llamar cuando es ejercida por una persona sin vínculo familiar o de cualquier tipo con la agredida, por otro lado, están los profesionales de la salud quienes directamente inciden sobre el feto al llevar a cabo los controles durante el embarazo y si en ese devenir, alguna conducta puede causar daños al feto que pueden llegar a ser permanentes, debe necesariamente ser una conducta castigada por la ley.

Tipificar las lesiones al feto, nos llevarán a evolucionar como una sociedad respetuosa de la ley y de los derechos humanos, como ya lo han hecho países hermanos como Colombia, Nicaragua, España y El Salvador, por lo tanto, reformar el Código Orgánico Integral Penal es la herramienta con la cual se alcanzará el objetivo trazado, que no es más que proteger la vida desde su concepción.

Objetivos

Objetivo general

Elaborar un proyecto de Ley reformativo del Código Orgánico Integral Penal que elimine el vacío jurídico sobre las lesiones al feto y materialice el mandato constitucional de protección de la vida desde su concepción.

Objetivos Específicos

- Determinar las normas, reglas y procedimientos que permitan la implementación inmediata del tipo penal lesiones al feto.
- Convocar a las autoridades estatales, actores sociales y a expertos en derechos humanos y en jurisprudencia penal para que coadyuven a la implementación del tipo penal lesiones al feto.
- Establecer en el tipo penal lesiones al feto, las conductas y sanciones que deberán aplicar los administradores de justicia en contra de quienes cometan este delito.

- Exponer este proyecto reformativo del Código Orgánico Integral Penal, al razonamiento del pleno de la Asamblea Nacional, a fin de que se concrete y se implemente a nivel nacional.

Fases del proyecto

La propuesta de instaurar un proyecto de ley reformativo del Código Orgánico Integral Penal, debe seguir un plan estructurado y sistemático de elaboración, siendo necesario determinar las fases de su estructuración, las mismas que deberán ser estrictamente respetuosas de los argumentos normativos y prácticos que deben alcanzarse en el objetivo de brindar una verdadera protección al feto.

Tabla 1 Fases del Proyecto

INDICADOR	SITUACIÓN ACTUAL	RESULTADOS ESPERADOS	ACTIVIDADES	RESPONSABLES
Estructuración de un proyecto de ley reformativo del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador que materialice la protección de la vida desde la Concepción	El texto del Código Orgánico Integral Penal no contiene un tipo penal de lesiones al feto, por lo tanto, cualquier atentado contra este queda en la impunidad y desdibuja el mandato constitucional de protección de la vida desde la concepción	Adaptar formal y materialmente a los mandatos constitucionales, a través de la reforma al Código Orgánico Integral Penal, con el fin de que sea un verdadero instrumento de protección del no nacido	Elaboración del proyecto de ley reformativo Código Orgánico Integral Penal con observancia de los mandatos constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos y protectores de la vida desde su concepción.	Un grupo de especialistas conformado por expertos en derecho constitucional, derechos humanos, derecho penal, catedráticos universitarios, doctrinarios, Abogados en libre ejercicio y representantes de la sociedad

Elaborado por: Mateo Sebastián Quevedo Izquierdo

Proyecto**"PROYECTO DE LEY REFORMATARIO DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL"****EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La transición del Estado de Derecho hacia un Estado Constitucional de Derechos y Justicia que se dio con la promulgación de la Constitución de la República en el año 2008, tiene entre sus principales características la responsabilidad estatal en el cumplimiento y respeto de los derechos y la adaptación formal y material de la legislación interna con los mandatos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este sentido, el Estado tiene la obligación de garantizar el respeto de los derechos de protección de los grupos de atención prioritaria como lo son las mujeres embarazadas y concomitantemente con esto, de proteger la vida desde su concepción. Por lo tanto, es necesario que el Estado en interacción con la sociedad, propicie acciones con enfoque proteccionista que se proyecte en la tipificación de las lesiones al feto.

Los avances constitucionales en el reconocimiento y garantía de los derechos de las mujeres embarazadas como grupo de atención prioritaria, deben cobijar también al feto que se desarrolla en su vientre, sin embargo en la actualidad el Código Orgánico Integral Penal no contienen el tipo penal que sancione las lesiones perpetradas en contra del no nacido, a través de actos que bien pueden derivarse de la intención maliciosa de causar daño como en el dolo o simplemente del descuido y negligencia como en la imprudencia.

Con estos antecedentes, resulta necesaria una reforma del Código Orgánico Integral Penal con la finalidad de adaptarlo formal y materialmente a los mandatos constitucionales de protección de la vida desde su concepción en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos.

CONSIDERANDO:

Qué la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 35 declaró a las mujeres embarazadas como uno de los grupos de atención prioritaria y especializada;

Qué la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 45 determina que el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción;

Qué es necesario generar una legislación integral, que sea efectiva, y que proteja a los no nacidos, sobre la base de la obligación de estatal y de la sociedad;

Qué los no nacidos tienen derecho a ser protegidos desde su concepción y que no existe una normativa de protección al respecto, por lo tanto, están sujetos a ser víctimas de lesiones que perjudiquen su normal desarrollo en el vientre de su madre, desdibujando el Estado constitucional de derechos y justicia.

Qué las normas constitucionales determinan que el Estado ecuatoriano, tiene la obligación de respetar y hacer respetar los derechos de las mujeres embarazadas como uno de los grupos de atención prioritaria y especializada y; concomitantemente con esto tiene el deber de proteger al feto;

Qué a pesar de que el Código Orgánico Integral Penal fue promulgado después de la entrada en vigencia de la actual Constitución, sus normas no contienen un tipo penal de lesiones al feto, por lo tanto, debe ser adaptado formal y materialmente a las nuevas exigencias del Estado de Derechos y Justicia

Qué el Art. 103 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que la iniciativa popular se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa;

Qué el pueblo del Ecuador, de conformidad a las garantías constitucionales y legales, puede presentar proyectos de reformas a las leyes, de manera motivada sobre los diferentes problemas sociales, a fin de que el Estado ecuatoriano, salvaguarde los derechos de los ciudadanos;

Qué la Constitución de la República, en el Artículo 84. determina que "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 de poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución";

Que el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, establece como una de las atribuciones de la Asamblea Nacional es el "expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio".

En uso de las atribuciones conferidas por la Constitución de la República del Ecuador y la Ley, expide el siguiente:

PROYECTO DE LEY REFORMATARIO DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Art. 1.- Agréguese en el capítulo segundo de los delitos contra la libertad, en la sección primera de los delitos contra la inviolabilidad de la vida, a continuación del Artículo 150, el siguiente Artículo:

Delitos en contra de la integridad y la salud del feto

“Art. 150.1.- Lesiones al feto. El que, por cualquier medio, procedimiento o acto, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque con su accionar una grave tara física o psíquica, será sancionado con pena privativa de libertad de dos a cuatro años.

Si las lesiones o enfermedad provienen del accionar de un profesional de la medicina, además de la pena privativa de libertad que se le imponga, será sancionado con la 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 cuatro a ocho años.

Si la conducta que cause lesiones o enfermedad al feto, se deriva de violencia intrafamiliar o de cualquier clase, será sancionada con la pena privativa de libertad dispuesta en el inciso primero de este artículo, aumentada en un tercio.

El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en los artículos anteriores, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Cuando el delito culposo de lesiones al feto se perpetre por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de dos a cuatro años.

Cuando el delito, sea cometido por mujer embarazada que a causa de su dolo profirió lesiones o enfermedad al feto que lleva en su vientre, será sancionada con la máxima pena privativa de libertad determinada en el inciso primero y si las lesiones provinieren de imprudencia grave de su parte, será sancionada con la máxima pena determinada en el inciso cuarto de este artículo.

Si se comprobare científicamente que el producto o feto ha sufrido grave e irreparable daño que no le permitirá llevar una vida digna y adecuada al nacer, se permitirá que se proceda con el aborto.

DISPOSICIONES REFORMATARIAS

Primera: Agréguese a continuación del numeral 2 del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal el siguiente numeral:

3. Cuando el producto o feto haya sufrido graves e irreparables daños comprobados científicamente y que no le permitan llevar una vida digna y adecuada al nacer

ARTÍCULO FINAL: La presente Ley Reformativa del Código Orgánico Integral Penal, entrará en vigencia a partir de su fecha de publicación en el Registro Oficial.

CAPÍTULO 3: DISCUSIÓN

Dentro de la presente investigación sobre la necesidad de tipificar las lesiones sobre el feto, se ha podido recoger diversos criterios y posturas en cuanto a la estructuración de un tipo penal, pues para algunos autores no es necesario un tipo independiente si ya se cuenta con el Art. 152 dentro del Código Orgánico Integral Penal, mientras que para otros es importante discernir entre un ser humano nacido y uno que está en proceso de gestación.

Para varios autores y entendidos en la materia, no es tan fácil determinar lesiones en un feto, pues no se lo puede examinar físicamente, sin embargo, el avance de la ciencia médica permite a través de procedimientos especiales saber cuáles fueron las lesiones proferidas y las posibles consecuencias de las mismas.

De la misma forma, muchos piensan que la madre no debe ser penalizada por causar lesiones en el feto, sin embargo, otros entendidos creen que la progenitora debe ser sancionada con mayor peso por la ley, pues es ella la encargada de albergar al feto durante el tiempo de gestación y si este sufre daños por su dolo o imprudencia, no debe quedar exenta de sanción puesto que en el Ecuador se protege el derecho a la vida de todos los seres humanos, por lo tanto, nadie puede estar exento.

En esta misma línea, el Código de la Niñez y Adolescencia también protege el derecho a la vida del feto desde la concepción y señala que es obligación del Estado, la sociedad y la familia el velar que esto se cumpla. La ponderación del derecho a la vida del feto adquiere mayor connotación incluso frente a la madre, puesto que el no nacido no está en la posición de defenderse.

Desde la instauración del estado constitucional de derechos y justicia en el Ecuador, los derechos de ellos ciudadanos ecuatorianos son de directa e inmediata aplicación, por lo tanto,

la protección del no nacido no es la excepción, en este sentido, esta es la fuente de la necesidad de convertir en una conducta prohibida todo acto que profiera lesiones o enfermedad aun feto, provenga de donde provenga.

Otra de las consecuencias de las tendencias identificadas sobre la necesidad de tipificar las lesiones del feto, se centran en la mala práctica médica de los profesionales sanitarios, las mismas que hasta la presente fecha quedan en la impunidad cuando llegan a presentarse, a causa del vacío judicial que tiene la ley penal, al no contar con un tipo penal específico que sancione las lesiones o la enfermedad causada por la aplicación incorrecta o imprudente de procedimientos médicos sobre el no nacido.

De la misma forma, son muchos los casos en los cuales la violencia proferida hacia una mujer embarazada, compromete seriamente la integridad y la salud del feto que alberga en su vientre, por lo tanto esta es otro de los incentivos que tiene una sociedad, para propender a tipificar conductas impropias contra un feto y su madre, sin contar también que el daño puede provenir en menor escala de la progenitora que no deseaba el embarazo y que para evitar ser sancionada por un aborto consentido, prefiere el descuido intencional de su estado, con la finalidad de interrumpirlo sin que sea objeto de sanción.

Con estos antecedentes, es fácil predecir que la elaboración y presentación de un proyecto de ley reformativo al Código Orgánico Integral Penal puede presentarse en cualquier momento ante la Asamblea Nacional, con la finalidad de que se incorpore el tipo penal que sancione las lesiones o enfermedades provocadas sobre un feto, puesto que este es un fenómeno que está desestabilizando a la sociedad y al mismo tiempo está atentando contra el estado constitucional de derechos y justicia, al no ser capaces de proteger la vida desde la concepción.

CONCLUSIÓN

A pesar de la protección constitucional del bien jurídico vida desde la concepción, el Código Orgánico Integral Penal no contiene un tipo penal que sancione las lesiones que se pudieran perpetrar contra un feto, dejando cualquier acto en la actualidad sin la respectiva sanción, por lo tanto, se hace imperiosa la necesidad de reformar la mencionada ley, a fin de armonizarla con los mandatos de la Constitución de la República. El no nacido debe recibir protección desde el momento mismo de la concepción, sin embargo, hay muchos casos en los cuales sufre un atentado por distintas circunstancias, que no le permite un desarrollo óptimo y normal, llegando incluso a desarrollar taras físicas y psicológicas permanentes que a futuro no le permitirán tener una vida digna y adecuada.

El avance de la tecnología, permitirá determinar las lesiones que se puedan haber proferido contra un feto, en este sentido será el auxiliar de la justicia en el objetivo de sancionar al culpable del daño causado. Con esta armonización del Código Orgánico Integral Penal se da un gran salto hacia la protección efectiva del derecho a la vida desde la concepción conforme lo ordena la Constitución de la República.

Si definitivamente el producto o feto es dañado por las lesiones proferidas, debe contemplarse la posibilidad de autorizar el aborto, pues al haberse comprobado mediante procedimientos científicos especializados que el no nacido no tendrá la oportunidad de tener una vida adecuada y digna, es mejor permitir el aborto, sin que esto signifique por un lado atentado contra la vida y por el otro la impunidad contra quienes perjudicaron el normal desarrollo durante el tiempo de gestación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adriasola, Gabriel. «El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica Removiendo conceptos sobre el estatus jurídico del embrión.» *Revista Médica Uruguaya* 29.3 (2013): 181-186.
- Boldt, Jorge y Javier Contesse. *La punibilidad de las acciones prenatales con resultados lesivos*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2009.
- Calderón, Alfredo. *Teoría del delito y juicio oral*. México: UNAM, 2017.
- Carreño, María, Ana Jiménez y Carlos Rincón. «Evaluación del desempeño neuropsicológico en condenados por homicidio simple y homicidio agravado.» *Archivos de Neurociencias* 22.3 (2017): 50-63.
- Carrera, Nataly. *El tipo penal lesiones por deformidad en el rostro: Planteamiento de reforma al artículo 152 COIP, creación del numeral 6*. Tesis. Quito: USFQ, 2018.
- Castro, Adderly. *Lesiones al feto en su modalidad imprudencia*. Arequipa: UNSA, 2015.
- Código Civil. Quito: Registro Oficial, 2005.
- Código de la Niñez y Adolescencia. Quito: Registro Oficial, 2014.
- Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, 2014.
- Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial, 2008.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José: OEA, 1969.
- Cornejo, José. «Análisis de la antijuricidad material.» *Derecho Ecuador* (2015): 1-5.
- . «Análisis del delito de homicidio.» *Derecho Ecuador* (2019): 1-5.
- Declaración de los Derechos del Niño. New York: ONU, 1959.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. París: ONU, 1948.
- Fernández, Juan. *Delito de Lesiones*. Tesis de Maestría. Alcalá: Universidad de Alcalá, 2018.
- Galiano, Grisela. «El derecho a la vida como derecho fundamental en el marco constitucional ecuatoriano. Especial referencia al aborto, la eutanasia y la pena de muerte.» *Revista Jurídica Piélagus* 15 (2016): 71-85.
- García, Carmen. «Las lesiones al feto.» *Cuadernos de bioética* 1 (1999): 113-117.
- Guevara, Andrés. *Análisis de la tipología del delito de lesiones en relación a la indeterminación legislativa en la pérdida de un órgano principal o no principal*. Tesis. Quito: PUCE, 2016.
- Kiss, Alejandro. «Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo adelantado?» *InDret* 1 (2015): 1-26.
- Mayer, Laura. «El bien jurídico protegido en los delitos informáticos.» *Revista Chilena de Derecho* 44.1 (2017): 235-260.
- Muñoz, Francisco. *Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.
- ONU. *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*. New York: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2006.
- Peña, Alonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: Idemsa, 2012.

- Pérez, Esteban. «El delito de lesiones . Notas críticas sobre su reforma.» *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 43 (1990): 609-632.
- Pineda, Rolando. *Impunidad en los delitos de lesiones de hasta 30 días de incapacidad para el trabajo* . Tesis. Quito: UCE, 2014.
- Romeo, Carlos. «La protección jurídica del concebido. El feto como paciente.» *Nuevo Foro Penal* 45 (1999): 329-340.
- Ruiz, Alfonso y Alejandra Zúñiga. «Derecho a la vida y constitución: consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Artavia Murillo vs Costa Rica".» *Estudios Constitucionales* 12.1 (2014): 71-104.
- Sánchez, José. «El inicio de la vida humana y el alcance de su protección jurídica en la jurisprudencia europea e internacional.» *Anuario mexicano de derecho internacional* XIV (2014): 435-483.
- Serrano, Carlos. *Tratamiento penal de las lesiones en el feto*. Tesis. Cuenca: Universidad del Azuay, 2014.
- Suárez, Fernando. «Los delitos de lesiones. Especial referencia a las lesiones al feto.» *Lecciones de Derecho Sanitario* (1999): 489-517.
- Uzcátegui, Ofelia. «Derechos del no nacido.» *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela* 73.2 (2013): 77-79.
- Valdivieso, Gabriela. «La protección jurídica del non nato en el Ecuador.» *Ius Humani* 1 (2009): 51-81.
- Vásconez, Belén y Mayra Mena. *La situación jurídica del nasciturus en el Ecuador su tutela efectiva en los sistemas internacionales de derechos humanos*. Tesis. Ambato: PUCE, 2017.
- Vilavicencio, Patricia. «La protección al derecho fundamental a la vida, desde la concepción.» *Abogados Ecuador* (2020): 1-4.
- Villavicencio, Felipe. «Protección del derecho a la vida.» *VOX JURIS* 24.2 (2012): 67-79.
- Vives, T, y otros. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.