



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**  
**ESCUELA DE DERECHO**

**TRATAMIENTO PENAL DE LAS LESIONES EN EL FETO**

**Trabajo de grado previo a la obtención del título de Abogado  
de los Tribunales de la Republica**

**AUTOR:**

**Carlos Patricio Serrano Lucero**

**DIRECTOR:**

**Ab. Juan Carlos Salazar Icaza**

**Cuenca-Ecuador**

**2014**

**DEDICATORIA**

*A mi abuelo Enrique, por sembrar en mí el amor al derecho.*

## AGRADECIMIENTOS

A mis padres, por confiar en mí y brindarme las facilidades necesarias para cumplir las metas propuestas.

A mi madre, por compartir conmigo la misma pasión por el derecho y ser mi maestra y amiga incondicional.

A la Universidad del Azuay, a la Facultad de Ciencias Jurídicas, carrera de Derecho, en especial a mis profesores de Derecho Penal, abogados Juan Carlos Salazar, Jaime Ochoa Andrade, Miguel Sarmiento Mora y José Cordero Acosta por transmitirme sus sabios conocimientos en esta apasionante rama del derecho.

A Karen, porque parte del tiempo empleado ha sido restado del que a ella le pertenecía.

**INDICE DE CONTENIDOS****Contenido**

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
INDICE DE CONTENIDOS.....	IV
RESUMEN.....	V
ABSTRACT.....	VI
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPITULO I.....	9
EL DELITO DE LESIONES.....	9
1.1 Historia y generalidades del delito de lesiones.....	9
1.2 Elemento y características del delito de lesiones.....	17
1.2.1 Referencia a las lesiones psíquicas o psicológicas.....	21
1.3 Breve análisis del delito de lesiones en el Ecuador.....	23
CAPITULO II.....	32
EMBARAZO, EMBRIÓN Y FETO.....	32
2.1 El embarazo, embrión y el inicio de la vida humana.....	32
2.2 El feto y su condición de ser lesionado.....	35
CAPITULO III.....	39
MARCO TEÓRICO DEL DELITO DE LESIONES AL FETO Y SU DIFERENCIA CON LA TENTATIVA DE ABORTO.....	39
3.1 Protección constitucional y legal del que está por nacer.....	39
3.2 El feto como sujeto pasivo del delito de lesiones y el problema de no ser considerado persona.....	43
3.3 Referencia especial a la diferencia entre la tentativa de aborto y las lesiones al feto....	46
3.4 Análisis del Caso Contergan y legislación comparada.....	54
3.5 Corrientes doctrinarias a favor del delito de lesiones en el feto.....	64
3.6 Corrientes doctrinarias en contra del delito de lesiones en el feto.....	68
CAPUTULO IV.....	72
IMPACTO DE LA TIPIFICACIÓN DE LAS LESIONES EN EL FETO EN LA PRÁCTICA CRIMINAL, EN LA SALUD PÚBLICA Y EN LA SOCIEDAD.....	72
4.1 Impacto de la tipificación del delito de lesiones en el feto por parte de la madre.....	72
4.2 Impacto de la tipificación del delito de lesiones en el feto por parte de los médicos y salud pública.....	76
4.3 Impacto de la tipificación del delito de lesiones en el feto en la sociedad y las personas en general.....	80
CONCLUSIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85

## RESUMEN

Este trabajo tiene como objeto analizar el tratamiento penal que se da a las lesiones producidas en el feto desde el punto de vista doctrinario y legal.

Para llegar a este fin, se comienza analizando el delito de lesiones de manera general desde su historia hasta la actualidad para luego introducirnos desde las ciencias médicas a tratar la condición del feto y las lesiones que pueden ser causadas a este, así como también se analiza las diferencias entre el delito de lesiones al feto con la tentativa de aborto, siendo importante también estudiar ciertas legislaciones que tipifican las lesiones al feto, desde su punto de vista positivo y negativo, casos reales en los cuales se ha vulnerado el derecho a la integridad física del que está por nacer y han creado doctrina a nivel mundial.

Para concluir, se estudia las corrientes doctrinarias que validan la tipificación de las lesiones en el feto así como también las que apoyan su no tipificación considerando el impacto que la tipificación de este hecho factico puede producir en la gestante, los médicos y la sociedad.

## ABSTRACT

### ABSTRACT

This work aims to analyze the criminal-law treatment given to injuries produced to the fetus from the legal and doctrinal point of view.

In order to achieve this, we start analyzing offense of injuries in general terms, from its history to the present so as to analyze it from the medical science considering the condition of the fetus and the injuries that can be caused. We also analyze the differences in the case of offense of injury to the fetus with abortion alternative. It is also important to consider that certain legislations define injuries to the fetus from their positive and negative point of view; real cases in which the right of physical integrity of the unborn was infringed, and therefore doctrine has been created worldwide.

In conclusion, the different doctrines that validate the definition of lesions in the fetus, as well as those in favor of its lack of definition are studied, considering the impact that the definition of this factual circumstance can produce in pregnant women, physicians and society.



  
Translated by  
Lic. Lourdes Crespo

Serrano Lucero Carlos Patricio

Trabajo de Grado

Ab. Juan Carlos Salazar Icaza

Agosto 2014

## **TRATAMIENTO PENAL DE LAS LESIONES EN EL FETO**

### **INTRODUCCIÓN**

La integridad física y la salud, es un derecho que se ha venido desarrollando desde la antigüedad, este derecho por muchas ocasiones ha sido violentado, inclusive con las mismas sentencias de los jueces en la antigüedad, sin embargo con la evolución del derecho y la aparición de los derechos humanos, estos castigos poco a poco fueron desapareciendo y se comenzó a precautelar de una manera íntegra la salud de la persona, a tal punto que en el derecho penal actual se pena las lesiones causadas en las personas, considerando que sin salud no se podría viabilizar una vida plena, de allí que se consideró al estado de salud como un bien jurídico protegido que necesariamente debía ser tutelado penalmente, sin embargo esta penalización se estancó siendo aplicable exclusivamente para las personas ya nacidas, dejando en vulneración al que está por nacer, siendo imposible la sanción de ciertos actos que afectaban a la salud del que está por nacer y en vista de aquello la doctrina se ha manifestado sobre este vacío legal que tiende a proteger al *nasciturus* de tal manera de precautelar su vida y salud íntegramente.

La doctrina al ver la necesidad de la creación de este tipo penal que proteja al feto, emprendió un análisis sobre el mismo logrando que varios países adopten este tipo penal y lo incluyan en su ordenamiento jurídico penal, no obstante, nuestro país Ecuador, a pesar de tener un nuevo Código Orgánico Integral Penal que esta por entrar en vigencia, este cuerpo normativo nada dice sobre este vacío legal que habla la doctrina, cuestión que preocupa, pues ni siquiera ha habido un análisis previo sobre el mismo, pues al parecer el legislador no ve menester incluir este hecho como delito.

Para concluir, en el presente estudio se analizara la evolución del tratamiento de las lesiones desde la antigüedad en el derecho en general hasta llegar a la posición actual del derecho penal frente a este delito, para posteriormente estudiar el feto desde un punto de vista médico con el fin de conocer su condición y cuestiones relacionadas con las lesiones que se le puede producir y una vez concluido este tema se observaran las leyes que protegen al que está por nacer, el problema de no ser considerado persona ante la ley, la relación de las lesiones al feto con la tentativa de aborto y los pensamientos doctrinarios a favor y en contra de la tipificación de la lesiones al feto, para finalmente tratar el impacto de la tipificación de las lesiones en los fetos tanto en la madre, salud pública y sociedad en general.

## CAPITULO I

### EL DELITO DE LESIONES

#### **1.1 Historia y generalidades del delito de lesiones.**

La vida, sin duda ha sido el bien jurídico protegido por excelencia en el derecho penal, sin embargo, este bien jurídico no es independiente de la salud, puesto que una vida sin salud sería incompleta y muchas veces imposible, pues una persona necesita de un estado de salud adecuado para llevar su vida con la normalidad correspondiente y mantener la integridad física para poder desarrollarse de acuerdo a su posición en la sociedad y así mantener una correcta vida comunitaria, realizando sus diversas actividades físicas y psicológicas necesarias del día a día , sin embargo muchas veces las personas son vulneradas en sus derechos cuando se comete un delito de lesiones en su contra, es por ellos que para proteger la integridad física y la salud de las personas, el derecho penal ha creado el delito de lesiones, enmarcándolo jurídicamente en un tipo penal específico que es clasificado de acuerdo a la gravedad de las mismas y las circunstancias en las que se dieron los hechos, por lo que el Estado mediante el procedimiento legislativo correspondiente ha creado su respectiva norma típica, su sanción y procedimiento a seguir, así mismo la doctrina penal está en constante estudio y evolución del delito de lesiones, desarrollando un vasto conocimiento sobre el mismo, debido a que las personas se encuentran en una constante evolución de su estilo de vida, por lo que cada día existe nuevos riesgos y situaciones en las cuales se pueden producir lesiones, obligando a que esta rama de estudio se encuentre en constante desarrollo de las diferentes circunstancias que se pueden dar al cometer el delito de lesiones, considerando el constante desarrollo de la sociedad en sus diferentes campos como el industriales, de genética, deportes extremos y nuevas y diversas actividades que hoy en día se realizan, debiendo tener

presente que estos actos para que se consideren delito deben ser punibles tal como manifiesta Peña Cabrera Freire (2013): “Hoy en día, se advierte una proliferación de actividades económicas, deportivas, industriales, etc., que colocan en grave riesgo la salud de las personas participantes, pero serán riesgos permitidos, mientras dichas actuaciones se sujeten a los parámetros normativos que regulen dichas conductas” (pág.258) Por consiguiente, existe diversas actividades que pueden causar lesiones, las mismas que deben ser analizadas por el juzgador a fin de que cumpla con todas las características de un hecho punible.

Como hemos manifestado, la doctrina y el derecho penal han estudiado de manera profunda el delito de lesiones, sin embargo al revisar las diferentes obras doctrinarias sobre las lesiones, muy poco se analiza el delito de lesiones al feto, de tal suerte que este tema ha quedado rezagado en relación a las lesiones en general debido a que no todos los tratadistas están interesados en estudiarlo, no obstante es necesario anotar que en diversas legislaciones como la española, peruana y colombiana ya se encuentran penadas las lesiones causadas al feto y así también existe cierta doctrina que ha decidido estudiar este tema, sin embargo en nuestra legislación penal que se encuentra en vigencia, ni en el Código Orgánico Integral Penal que esta por entrar en vigencia se encuentran penadas las lesiones en los fetos, situación que será estudiada más adelante.

Una vez que hemos analizado las generalidades del delito de lesiones, es menester conocer su historia y evolución en relación al derecho penal. El delito de lesiones, fue considerado como tal, en diferentes épocas y lugares en el mundo debido al principio de legalidad del mismo, empero anotaremos algunos de los episodios trascendentales en la historia del derecho penal en relación a la tutela de la salud de las personas por lo que

analizaremos brevemente la evolución del derecho penal desde la época primitiva hasta el periodo científico y momento actual, donde de manera general en cada estado del mundo donde se practica el derecho penal moderno están penados los actos que afecten la humanidad de otra persona y en algunas legislaciones ya se encuentran también penadas las lesiones a los fetos, esto dependiendo de la política criminalizante de cada grupo legislativo o sociedad que exija sea penado cierto acto o no.

Comenzando con el breve estudio cronológico del Derecho Penal, diremos, que como es evidente los seres humanos somos diferentes los unos con los otros, es así que desde la creación de la especie humana ha existido desigualdad entre nosotros y con el mundo, pues desde aquella época que reinaba la ley del más fuerte, en aquel entonces quien era más fuerte dominaba al más débil y este quedaba desamparado de su agresor que causaba lesiones y posiblemente la muerte de la víctima, en ese momento de nuestra historia no existía el derecho y peor aún se conocían los lineamientos básicos del derecho penal que poco a poco la humanidad produciría.

En los tiempos primitivos, el carácter de las penas tenían origen mágico y religioso, es decir que en aquella época no se debían realizar ciertos actos que afecten principalmente a los dioses, por lo que dentro de las comunidades primitivas se prohibían ciertos actos tal como lo dice Jiménez de Asúa: "Aquellas serie de prohibiciones, a las que con una frase polinesia se llama ahora tapú o tabú, tiene origen mágico y religioso, a la vez que significa el principio de retribución en vida". (Jiménez de Asúa, 2002, pág. 83) Por lo que cuando se realizaba algo prohibido por la tribu, se entendía que principalmente se ofendía a los dioses y en menor jerarquía a la persona individualmente afectada, debiendo aplicar la pena como un medio de aplacar la cólera divina, pero esta sanción por

dicha falta debía ser aplicada mientras el agresor se encuentre con vida, pues no se creía en el castigo después de la muerte y el carácter de las penas en aquella época eran de carácter social y se practicaban penas como la lapidación, en la cual participaba toda la comunidad hasta dar muerte al infractor, esta pena se la podía dar no solamente de una tribu contra otra tribu sino también se podría castigar a un integrante de la misma tribu, este castigo debía hacerlo el jefe de la tribu del infractor, es así que las lesiones eran castigadas con diferentes métodos, hasta algunas veces llegar a la muerte del agresor debido a que esto era necesario para que el dios ofendido calme su ira.

Con el avance del tiempo llegó la privación de la paz y la venganza de sangre, la primera consistía en que cuando un miembro de la tribu cometía algún acto prohibido dentro de su tribu, tenía como castigo la expulsión de la comunidad de la paz, es decir, la tribu le dejaba en total abandono al sujeto que cometió la infracción, por otra parte, la venganza de sangre se daba cuando un miembro de una tribu perturbaba la actividad o la voluntad de otra tribu o de uno de sus integrantes, entonces es cuando se aplica la antes mencionada venganza de sangre, que es entendida como un combate al extranjero y contra su *gens*, es decir es un venganza colectiva que terminaba con la desaparición de una de las dos partes contendientes.

Posteriormente llegó la época de la composición, en la cual como signo importante de esta etapa, se da las penas pecuniarias, es decir ya no se busca solamente el castigo del infractor tal como lo dice Jiménez de Asúa: "Al perturbado de la paz pública y los suyos, a pesar de la violación del derecho, se les otorga la paz legal, al menos en los casos menos graves, mediante una prestación en metálico, de más o menos monta, para la comunidad" (Jiménez de Asúa, 2002, pag. 86) es así que de alguna manera se remediaba el daño a la

tribu ofendida y en este sentido se negociaba entre la víctima e infractor, siendo con el tiempo obligatorio este tipo de reparación pecuniaria.

En seguida, llega lo que se denomina ley de *talion*, la cual fue conocida por su condición retributiva o semejante al daño causado, esta denominada ley fue conocida con la famosa frase “ojo por ojo diente por diente”, la misma que principalmente se aplicaba en las lesiones que causó una persona a otra, de allí su famosa frase ejemplificadora, empero según la doctrina, el *talion* no es considerado como una pena, sino más acorde a su fin, es considerado una venganza con medida fija, la ley del *talión* tiene como base el Código de Hammurabi en el cual se encuentran penadas no solo las lesiones o la muerte, sino diferentes sanciones que en este momento constituyen varias ramas del derecho que ahora conocemos de acuerdo a su clasificación moderna, sin embargo, en la parte pertinente de este código se encuentran sancionadas las lesiones de la siguiente manera según la orientación temática del Código de Hammurabi que realiza el historiador Guillermo Fatás al clasificar las lesiones:

Fatás. (2009)

“-Agresión con lesiones: 196-206

196 § Si un hombre deja tuerto a otro, lo dejarán tuerto.

197 § Si le rompe un hueso a otro, que le rompan un hueso.

198 § Si deja tuerto a un individuo común o le rompe un hueso a un individuo común, pagará 1 mina de plata.

199 § Si deja tuerto al esclavo de un hombre o le rompe un hueso al esclavo de un hombre pagará la mitad de su valor.

200 § Si un hombre le arranca un diente a otro hombre de igual rango, que le arranquen un diente.

201 § Si le arranca el diente a un individuo común, pagará 1/3 tercio de mina de plata.

202 § Si un hombre golpea en la mejilla a otro hombre mayor que él, le darán en público 60 azotes de vergajo de buey.

203 § Si un hijo de hombre golpea en la mejilla a otro hijo de hombre como él, pagará 1 mina de plata.

204 § Si un individuo común golpea en la mejilla a un individuo común, pagará 10 siclos de plata.

205 § Si el esclavo de un hombre golpea en la mejilla al hijo de un hombre, que le corten una oreja.

206 § Si un hombre golpea a otro hombre durante una discusión acalorada y le produce una herida, que ese hombre jure: “Le he golpeado sin intención [de hacer ese daño]”, y pagará el médico.” (pág.13, 14)

Aunque en la actualidad es difícil pensar que existían este tipo de penas inhumanas y lesionadoras para ambas partes, en aquel entonces fue un gran adelanto ya que se ponía cierta medida a la pena que se daba por la infracción que se cometida, pues sin esta medida se daba lugar a tremendos castigos totalmente desproporcionados en relación a la infracción que cometía el delincuente que muchas veces llegaban hasta la muerte, así también el Código de Hammurabi ya sancionaba los actos que afectaban al feto y a los que terminaban con la vida del mismo expulsándolo del vientre materno, en la orientación temática del código de Hammurabi el historiador Guillermo Fatás afirma:

Fatás. (2009)

“-Agresión abortiva: 209-214

209 § Si un hombre golpea a una hija de hombre y le causa la pérdida de (1 fruto de) sus entrañas [aborto], pagará 10 siclos de plata por (el fruto de) sus entrañas.

210 § Si esa mujer muere, que maten a su hija.

211 § Si es a la hija de un individuo común a quien le causa a golpes la pérdida de (l fruto de) sus entrañas, pagará 5 siclos de plata.

212 § Si esa mujer muere, pagará 1/2 mina de plata.

213 § Si golpea a la esclava de un hombre y le provoca la pérdida de (l fruto de) sus entrañas, pagará 2 siclos de plata.

214 § Si esa esclava muere, pagará 1/3 de mina de plata.” (pág.14)

Es así que desde hace mucho tiempo atrás ya se protegía de alguna manera el fruto de la concepción, aunque en la época actual y con el avance de la ciencia penal de este momento, tengamos que rechazar ferozmente las sanciones que contienen el Código de Hammurabi y sobre todo las que van en contra de la integridad del hombre, sin dejar de hacer énfasis en la evolución de lo que se refiere a la igual retribución que para aquel entonces fue un avance considerable en la evolución del derecho, pero vale mencionar que esta sanción no se considera una pena en el sentido científico actual del Derecho Penal ya que como bien sabemos la pena en la actualidad tiene un fin y existe diferentes teorías sobre la pena y es muy diferente a la concepción de la sanción en el Código de Hammurabi pues en ese entonces la sanción que se daba solamente tiene un carácter de castigo y venganza.

Con el avanzar del tiempo se deja atrás la conocida venganza privada y se da paso a la pena pública, que consiste en el apareamiento del derecho penal público, con el poder punitivo estatal y el mecanismo de control legal del mismo, empero esto no significaba que nos encontramos en los tiempos actuales del derecho penal, pues fue necesario que poco a poco el sistema penal evolucionara ya que si bien se tenía un pena pública, esta podía ir en contra de los ahora llamados derechos humanos y garantías del proceso, debido

a que los castigos seguían siendo excesivos y las penas irracionales, por lo que en la época de la luz con pensadores como Cesare Beccaria y Jhon Howards evoluciono el pensamiento sobre las penas y se puso un freno a los abusos que se daban en las respectivas sanciones, además se crean teorías sobre la pena y su finalidad, la proporcionalidad de las penas, se trata de evitar la pena de muerte y se tutela de alguna manera los derechos de los prisioneros es así que Beccaria manifestaba una de las primeras ideas de proporcionalidad de las penas: “Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombre de los delitos, á medida que son contrarios al bien público, y á medida de los estímulos que los induce a cometerlos. Debe por eso haber una proporción en los delitos y en las penas” (Beccaria, 1822, pág.25, 26)

Como última estación, tenemos el periodo científico y momento actual, donde se ha dado una evolución científica penal enorme con varias producciones doctrinarias y nuevos pensamientos tanto en nuestro continente como alrededor del mundo, en este momento se observan principios generales respecto al debido proceso, regulación de penas, legítima defensa, teoría del delito, derechos humanos, etc. Las obras producidas analizan la mayoría de puntos importantes en el derecho penal, tanto en su parte general como especial y temas que se relacionan a este como la criminología, medicina legal, ciencia criminal y demás, sin embargo, a pesar del adelanto que se ha obtenido, la evolución de la sociedad y las nuevas y diferentes circunstancias que se presentan en torno al ser humano hacen que esta ciencia no se mantenga estática y continúe de la mano con el crecimiento de la sociedad y la necesidad de una regulación penal a nuevos bienes jurídicos protegidos con en el caso de las lesiones en el feto que estudiaremos más adelante.

## 1.2 Elemento y características del delito de lesiones.

A pesar de que el tema central de este estudio son las lesiones en el feto con relación al derecho penal, es necesario, para mayor comprensión del lector, tratar de manera general el delito de lesiones y así mantener una visión general del mismo.

Dentro del pensamiento doctrinario, existen varias corrientes referentes al bien jurídico protegido que tiene el delito de lesiones, empero al parecer se ha llegado a un acuerdo generalizado del mismo, sin embargo, en un principio se creería que el tipo penal de lesiones fue creado para tutelar a la víctima de las agresiones físicas exclusivamente, no obstante, este tipo penal va más allá, debido a que las personas no solo se conforman de un parte física, sino más bien, somos una integración entre la parte física y psíquica, tal como manifiesta nuestra carta magna al reconocer ya estos derechos: “ Art. 66 Se reconoce y garantizará a las persona: ...3. El derecho a la integridad personal que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.” Constitución de la República del Ecuador. Capítulo VI. (2008). Es así que este tipo penal protege en su integridad la salud del hombre, teniendo en cuenta su doble faceta, física y psíquica que con la unión de estas dos se llega al estado pleno de salud y en los casos en específico de la agresión, se observará el estado de salud que tenía la víctima antes de producidas las lesiones, para mayor ilustración, anotaremos lo que nos manifiesta la legislación correspondiente de nuestro país referente a la salud:

Ley Orgánica de la Salud (2006)

“La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano ineludible, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado: y, el resultado de un proceso colectivo de

interacción donde el Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables.” (Art. 3)

Con lo anotado, se colige inexorablemente que la salud no solamente se refiere al bienestar físico, pues el tema va más allá buscando el bienestar completo de la persona y además, al analizar el concepto anteriormente mencionado hemos visto que también se refiere al desarrollo de la persona en la sociedad, y no es menos cierto que el delito de lesiones afecta a la persona en relación a su normal desenvolvimiento diario en comunidad, tanto así, que cuando una persona es lesionada una extremidad consiguiendo amputarla por completo, esta persona no solo se encuentra en el supuesto de menoscabo físico, pues el daño mental y psicológico también es evidente y mucho peor aún al afrontar la pérdida de una extremidad al momento de realizar sus funciones diarias ante la sociedad, por lo que comprendemos que el delito de lesiones no simplemente tiene como bien jurídico protegido el bienestar físico, sino más bien se trata de un bienestar completo de salud plena, por lo que es muy importante analizar cada caso en concreto y el estado de salud de la persona lesionada antes y después de las lesiones, entonces se deberá hacer un análisis más específico de las dos circunstancias las cuales son el resultado de las lesiones; por un lado es el daño en el cuerpo que constituye una alteración en la estructura física del organismo, es decir existe un cambio de su estado físico sin consentimiento de la víctima, estas alteraciones físicas pueden ser tanto de los órganos internos como externos del ser humano; por otro lado y no menos importante, existe el menoscabo psíquico, este muchas veces podrá depender de la gravedad de las lesiones físicas, sin embargo de acuerdo a la doctrina y otras legislaciones como la española existen ciertas lesiones puramente psíquicas que pueden ser punibles, de acuerdo a los circunstancias en las que se cometió el delito (asesino obliga a un niño a observar como mata a su madre), por otro lado se

considerara si la lesiones interrumpen la práctica diaria que realiza el individuo y si existe afección psíquica al enfrentarse a esta situación.

Es también importante determinar la lesión que se ha causado y su gravedad, pues si la lesión causada no es de tal gravedad para ser considerado delito, esta no podrá ser punible por el tipo penal de lesiones, empero podrán ser sancionadas de acuerdo a un tipo residual, que en nuestro nuestra legislación sería considerado una contravención, no obstante, es menester analizar el grado de daño que se causó con las lesiones, porque depende de ello para que este tipo penal se configure como tal, es así que Alfonso Peña manifiesta:

Peña Cabrera Freyre (2013)

“La lesividad de la conducta o, mejor dicho su relevancia, para su adecuación en los enunciados normativos de estos tipos penales, debe manifestar una afección tal, que desencadena una neutralización y/o disminución de las capacidades físicas o mentales del sujeto en cuanto a las actividades que de forma normal, desarrolla día a día, es la funcionalidad del organismo como un todo, para que la persona esté en condiciones de ejercer cabalmente las tareas que le son propias.” (pág.261)

Además es necesario no solo una primera asistencia facultativa, sino también, un tratamiento médico o quirúrgico de carácter netamente curativo, sin embargo, nuestra legislación penal es clara y precisa en este tema, pues para que las lesiones sean penadas como tal, es necesario que las lesiones causen una incapacidad de mínimo cuatro días, misma incapacidad que será declarada por un perito médico legal que examinara a la víctima y emitirá un informe sobre las lesiones causadas, empero este tema será tratado con mayor profundidad más adelante, sin embargo al observar esta variedad de criterios, concluimos que el delito de lesiones para ser considerado como tal, deberá causar un

menoscabo considerable y además se deberá observar el tipo penal en específico al cual se quiera imputar y sobre todo bajo el principio de legalidad, el hecho supuestamente punible deberá empatar perfectamente con la norma citada.

Otro tema que es necesario tratar y que además va de acuerdo al asunto central de este estudio, son los sujetos de este delito; por una parte debemos anotar que el sujeto activo puede ser cualquier ser humano diferente al que sufre la lesión, ya que las lesiones cometidas en el mismo sujeto no se encuentran tipificadas por obvias razones; por otra parte, el sujeto pasivo del delito de lesiones se considera la persona, empero ha existido una cierta discusión sobre si el *nasciturus* es o no considerado sujeto pasivo del delito de lesiones, pues en la realidad, es viable que se den lesiones al feto por terceras personas e incluso por su propia madre, así mismo el feto cuenta con protección constitucional para mantener su integridad y correcto desarrollo, sin embargo Donna afirma que el feto no puede ser considerado sujeto pasivo de delito de lesiones al decir que: “La mayoría de la doctrina tradicional considera que el sujeto pasivo debe ser el mismo que en el delito de homicidio, esto es, el ser humano desde que comienza el nacimiento hasta que se produzca la muerte” (Donna, 2007, pág. 261) Si bien es cierto, como dice Donna, los delitos de lesiones son solamente considerados como tal cuando han sido causadas en seres humanos ya nacidos, sin embargo, existen autores como Offredi que afirma que: “al momento de tutelar su integridad física ya no distingue entre las personas nacidas y las por nacer” (Offredi, 1944, pág.105) Es así que se ha creado una lucha de opiniones doctrinarias sobre este tema, situación que será analizada con mayor profundidad en un capítulo específico que trataremos más adelante, no obstante es necesario concluir que el delito de lesiones tiene como sujeto pasivo únicamente las personas nacidas, a menos de que en la legislación penal se encuentre tipificado expresamente este injusto, que serían las lesiones

en el feto, situación que no ocurre en la legislación penal ecuatoriana, sin embargo como dijimos anteriormente dedicaremos un capítulo más adelante a su profundización.

Los medios comisivos del delito de lesiones no se encuentran estrictamente anotados en nuestro código penal, pues es lógico, debido a que existe un sinnúmero de medios comisivos en el delito de lesiones, pues es cualquier medio el idóneo con tal de que se consiga el resultado lesivo en la víctima, es así que los más comunes son el uso de objetos que pueden lesionar al sujeto pasivo e incluso muchas veces el mismo cuerpo del agresor puede ser un arma para agredir a la víctima, empero en la actualidad existen diversos mecanismos que son mal usados y consiguen lesionar al sujeto, por ejemplo fármacos mal usados o ciertas sustancias que a más de lesionar, dejan un mínimo rastro en la víctima, sin embargo en este caso deberá considerarse si estas sustancias fueron suministradas por una tercera persona con intención de lesionar, pues, si estas fueron suministradas por un médico facultativo y causan lesiones, estaríamos en un supuesto de negligencia médica, dependiendo del caso en concreto y sus circunstancias, no obstante, es menester hacer alusión a los diversos mecanismos que en la actualidad pueden ser usados para causar lesiones.

### **1.2.1 Referencia a las lesiones psíquicas o psicológicas.**

Si bien es cierto, el bien jurídico protegido en el delito de lesiones que trata la doctrina es el estado de salud completo, que incluye estado físico y psíquico, a tal punto que las lesiones psíquicas o psicológicas no son tomadas como simplemente el resultado de las lesiones físicas, sino más bien constituyen lesiones importantes que en muchas ocasiones de acuerdo al tipo penal de las diferentes legislaciones pueden por sí solas hacer funcionar el aparataje penal legal consiguiendo una sentencia a favor del lesionado psíquicamente,

por ello Muñoz Conde al referirse a las lesiones psíquicas en la legislación española manifiesta:

Muñoz Conde (2001)

“ No se trata de un simple efecto colateral en sí inherente al propio resultado del delito (evidentemente, cualquier persona con un mínimo de sensibilidad puede verse psíquicamente afectada por un suceso luctuoso), sino del daño psíquico, que se traduce después en distintas patologías o trastornos psicológicos y que se producen directamente como consecuencia de la acción brutal.” (pag.109)

Por lo que si nos encontraríamos bajo una legislación que sancione las lesiones meramente psíquicas o psicológicas estas también encajan en este delito, siendo una de los medios de comisión el maltrato psicológico continuo, trauma psíquico, obligación a observar ciertos actos traumantes, es así que Díez Ripolles manifiesta:

Díez Ripólles (1997)

“Debe incluirse los medios de naturaleza psíquica, es decir, aquellos comportamientos que, a través de su incidencia sobre el equilibrio psicofísico del sujeto, terminan afectando a su integridad o salud física o mental, entre los que cabe citar suministro de informaciones especialmente sensibles productoras de emociones intensas, privaciones afectivas, tratos especialmente desconsiderados o reproches continuados que desencadenan situaciones de angustia o de pérdida de autoestima, percepciones imprevistas que dan lugar a reacciones de susto o temor, acumulación o privación de estímulos creadores de confusión mental...” (pag.44)

Con lo anotado se observa que la doctrina es muy enfática en proteger la condición psíquica del hombre, no obstante, en nuestra legislación penal las lesiones exclusivamente psíquicas o psicológicas no encajan con el tipo penal de lesiones establecido en el Art 152 del Código Orgánico Integral Penal, pues al tratar de encuadrar estos hechos facticos con el tipo penal de lesiones, estaríamos extralimitando al tipo penal y violando el principio de legalidad, por lo que se creería que para sancionar exclusivamente este tipo de hechos se deberá crear una norma expresa que sancione este acto, sin embargo luego de revisar el Código Orgánico Integral Penal se observa que las lesiones psicológicas causadas por violencia intrafamiliar si se encuentran tipificadas, esto es en el Art. 157 del cuerpo normativo antes mencionado, este es un nuevo tipo penal que se incorpora a esta legislación que esta por entrar en vigencia y divide por gravedad del daño psicológico en leve moderado y severo y de acuerdo a esta gravedad se dan penas desde treinta días a tres años, y al parecer obedece a la gran incidencia de violencia intrafamiliar que existe en nuestra sociedad.

### **1.3 Breve análisis del delito de lesiones en el Ecuador.**

Una vez que hemos estudiado de manera general el delito de lesiones, nos centraremos en el estudio en particular de este delito en nuestra legislación penal y para ello debemos de manera imperativa dirigirnos al nuevo Código Integral Penal, debido a que este conjunto normativo esta por entrar en vigencia en los próximos meses, y sería absurdo, estudiar el Código Penal reformado el 15 de febrero de 2012 el mismo que esta por ser derogado y quedara en el pasado.

El delito de lesiones en el Código Integral Penal, se encuentra tipificado dentro del Título IV (Infracciones en Particular), Capítulo II (Delitos contra los Derechos de

Libertad), Sección Segunda (Delitos contra la Integridad Personal), Art. 152 que dice en su encabezado “La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas:...” COIP (2014) Y a continuación consta cinco numerales, los cuales clasifican las lesiones de acuerdo a su gravedad, pena establecida y demás circunstancias que serán analizado más adelante, no obstante iniciaremos estudiando el encabezado del artículo antes citado, el mismo que en su texto al decir: La persona que lesione “a otra”... el legislador se refiere a otra persona, por lo que dentro de este tipo penal de lesiones, no podría incluirse como sujeto pasivo al que está por nacer, debido a que aún no es considerado persona, entonces, el precitado encabezado se refiere a las lesiones que causa una persona en contra de otra, siendo necesario recordar lo ya anteriormente estudiado sobre las lesiones, su gravedad necesaria y su doble faceta de física y psíquica.

Una vez comprendido el encabezado del artículo referente al delito de lesiones, entramos ya al estudio de los cinco numerales del Art. 152 del COIP, los mismos que dicen:

Código Orgánico Integral Penal (2014)

- “1. Si como resultado de las lesiones se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionada con pena privativa de la libertad de treinta a sesenta días.
2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con una pena privativa de la libertad de dos meses a un año.
3. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de treinta y un a noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.
4. Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad, que no siendo

permanente supere los noventa días, será sancionada con pena privativa de la libertad de tres a cinco años.

5. Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad trasmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.”(Art. 152)

Como podemos observar, el Código Integral Penal realiza una clasificación de las lesiones, de acuerdo a las gravedad de estas y su tiempo de incapacidad o enfermedad que causan las mismas, por lo que en el ejercicio penal practico, es menester que el lesionado sea revisado lo más pronto posible por el médico legista designado, para que éste en el ejercicio de sus funciones valore las condiciones del paciente y remita el informe correspondiente a la Fiscalía que investiga el hecho.

Luego de los cinco numerales del Art. 152 del COIP, se encuentra el agravante de lesiones en circunstancias especiales que dice: “Si las lesiones se producen durante una concentración masiva, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, será sancionada con el máximo de la pena privativa de la libertad prevista para cada caso, aumentada en un tercio.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 152)

Analizando lo anterior, se observa que el legislador vio la necesidad de tipificar ciertas circunstancias para que sean penadas y así obtener una prevención general negativa de estos hechos delictivos, por ejemplo, es de conocimiento público que en los eventos deportivos y sobre todo en los partidos de futbol, al existir intereses contrarios entre hinchas de los diferentes equipos muchas veces se lesionaban entre sí, he incluso se han dado muertes en los estadios deportivos, por lo que se cree que el legislador con el fin de evitar y castigar con mayor severidad estos actos creo este agravante.

Seguidamente de ello, el legislador trata las lesiones causadas por infringir un deber objetivo de cuidado y las reglas para determinar esta infracción, considerando, que por no ser un delito doloso, es sancionado con una pena menor, norma legal que se encuentra dentro del Art. 152 del COIP y dice:

Código Orgánico Integral Penal (2014)

“La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso.

Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considera lo previsto en el Art. 146.” (Art.152)

En esta sección el legislador se refiere a las lesiones que se han causado sin observar el deber objetivo de cuidado, siendo este un delito menos grave cometido por no observar las normas necesarias al momento de realizar una acción y resultado de esta se dio las lesiones, es así que en referencia es te tema el maestro Welzel nos dice:

Hans Welzel (2006)

“Los delitos culposos se basan también en que la acción humana es una obra: la voluntad que partiendo del fin, selecciona los medios de la acción, necesarios para la consecución de él, tiene que atender también en la selección y utilización de los medios a las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar. En este punto interviene el ordenamiento jurídico y *ordena* que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se observe “el cuidado necesario en el tráfico” para evitar dichas consecuencias.

El contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos consiste, por ello, en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico. Consiste, sobre todo, en el *desvalor de la acción*, mientras que el desvalor del resultado producido (la lesión o el peligro de un bien jurídico protegido) tiene solo una significación restrictiva, delimitadora, al destacar entre las conductas que no responden al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el derecho penal. (pág. 111,112)

Además, Welzel en su obra Derecho Penal Alemán complementa lo ya anotado, manifestado que:

Welzel (1987)

“En primer lugar, el concepto de cuidado objetivo comprende la consideración de todas las repercusiones de una acción que son previsibles (“objetivamente”) mediante un juicio razonable... Pero no toda acción, que según un juicio razonable provoca un peligro para bienes jurídicos, es contraria al cuidado, si no tendría que omitirse casi toda acción en el ámbito social. Piénsese solamente en el moderno tránsito urbano: en él, no solo aquel movimiento locomotivo que sobrepasa la medida de velocidad del cuerpo humano encierra un peligro para los bienes jurídicos del prójimo, sino que prácticamente cada momento del tránsito en virtud del compacto engranaje de todos los procesos de este. La participación en el tránsito es imposible absolutamente sin asumir un cierto riesgo. Aquí se añade el segundo aspecto, el “obrar prudente”, que restringe al primero: contrario al cuidado es sólo aquella puesta en peligro que va más allá de la medida normal en el ámbito de relación o de medida “adecuada socialmente.” (Pág.187, 188)

Es acertado mencionar que el delito culposo nace como tal desde la aparición de la vida moderna y sobre todo desde la motorización, pues anteriormente este delito en el derecho natural era considerado de modo incidental al delito doloso y no como una figura jurídica independiente de este.

No obstante a pesar de todo el aporte de la doctrina, el mismo COIP nos indica cuales son las reglas con las que se determinara el deber objetivo de cuidado, manifestado en el mismo artículo que se determinara de acuerdo al Art. 146 del COIP, por lo cual para mayor conocimiento, transcribiremos las mismas:

Código Integral Penal (2014)

“Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. Las inobservancias de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación del profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.”(Art.146)

Con las reglas anotadas por el legislador para determinar el deber objetivo de cuidado queda completamente claro el panorama para aplicarlo en el caso en concreto.

Como último inciso del Art. 152 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, encontramos lo referente a las lesiones causadas con acciones terapéuticas, que son realizadas por los profesionales de la salud bajo el principio de necesidad, el mismo que

dice: “No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente” (Código Integral Penal, 2014, Art. 152) Pues es obvio que un médico pueda incurrir en esta situación al cortar con un bisturí para operar al paciente y salvar su vida, en este caso existiría una lesión al cortar su cuerpo, sin embargo este tipo de lesiones no son punibles pues se realizan de acuerdo al estado de necesidad justificante para salvar la vida del paciente, en este caso se confrontan dos bienes jurídicos protegidos, por una parte la integridad física y por otra la vida, siendo una vía necesaria lesionar el primer bien jurídico para que prevalezca el segundo, así explica Roxin los inicios de esta teoría:

Roxin (2006)

“De esta situación surgió el estado de necesidad justificante supralegal, que se desarrolló partiendo del principio en el que se basan todas las causas de justificación, a saber: que en caso de colisión ineludible de intereses en pugna, el sujeto actúa conforme a Derecho si da preferencia al interés más valioso frente al menos valioso y con ello en definitiva hace algo socialmente provechoso... La idea básica del estado de necesidad supralegal se mantuvo en dos formulaciones enfrentadas entre sí. Según la teoría del fin, que fue propugnada especialmente por von Liszt y su discípulo Ed. Schmidt, regía el principio de “que no son antijurídicas las intromisiones en intereses jurídicamente protegidos que supongan un medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el Estado” Y la teoría de la ponderación de bienes invocaba el principio de “no actúa antijurídicamente quien lesiona o pone un en peligro un bien jurídico de inferior valor, si sólo de este modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor.” (pág. 672)

Además de lo expresado por Roxin, debemos manifestar que la causa de justificación que se encuentra en el Art. 152 del COIP, es una causa de justificación legal, debido a que se

encuentra en nuestra legislación penal de manera expresa y este hecho al realizarse por un estado de necesidad justificante elimina la antijuridicidad del acto, tal como lo manifiesta Quintero Olivares: “Negativamente la antijuridicidad se manifiesta a través de lo que se conoce como causa de justificación. Cuando una de estas concurre aquel acto que por típico era en principio (indiciariamente), antijurídico, resultará jurídicamente justificado.” (Quintero, 1992, pág. 431)

Para concluir el estudio del delito de lesiones en nuestra legislación penal es importante analizar ciertas circunstancias que se refieren a las lesiones y que no se encuentra enmarcadas en el Art. 152 ya estudiado, una de ellas es el tratamiento especial que el legislador da a las lesiones causadas por delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuestión que es particularmente tratada de acuerdo al Art. 155 y siguientes del COIP, así también el daño permanente a la salud está penado en el Art. 215 del COIP, mismo artículo que se refiere exclusivamente al daño irreparable de la salud causada por elementos biológicos, químicos o radioactivos.

Finalmente, como anotamos al comenzar el análisis de las lesiones en la legislación ecuatoriana el legislador con la redacción del Art. 152 del COIP coloca como sujeto pasivo de este delito exclusivamente a las personas, sin embargo al revisar el Art. 249 del referido cuerpo normativo se observa que existe una contravención que protege a las mascotas o animales de compañía tanto de las lesiones como de la muerte, este mencionado artículo dice lo siguiente:

Código Integral Penal (2014)

“La persona que por acción u omisión cause daño, produzca lesiones, deterioro en la integridad física de una mascota o animal de compañía, será sancionada con

pena de cincuenta a cien horas de servicio comunitario. Si se causa la muerte del animal será sancionada con pena privativa de libertad de tres a seis días.

Se exceptúa de esta disposición, las acciones tendientes a poner fin a sufrimiento ocasionados por accidentes graves, enfermedades o por motivos de fuerza mayor, bajo la supervisión de un especialista en la materia.” (Art. 249)

Con lo anotado se da cuenta que los mascotas y animales de compañía también son protegidos dentro de esta nueva legislación penal, pues en este caso son considerados sujeto pasivo de lesiones, sin embargo revisado en su integridad este cuerpo normativo, no se encuentra ninguna disposición que proteja al *nasciturus*, cuestión que nos parece insólita ya que el que está por nacer posee incluso protección constitucional empero al parecer el legislador no ha creado una norma penal que viabilice el pleno ejercicio de este derecho constitucional.

## CAPITULO II

### EMBARAZO, EMBRIÓN Y FETO

#### **2.1 El embarazo, embrión y el inicio de la vida humana.**

Al estudiar las lesiones al feto, es necesario analizar al sujeto pasivo de estas lesiones, es decir, al fruto de la concepción, para ello, hemos de asistimos por la ciencia médica.

“El embarazo es un conjunto de cambios y transformaciones anatómicas y fisiológicas que experimenta el organismo de la mujer a partir del momento en que comienza a desarrollarse en ella un ovulo fecundado (concepción) y que finaliza con el parto.” (Patitó, 2000, pág. 294) Es decir, el embarazo está comprendido por un lapso de tiempo más o menos determinado, mismo lapso que puede ser alargado o reducido depende de las características particulares de cada embarazo, sin embargo los médicos obstetras quienes son especialistas en el tema manifiestan que “Alrededor de 280 días o 40 semanas median en general entre el primer día del último periodo menstrual y el nacimiento del feto; 280 días corresponden a  $9 \frac{1}{3}$  meses calendario, o diez unidades de 28 días cada una.” (Cunningham, Eds. 2003, pág. 109) Dentro de este referido periodo el fruto de la concepción se encuentra en constante desarrollo y mantiene una vida dependiente y subordinada a la madre, sin que este encuentre mecanismos propios de defensa a amenazas externas.

El inicio de la vida humana ha estado en constante discusión por varias corrientes del pensamiento médico que buscan con certeza identificar el momento exacto en el cual la vida humana se inicia, así como también se dice que la vida humana ha comenzado a existir con la creación del mundo y que al crearse un nuevo ser humano lo único que

sucede es una suerte de continuación de vida con la unión de vida de dos personas para crear otra, no obstante en este sentido se crearía una discusión más filosófica que médica, cuestión que no va con el fin de nuestra investigación, por lo que para nosotros lo importante es conocer el momento en el que inicia la vida biológica de cada humano en particular, y al buscar una respuesta común a esta pregunta se podría decir que el inicio de la vida humana se da en la fecundación.

Héctor Mendoza, Sonia López (2011)

“Efectivamente, suele asumirse que es en el momento en que por primera vez se encuentra el óvulo y el espermatozoide, cuando inicia la vida de cada ser humano en lo particular y se cree que esto es así, ya que al fusionarse ambos gametos se entremezclan las cargas genéticas de los progenitores dando por resultado un nuevo individuo de la especie humana. Más aún, siguiendo una lógica simplista suele deducirse que ante la existencia de un cigoto nos encontramos siempre, frente al equivalente de la persona humana.” (pág.19)

Con el inicio de la vida humana, comienza una serie de etapas que el *nasciturus* tendrá que pasar para que con la llegada del parto, se pueda convertir en una persona con vida independiente y separada de la madre, este transcurso de tiempo que se lo denomina embarazo y se encuentra dividido por la ciencia medicina en diferentes etapas para su estudio, en la primera etapa se denomina embrión al fruto de la concepción, este periodo embrionario comienza en la tercera semana después de la ovulación – fertilización y muchas veces su inicio se calcula de acuerdo a la fecha en la cual le hubiera tocado la próxima menstruación a la madre, es entonces cuando ha comenzado el periodo embrionario donde se la las primeras formaciones del organismo del que está por nacer, en la cuarta semana se da la división del corazón y se comienzan a observar los bordes de los diminutos brazos y pies, este periodo embrionario termina al final de la sexta semana

cuando su corazón ya está formado por completo y la longitud del embrión esta entre los 22 y 24 mm y se ven ya cambios importantes en la evolución del embrión “Hay dedos en las manos y en los pies, y los brazos se doblan en los codos. El labio superior está completo y las orejas forman elevaciones bien definidas a cada lado de la cabeza.” (Cunningham, Eds. 2003, pág. 111)

A continuación del periodo embrionario viene el periodo denominado fetal, el cual comienza a partir de transcurridas las ocho semanas después de la fertilización, en este periodo la medicina denomina feto al que está por nacer y este feto tiene ya una longitud de 4 cm., así también, dentro de este periodo se da la evolución de la mayoría de los órganos que ya se formaron en el periodo embrionario, esta etapa fetal termina con el parto, es decir dentro de esta etapa se da la total formación del feto hasta su nacimiento, sin que sea necesario el estudio pormenorizado de estos sub periodos para el fin de esta investigación, sin embargo, es certero anotar para nuestro estudio, que dentro de la semana 24 de gestación el feto al nacer o al ser expulsado del vientre materno puede tener esperanza de vida mínima “Un feto nacido en este periodo intentara respirar, pero la mayoría morirá debido a que los sacos terminales, necesarios para el intercambio gaseoso todavía no se formaron” Por tal motivo la esperanza de vida en la semana 24 es mínima y en las anteriores semanas una expulsión del que está por nacer concluirían indudablemente con la muerte del mismo.

A partir de la semana 28 de gestación, el feto ya se encuentra con una longitud de más menos 25 cm. y pesa 1.100 g aproximadamente, así también sus órganos ya se encuentran generalmente desarrollados siendo viable el nacimiento “Un lactante nacido en este periodo mueve sus miembros en forma bastante enérgica y llora con debilidad. Un

lactante por lo demás normal nacido durante esta etapa tiene una posibilidad de sobrevivir en forma intacta del 90%.” (Cunningham, Eds. 2003, pág. 112) Pues como se observa, en esta etapa la vida independiente del recién nacido tiene un gran porcentaje de factibilidad sin embargo, la edad ideal para el nacimiento del feto se da desde la semana 32 de gestación en adelante como lo anotan los médicos obstetras al referirse a la semana 32 de gestación “Salvo la presencia de complicaciones, los lactantes nacidos en este periodo por lo general sobreviven intactos.” (Cunningham, Eds. 2003, pág. 112)

Sobre este último tema referente a la viabilidad de vida del recién nacido en relación a la edad de gestación que tenga el feto, es importante hacer notar que tiene mucha relación a las lesiones en los fetos, pues, si se da el supuesto caso en el feto encontrándose en la semana 24 de gestación o anteriores, es lesionado y no es posible el tratamiento médico mientras se encuentre en el vientre materno, mucho peor su tratamiento médico en el exterior, pues como hemos visto en líneas anteriores en esta época gestacional no sería viable la vida fuera del vientre materno, por lo que, en conclusión, estas lesiones en el feto van a causar indudablemente la muerte del mismo, configurándose otro tipo penal que sería el aborto o posiblemente el aborto preterintencional, esto dependerá de la intención del autor y de si estos hechos se encuentran tipificados en el momento y territorio de la comisión.

## **2.2 El feto y su condición de ser lesionado.**

Como se observó en el sub capítulo anterior, la medicina usa dos términos para referirse al fruto de la concepción en sus distintas etapas, el primer término es el embrión, que comienza después de la tercera semana posterior a la fertilización, y el segundo término es el feto, que se lo denomina periodo fetal que se extiende desde la novena semana

posterior a la fertilización hasta el nacimiento, anotado esto y al observar que la doctrina penal se refiere textualmente a las lesiones al “feto” tendríamos que hacer las siguientes acotaciones, toda vez que si el derecho penal se referirá exclusivamente a la protección del “feto” en su estricto sentido médico del uso de esta palabra se estaría dejando sin protección al embrión que también puede ser lesionado e inclusive desde sus inicios de vida se podrá dar una posible malformación o tara, por lo que, se creería que al manifestar “lesiones al feto” el derecho penal se refiere a las lesiones que se causen al *nasciturus* en general como lo dice Suanzes Pérez al referirse a las lesiones al feto: “El sujeto pasivo de estos delitos es el embrión o feto, titular del bien jurídico lesionado. Aunque al tenor literal utilice el termino “feto” que se corresponde con la última fase del desarrollo de la vida prenatal.” (Suanzes Pérez, 1999, pág. 506) Con lo anotado quedamos convencidos que al referirse a las lesiones en el feto, estas son consideradas desde el momento de la concepción hasta el momento en el que se inicia su nacimiento, cuestión que contraria la terminología estrictamente médica.

Debemos hacer especial referencia a la condición del feto al ser lesionado, ya que al no considerarse un persona independiente y extraña a su madre sino más bien todo lo contrario, al momento de ser lesionado el feto en la mayoría de los casos se estará lesionando a la madre también, por lo que es necesario analizar brevemente los traumatismos maternos y fetales que se pueden producir, estos traumatismos son divididos por la medicina en accidentales y operatorios, al referirse a los traumatismos en la cavidad abdominopelviana, los médicos obstetras lo dividen en dos sub clasificaciones: “Las violencias que ejercen sobre la cavidad abdominopelviana pueden actuar de dos maneras distintas: por penetración (armas cortante o de fuego) o por comprensión (aplastamiento, golpes).” (Perez, 1963, pág. 636) En el caso en el que se este frente de una herida de carácter penetrante, se deberá observar la gravedad de la lesión, en casos muy graves en

los que se afecte a la madre y al que está por nacer se deberá suspender el embarazo y si el *nasciturus* no se encuentra en un término viable de nacimiento, este morirá, no obstante han existido casos que no han sido de mayor gravedad las lesiones causadas y se han podido solucionar mediante el procedimiento de sutura de la lesión penetrante sin la interrupción del embarazo, consiguiendo nacimientos relativamente normales, pero siempre observando en caso en particular y sus complicaciones. Con relación a los traumatismos por comprensión, estos se dan como resultado de caídas, aplastamientos, golpes violentos sobre el vientre o cualquier otro mecanismo que presione el vientre materno sin causar penetración, la medicina dice que este tipo de lesiones en el vientre materno por lo general no causa lesiones al feto sino más bien otras consecuencias como lo explica el obstetra Manuel Luis Pérez “Frente a estas raras eventualidades, lo más común es que se llegue al desprendimiento prematuro de la placenta o a la ruptura del útero.” (Pérez, 1963, pág. 636) Cuestión que por lo general termina con el aborto, por lo que ante un desprendimiento prematuro de placenta se deberá realizar una intervención quirúrgica urgente para salvar al que está por nacer, esto dependiendo de la edad gestacional que tenga el *nasciturus* y su viabilidad de nacimiento.

A más del estudio de los traumatismos fetales antes indicados, es menester tratar el pronóstico fetal luego de estos traumatismos, cuestión que lo explica con mucha claridad Pérez.

Manuel Luis Pérez (1963)

“En cuanto al pronóstico fetal inmediato del traumatismo en sí es regla que para causar su muerte debe haber producido antes una herida en el útero; dependiendo el pronóstico alejado de que la preñez siga o no su curso, lo que es difícil predecir por cuanto traumatismos de apariencia mínima interrumpen la preñez, y otros de gran

magnitud no perturban la evolución del embarazo. Pero si sigue hasta el término, debe contemplarse la posibilidad de que también se descubran lesiones fetales.”

(pág. 637)

No obstante, además de los traumatismos que son producidos por fuerzas externas existen los traumatismos espontáneos del feto, los mismos que deberán sin duda ser considerados como anomalías y enfermedades congénitas del feto, cuestión que por ningún concepto serán punibles.

Finalmente diremos que hoy en día se exige un especial cuidado y tratamiento de la mujer embarazada, dentro de la sociedad, así también se exige un especial cuidado de la madre con relación al que está por nacer, estos tratamientos especiales y beneficios que se dan a la madre no tienen otra razón más que el proteger al que está por nacer, toda vez que el feto se encuentra en total indefensión en relación a su madre y la sociedad en general, tanto así que el *nasciturus* no podrá defenderse por sí solo de los atentados que se hagan en contra de su salud, es justamente por ello la necesidad de otorgar una norma penal expresa que lo proteja de las lesiones.

### CAPITULO III

## MARCO TEÓRICO DEL DELITO DE LESIONES AL FETO Y SU DIFERENCIA CON LA TENTATIVA DE ABORTO

### 3.1 Protección constitucional y legal del que está por nacer.

Aunque el problema de no considerar persona al que está por nacer será analizado con mayor profundidad en el siguiente subcapítulo, es necesario, para comprender este tema, hacer una breve referencia al mismo.

En el sentido textual de las normas que conceden derechos a los ecuatorianos, así como también en las normas internacionales, es muy común ver la palabra “persona”, como por ejemplo: “Se reconoce y garantizará a las personas:...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 66) Es por ello, que al tener el feto la condición de “no-persona”, no podría éste ser tutelado dentro de los derechos que textualmente usa la palabra “persona”, dejando muchas veces un vacío legal que causa exclusión inminente al que está por nacer.

Una vez realizada esta aclaración, debemos comenzar con el análisis de las normas constitucionales y legales que protegen al feto. La actual constitución de la República del Ecuador del año 2008 concede un sin número de derechos a las personas, sin embargo, revisado este cuerpo normativo con relación al que está por nacer, se encuentra únicamente el Art. 45 de este referido cuerpo normativo, mismo artículo que contiene el mayor de los derechos contemplados a favor del *nasciturus*, y dice: “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, Art. 45)

Anotado esto, el legislador da su más grande aporte a la tutela jurídica del que está por nacer, facultándole principalmente de dos derechos de gran importancia, por una parte garantiza la vida desde la concepción y por otra parte, y de igual importancia, garantiza el cuidado y la protección desde la concepción, por lo que se colige que el feto se encuentra protegido en su integridad de salud y vida, por ello, es obvio que el legislador al redactar este artículo vio la necesidad de además de proteger la vida misma del que está por nacer, proteger su integridad para lograr así un crecimiento fetal óptimo y su nacimiento.

El artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador es el único artículo que se refiere textualmente a garantizar la vida, cuidado y protección del que está por nacer, sin embargo, dentro de la Constitución hemos encontrado varios artículos más que protegen a la mujer embarazada, y nos preguntamos si esta protección beneficia al feto, y su respuesta es obvia, el legislador, al redactar todas y cada una de las normas que protege a la madre, de manera indirecta está protegiendo al que está por nacer. La Constitución de la República del Ecuador considera a las mujeres embarazadas como grupo de atención prioritaria concediéndoles varios derechos, entre los más importantes se encuentran los enunciados en el Art. 43 de este cuerpo normativo fundamental.

Constitución de la República del Ecuador (2008)

“El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a:

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.
2. La gratuidad de los servicios de salud materna.
3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.

4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia” (Art.43)

Además de estas garantías constitucionales directas e indirectas para el que está por nacer, también existe legislación de menor jerarquía que trata el tema, como por ejemplo el Código de la Niñez y la Adolescencia, en el cual en su Art. 2 le incluye como sujeto protegido al ser humano desde su concepción, diciendo: “Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad...” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2008, Art. 2) Así mismo más adelante, en este mismo cuerpo normativo, en el Art. 20 dice:

Código de la Niñez y Adolescencia (2008)

“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.” (Art. 20)

En este cuerpo legal antes referido se observa una suerte de protección al que está por nacer, tratando de que con esta normativa se viabilice el nacimiento y la llegada de la niñez y adolescencia, momento en el cual podrán ser aplicables todas las normas que se encuentran en este código, así también se observa la obligación que tiene el futuro padre a transferir una cantidad de dinero mientras la madre se encuentra embarazada, como es el caso de alimentos para mujer embarazada, sin embargo, este código nada dice sobre las lesiones que se causaren al feto y su sanción al agresor, pues, es lógico, este no es el

cuerpo normativo que le corresponde sancionar penalmente estas agresiones, pero aun así, dentro de este código se observa el espíritu de protección al que está por nacer, empero no se encuentran mecanismos específicos y viables para proteger íntegramente al *nasciturus*.

Otro cuerpo legal que protege al que está por nacer, a pesar de su antigüedad, es el Código Civil, mismo que en su Art. 61 dice:

Código Civil (2005)

“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 se crea que de algún modo peligrará.

Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.” (Art. 61)

Aunque, a pesar de la antigüedad de este código, se encuentra la protección del que está por nacer, no obstante, al ser un ordenamiento inminentemente civil, el Juez, no se encuentra investido de todas las facultades para sancionar las violaciones a la integridad del feto, mucho peor de asignar una pena.

Como hemos observado, los diferentes ordenamientos jurídicos vigentes en el Ecuador no son suficientes para garantizar la integridad total del que está por nacer, sin embargo, al revisar el espíritu de estas leyes, se puede observar claramente que el legislador tiene el ánimo de precautelar la salud del *nasciturus*.

Ahora bien, al existir una norma constitucional que protege al *nasciturus* a favor de la vida y su integridad, es necesario la creación de normas jurídicas de menor jerarquía en

este sentido, misma norma que deberá ser efectiva y de realización práctica, este desarrollo normativo que se deberá dar por parte del legislador se funda en el Art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador:

Constitución de la República del Ecuador (2008)

“La Asamblea Nacional y todo órgano de 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 normativas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”

Es por ello, que el legislador tiene la obligación constitucional de crear leyes de menor jerarquía que viabilicen el cuidado y protección de los derechos consagrados en la constitución, al revisar las diferentes normativas que protegen al que está por nacer, se observa que existe la intención del legislador de proteger a este, no obstante, hasta la presente fecha no se cuenta con un tipo penal que sancione las lesiones causadas al feto.

### **3.2 El feto como sujeto pasivo del delito de lesiones y el problema de no ser considerado persona.**

Como se había manifestado anteriormente, en el Código Penal actual (última reforma 15 de febrero 2012) tanto como en el Código Orgánico Integral Penal que esta por entrar en vigencia en agosto del 2014, solamente se tipifica el delito de lesiones causado a una “persona”, cuestión que es un limitante para que el *nasciturus* se constituya como sujeto pasivo en este tipo de delitos; planteado este problema, es menester estudiar la palabra persona.

La palabra persona, nace en la antigua Roma, cuando cada individuo usaba una especie de mascara para resonar más la voz, cuando actuaba en los escenarios de los teatros, a esta mascara que se le denominaba *personare* y con esta mascara el individuo representaba lo que era entorno a la sociedad y su posición en ella, no obstante el carácter de persona que se daba en el derecho romano no era general, pues en ese momento no se consideraba persona a los esclavos, por lo que, ser considerado persona era un privilegio para un individuo de la especie humana, así también al que está por nacer se le consideraba parte de la madre y no independiente a ella, tan como lo dice Cabanellas “Los romanos decían con error que el concebido era parte de la madre: *pars viscerum matris*.” (Caballenas, 1996, pág. 220) Luego se crearon teorías romanistas sobre la persona. Decían que es necesario que el recién nacido sobreviva por sus propios medios por un lapso de 24 horas para que sea considerado persona, misma teoría que se fundaba en la viabilidad de la vida del recién nacido. Aunque esta teoría fue usada hace muchos siglos atrás, no obstante en la actualidad estos pensamientos romanistas han venido influenciando el derecho civil a tal punto que nuestro Código Civil actual sobre la persona dice en su Art. 41: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean sea su edad sexo o condición. Dividiéndose en ecuatorianos y extranjeros” (Código Civil, 2005, Art. 41) Y más adelante, con referencia al principio y fin de la existencia de las personas, el Art. 60 del mismo cuerpo normativo dice:

Código Civil (2005)

“El nacimiento de una persona, fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de la madre.

La creatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás.

Se presume que la creatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo.” (Art.60)

Con lo anotado en relación al concepto de persona y sus derechos, se colige que este concepto es inminentemente romanista y civilista, pues al parecer lo que se trata de precautelar con esta norma son los derechos de carácter civil y económicos de las personas nacidas, sin embargo, al ser el Código Civil una norma supletoria del Código Penal y existiendo la duda sobre cuando se le puede considerar persona a un individuo de la especie humana, necesariamente el Código Penal nos remite al concepto civilista de persona, confirmando una vez más que el delito de lesiones tipificado en el Código Penal no es aplicable para los fetos.

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina ante la incógnita de si las lesiones causadas a los fetos son punibles, pues para la mayoría de doctrinarios, deberá existir un tipo penal exclusivo que ponga como sujeto pasivo al feto tal como lo manifiesta Donna:

Edgardo Donna (2007)

“Por nuestra parte creemos que una correcta interpretación de la ley debe llevar a considerar atípicas las lesiones causadas al feto. Resulta claro que cuando el legislador quiso incriminar la acción contra la persona por nacer, lo hizo expresamente a través del delito de aborto. En materia de lesiones, omitió el tratamiento de la cuestión, por lo que resulta ilegítimo llenar un vacío legal en perjuicio del acusado.” (pág. 262)

Aunque el maestro Donna en el párrafo anterior se refiere a la legislación penal argentina, este criterio es totalmente aplicable a nuestro país, pues en este sentido la ley

penal argentina tiene gran similitud a nuestra ley en el delito de lesiones pues, ni en Argentina ni en Ecuador se encuentran penadas las lesiones al feto.

Para concluir debemos decir que, por ningún concepto será aplicable el delito de lesiones que se encuentra en nuestro Código Penal con el fin de sancionar lesiones al feto, pues se estaría extralimitando al tipo, contrariando al principio de máxima taxatividad del derecho penal e incluso el principio de legalidad, así también al momento de resolver la incógnita de cuando se deberá considerar persona a un individuo, es necesario remitirnos al Código Civil, pues así lo manda la ley penal al decir que este cuerpo normativo es subsidiario, no obstante, a nuestro criterio, el concepto de persona, deberá ser reformulado y analizado de manera más filosófica y no funcional como lo es en la actualidad, pues no es posible que se discrimine a un ser humano con vida que está en crecimiento no considerándole persona o considerándole “esperanza de vida”, cuando en realidad la vida independiente del feto ya comenzó desde la misma concepción como lo dice Nuñez: “Las actuales experiencias biomédicas, precisamente a través del procedimiento de fertilización in vitro o fecundación ectogenética, han demostrado la independencia genética del *nasciturus* en relación con la madre, por lo que no puede sostenerse que sea una visera o parte de su organismo.” (Nuñez, 1999, pág. 21) Sin embargo, al ser presos de lo que digan las normas legales, por el momento, lamentablemente deberemos estar a lo dispuesto en ellas.

### **3.3 Referencia especial a la diferencia entre la tentativa de aborto y las lesiones al feto.**

Dentro de este estudio, se ha visto la necesidad de realizar ciertas diferencias entre la tentativa de aborto y el delito de lesiones al feto, por lo que haremos las siguientes puntualizaciones.

El aborto, se encuentra tipificado en el actual Código Penal (última reforma 15 de febrero 2012) así como también en el Código Orgánico Integral Penal que esta por entrar en vigencia en agosto del presente año. Para mayor conocimiento del lector, transcribiremos la norma que tipifica el aborto no consentido en el COIP:

Código Orgánico Integral Penal (2014)

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

Si los medios empleados no han tenido efecto, se sancionará como tentativa.” (Art. 148)

De la lectura que se realiza a este artículo se notara que este tipo penal se refiere al aborto no consentido de la madre del que está por nacer, así como también en su último inciso, se observa que este delito se encuentra tipificado expresamente como tentativa, en consecuencia, para analizar lo que se considera tentativa, es necesario nuevamente remitirnos al COIP en su parte correspondiente:

Código Orgánico Integral Penal (2014)

“Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito.

En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que correspondería si el delito se habría consumado.

Las contravenciones solamente son punibles cuando se consuman.” (Art.39)

Anotada las normas legales correspondientes sobre el caso que nos ocupa y al hacer una relación entre ellas, deberemos analizar los elementos que las contienen, para así llegar a un resultado claro de lo que se entiende como tentativa de aborto en nuestra legislación penal.

Como primer presupuesto anotaremos que el aborto constituye el hacer “abortar” (tal como lo manifiesta el COIP), es decir dar muerte al feto de una mujer que no ha consentido en ello (utilizando el tipo penal del Art. 148), sin embargo, el agente, al dar ejecución a los actos para llegar a este fin (dar muerte al feto) por razones ajenas a su voluntad no se llega a verificar el delito, por lo que en este supuesto se configuraría la tentativa de aborto y para tener claro esta variación del tipo inicial de aborto, es necesario observar que el agente inicie el acto, mismo acto que deberá contener medios comisivos idóneos, conducentes y de modo inequívoco a la realización del aborto, es por tanto la puesta en acción del plan que el autor tiene para cumplir con su fin que es el hacer abortar a la víctima, por lo que en los casos en concreto que se de este tipo de delitos se deberá observar si los mecanismos que el autor eligió para la comisión del delito son los idóneos para dar muerte al feto, así que por ejemplo si un médico dolosamente subministra a su esposa medicación que sabe son contraindicados para una mujer embarazada y que por sus sustancias químicas causará sin duda la muerte del feto, sin embargo, la mujer al sentirse mal acude al hospital por sus propios medios y le subministran un antídoto al fármaco maligno que fue subministrado por su esposo que hubiere causado la muerte del *nasciturus* y por la atención medica correcta y oportuna no se da el aborto, este sería un caso en el cual se daría la tentativa de aborto ya que el medico dolosamente inicio la ejecución del acto con intensión y medios idóneos para la comisión del delito, sin embargo este delito no se consumó como aborto debido a que por razones ajenas a la voluntad del

agente el feto se salvó de la muerte, ahora bien, supongamos que, en este mismo hecho factico, a consecuencia de los fármacos suministrados por el esposo de la madre, el que está por nacer resulta lesionado en su salud y en consecuencia se producen malformaciones, en este caso, sería punible tal hecho por la tentativa de aborto y más no por las lesiones al feto ya que estas no se encuentran tipificadas expresamente en nuestra ley penal.

Se deberá aclarar que el bien jurídico protegido en el delito de aborto y su tentativa es la vida del feto y no su integridad física o salud exclusivamente, por lo que sería irrelevante si se producen lesiones al feto o no, en una tentativa de aborto, ya que las lesiones en el feto como tales no son constitutivas del delito de tentativa de aborto y no se encuentra sancionado en la legislación penal ecuatoriana,

La legislación penal peruana, ya sanciona las lesiones causadas al feto y Peña Cabrera hace una relación de este delito con la tentativa de aborto, manifestado:

Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre (2013)

“Dicho lo anterior, nuestra legislación punitiva presentaba un vacío en cuanto a la debida protección del concebido, pues solo es objeto de tutela, ante aquellas conductas que se dirigen a su eliminación, que cobran vigencia normativa mediante los injustos del aborto; pero es que, el feto puede verse lesionado ante ciertas maniobras y/o conductas, que no necesariamente se dirigen a la interrupción del proceso de gestación (manipulación genética). O siendo así no adquieren concreción final según el plan criminal del autor, nos referimos a una tentativa de aborto, que al margen de ser punible, podía ya provocar lesiones al feto, lo que caía en un vacío de impunidad.” (pág. 314)

En consecuencia, para que se aplique la tentativa de aborto, deberían concurrir las siguientes circunstancias:

1. Que el agente al iniciar la comisión del delito, lo realice con la intención de dar muerte al feto;
2. Que el agente al iniciar la comisión del delito, cuente con actos idóneos, conducentes, de modo inequívoco a la realización del aborto;
3. Que por razones extrañas o ajenas a la voluntad del agente el aborto no se logró consumar.

Como hemos observado, el que se lesione o no al feto en la tentativa de aborto, no es de importancia para este tipo penal, pues las lesiones al feto, solo constituyen un elemento accidental que se puede dar o no en la comisión de la tentativa de aborto, además, el tipo penal de tentativa de aborto, no se vería investido de especialidad para sancionar lesiones al feto, ya que se estaría usando un tipo penal que sanciona la tentativa de aborto para sancionar las lesiones al feto, en todo caso, en el *factum* en el cual se configura la tentativa de aborto y el que está por nacer resulta lesionado, el agente tendría una pena correspondiente al delito de tentativa de aborto, dejando en claro nuevamente que el bien jurídico protegido que se verifica en este tipo penal es la vida del que está por nacer y no la integridad física del mismo, cuestión que como anteriormente manifestamos, va en contra de la especialidad del tipo penal e incluso en la práctica, el fiscal o juez, nada podrían manifestar sobre las lesiones al feto ya que estas son atípicas, por lo que en conclusión este tipo penal de tentativa de aborto en el caso que se den lesiones al feto, funge como una suerte de norma “salvadora”, pues no le corresponde específicamente

precautelar ese bien jurídico protegido, sin embargo el infractor podría terminar siendo sancionado por la tentativa de aborto.

Con el fin de aclarar aún más la falta de especialidad, en relación a la tentativa de aborto y lesiones al feto, es menester realizar un símil con relación a lo que sucede con el homicidio, tentativa de homicidio y lesiones.

En el homicidio como sabemos, el verbo rector es dar muerte a otra persona, sin embargo cuando el agente no logra matar al sujeto pasivo usando los medios idóneos inequívocos y conducentes para lograr su cometido y la víctima no muere por cuestiones ajenas a la voluntad del agente, sin duda nos encontramos en un supuesto de tentativa de homicidio, sin embargo, como resultado de esa tentativa de homicidio la víctima termina con lesiones, por lo que, no sería lo correcto ser sancionado por el delito de lesiones, porque se verificó la intención contundente de matar a la víctima, o por el contrario, no podría ser penado de delito de tentativa de homicidio si lo que dolosamente se causaron fueron lesiones y nunca se verificó la intención y medios idóneos para llegar a dar muerte a la víctima, cuestión que podría ser comparada en la tentativa de aborto con relación a las lesiones al feto.

La legislación española, también incorporó el delito de lesiones al feto en su última reforma del año 1995 y sobre este tema en relación a la tentativa de aborto Muñoz Conde manifiesta:

Francisco Muñoz Conde (2001)

“La relación con el aborto es de especialidad, por cuanto en el tipo subjetivo de la forma de comisión dolosa las lesiones al feto deben realizarse sin ánimo de

provocarle la muerte; si la intención fuera esta, pero a pesar de todo el embarazo continua y solo se produce lesiones al feto, el hecho será punible como tentativa de aborto, salvo que resulte mayor la pena de las lesiones al feto Si las lesiones al feto son producidas por imprudencia, pero producen la muerte del feto, será aplicable la modalidad imprudente prevista en el Art. 146.” (pág. 137) Muñoz Conde al referirse a la modalidad imprudente prevista en el Art. 146 se refiere al aborto culposo tipificado en el código penal español.

Además de los elementos ya descritos, es menester anotar que la teoría general del delito nos da la pauta que se deberá seguir para analizar si un hecho constituye delito y en que categoría encaja el mismo de acuerdo a su modalidad, en este plano, es de gran importancia hacer alusión a la tipicidad, la cual de acuerdo a la teoría general del delito se encuentra dividida en tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva, es así que, analizando la diferencia entre la tentativa de aborto y lesiones al feto, es acertado estudiar la tipicidad subjetiva, la misma que podría constituirse en dolo o culpa, es decir, estaríamos hablando de la culpa y el dolo observada desde la tipicidad, por lo que en nuestro caso en particular se observara desde la óptica de la intención del autor para así concluir si este en su interior lo que buscaba es dar muerte al feto o lesionar al mismo, por lo que, en el caso de tentativa de aborto lo que se verificara será el dolo del agente dirigido a dar muerte al feto y por otra parte, en las lesiones al feto lo que se podrá encontrar será el dolo del agente dirigido a lesionar al feto, mismo dolo que deberá también contener los dos elementos, el intelectual que significa conocer que se hace y el volitivo que constituye querer realizar la acción, así como también en el caso de que el delito sea de carácter culposo se tendrá en consideración la relación de causalidad entre la acción realizada con infracción del deber objetivo de cuidado y el resultado prohibido por culpa.

En todo caso, los medios comisivos del delito no podrán por sí solos dar un resultado sobre la intención del agente al momento de cometer el ilícito, es por ello que se deberá dar un análisis más profundo considerando todos los elementos que se encuentren a la carga de la investigación tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo del delito, con el fin de obtener la mayor claridad en la intención y finalidad del agente para relacionarlo con el resultado de la infracción.

**CALSIFICACION DE ACUERDO AL SUJETO PASIVO Y BIEN JURIDICO**



### DIFERENCIAS ENTRE HOMICIDIO, LESIONES, ABORTO, LESIONES AL FETO Y TENTATIVA DE ABORTO



### 3.4 Análisis del Caso Contergan y legislación comparada.

En el transcurso de la historia de la humanidad, se han dado distintos caso judiciales que por su complejidad y trascendencia mundial han creado doctrina en el derecho, y sin duda el caso Contergan es uno de ellos, por lo que hemos decidió transcribir en su totalidad el relato del caso realizado por Cancio Meliná, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, para luego realizar el análisis respectivo de acuerdo al tema que nos corresponde.

Manuel Cancio Meliá:

“Contergan es el nombre comercial bajo el cual se vendió en la República Federal de Alemania – durante los años 1960 a 1962 – un medicamento que era empleado – sin necesidad de receta médica – como sedante, siendo recomendado especialmente para mujeres embarazadas por su buena tolerancia. Su principio

activo era la talidomina, sustancia sintetizada por la misma empresa farmacéutica que distribuía el medicamento, Chemie- Grunenthal. La empresa puso en marcha en el año 1955 diversos ensayos clínicos, llevados a cabo en varios hospitales universitarios; los informes de los médicos responsables fueron positivos. No se realizaron ensayos en mujeres embarazadas. En julio de 1957 comenzó la comercialización de Contergan en todo el territorio federal; la talidomina se exportó, además, a más de cuarenta países.

En octubre de 1959 se produce la primera comunicación a la empresa – por parte del neurólogo Voss – planteando la posibilidad de que la talidomina podría tener efectos neurotóxicos en el caso de toma prolongada. Durante el tiempo en el que se comercializo Cotergan, unos 1500 médicos y farmacéuticos informaron a Grunenthal de unos 3000 casos de efectos tóxicos. En abril de 1960, Voss presenta sus conclusiones sobre la toxicidad de la talidomina en el congreso de neurología; el departamento de investigación de Grunenthal lleva a cabo entonces una serie de ensayos en ratas, sin que produzca efecto negativo alguno, de lo que se dudase que se trata de situaciones específicas respecto de las cuales Contergan solo en muy contados casos podría tener un papel determinante.

En septiembre de 1960, la administración sanitaria de los EE.UU, *Food and Drug Administration*, rechaza la solicitud de autorización de la empresa estadounidense (Richardson – Merrell, después de Dow Chemical) que pretende introducir un medicamento que contiene talidomina; la farmacóloga competente, *Oldham Kelsey*, ve comprendida la seguridad del uso de la sustancia y demanda ulteriores ensayos, también relativos a la vida humana antes del nacimiento. El día 24.11.1960, un farmacéutico alemán plantea por escrito a Grunenthal la cuestión de si la ingestión de Contergan durante el embarazo puede producir mal

formaciones en el fruto de la concepción. La empresa introduce una advertencia en el prospecto respecto del uso prolongado de la sustancia, afirmando que los efectos secundarios serían reversibles, y solicita la obligatoriedad de prescripción médica para el medicamento en varios Estados federados. En verano de 1961 aparece en el semanario *Der Spiegel* la primera noticia sobre los efectos neurotóxicos en adultos, y en septiembre de 1961 se publica el primer artículo científico que alerta sobre un aumento significativo de la tasa de malformaciones. El día 15 de noviembre de 1961, el pediatra y genetista Lenz comunica por teléfono al jefe del departamento de investigación de Grunenthal que sospecha que la ingestión de Contergan durante el embarazo puede producir malformaciones, y exige a la empresa que retire del mercado inmediatamente todos los medicamentos que contengan talidomina; esta exigencia también se formula en una reunión en el ministerio del interior de Renania del Norte-Westfalia, que la empresa rechaza – amenazando con interponer una demanda para ser indemnizada de los perjuicios ocasionados–. El día 26 de noviembre, el periódico *Welt am Sonntag* publica un artículo sobre las sospechas de Lenz. Al día siguiente, Grunenthal paraliza la comercialización del medicamento.

En diciembre de 1961 la fiscalía de Aachen abrió diligencias de instrucción contra Grunenthal; esta siguió negando la relación entre el consumo del medicamento y las lesiones. En marzo de 1967 la fiscalía presentó escrito de acusación contra el socio principal y ocho directivos de la empresa (el director científico, el gerente, los directores comercial y de distribución y cuatro miembros del departamento científico); en este momento comenzó también a calibrarse la dimensión de los casos de malformaciones en la República Federal de Alemania (unos 4000-5000 casos, de los cuales sobrevivieron unos 2800). La vista oral – un macro juicio con

tres fiscales y veinte letrados defensores, y en el que 312 de los perjudicados actuaron como acusación accesoria (Nebenklage) y se oyeron alrededor de 120 testigos, para el que hubo que buscar un lugar *ad hoc* – comenzó en enero de 1968. En abril de 1970, la representación de la acusación accesoria llegó a una transacción con Grunenthal, conforme a la cual aquella renunció a toda indemnización y acción judicial futura a cambio del pago de cien millones de marcos para una fundación destinada a ayudar a los niños afectados.” (pág. 208,209)

Al llegar a la sociedad alemana este hecho fáctico, los diferentes doctrinarios, abogados y operadores judiciales en general pusieron su atención en él, pues no es de esperar otra cosa ya que exigieron una cantidad considerable de víctimas y como resultado se causó una conmoción social extrema, a tal punto que en la actualidad existen aun víctimas que reclaman por el perjuicio que les causaron.

A pesar de toda la conmoción social e interés que causó el caso, el tribunal competente, luego de que avanzara el proceso y con la reparación económica que dio Grunenthal en el acuerdo al cual llegó con la acusación accesoria, el tribunal decidió sobreseer la causa, fundamentándose en que dentro del extenso proceso se ha causado un gravamen relevante a los acusados y que estos habían aceptado su conducta incorrecta y además se había indemnizado a los perjudicados, por lo que se aplicó el sobreseimiento de la causa que permitía la ley penal de aquel entonces.

El tribunal competente, a pesar de sobreseer la causa, dictó una completa resolución, en la cual se trata principalmente la tipicidad de las lesiones causadas, la

causalidad de las lesiones con relación al medicamento ingerido y la imprudencia de los procesados; en ese plano, respecto a la tipicidad, el tribunal que tramita la causa, se encontraba en un gran problema al momento de analizar el tipo penal aplicable al hecho, pues el momento de la comisión del delito se dio cuando las víctimas fueron fetos, por lo que en conclusión las lesiones eran atípicas, debido a que la legislación penal alemana no pena las lesiones a los fetos, sin embargo respecto este tema el tribunal hace el siguiente pronunciamiento:

Manuel Cancio Meliá:

“El LG parte en su razonamiento de la base de que los delitos de lesiones o de homicidio no protegen al fruto de la concepción, como demuestra la existencia del delito de aborto. También descarta que pueda concurrir una lesión de la gestante. Finalmente concluye que <... bajo las circunstancias del caso, la acusación de malformaciones solo será punible si se considera que ello constituye una lesión de quien nazca con ellas >. En su opinión esta cuestión no se había planteado hasta el momento en la discusión doctrinal, por lo que limita sus consideraciones, en ese plano a las argumentaciones presentadas en los dictámenes de los peritos jurisconsultos – todos ellos prestigiosos profesores de Derecho penal – aportados en el proceso: Bockelmann, Armin Kaufmann, Lange, Maurach, Nowarkowski y Schroder. Solo el dictamen de Maurach se mostró favorable a la solución afirmativa (la lesión prenatal puede ser calificada de lesión al nacido tanto para supuestos tanto de dolo como de imprudencia), mientras que Schoroder únicamente afirmó la tipicidad de las lesiones dolosas; los demás dictámenes negaron la tipicidad tanto para conductas dolosas como imprudentes. La cámara LG se sumó a la posición de Maurach, argumentando que una lesión se define por su afectación a la funcionalidad del órgano, desde el prisma del bien jurídico de la

salud, de modo que cuando la malformación realmente se manifiesta como perturbación de la función es cuando esta podría desplegarse, esto es, una vez que ha nacido el sujeto. En opinión del tribunal, las consideraciones sistemáticas (la ausencia de una normativa análoga al delito de aborto para las lesiones al feto) de los dictámenes contrarios a la afirmación de la tipicidad < solo explica la impunidad de aquellas lesiones del fruto de la concepción que se agotan en dicha lesión. Pero si la lesión que el producto de la concepción sufre no se queda limitada a este, sino que, más allá de ello, causa también una lesión corporal en el ser humano (nacido), una misma cadena causal afecta sucesivamente a diferentes objetos jurídico-penales de acción. No hay razón alguna para pensar que la impunidad de la afectación del primer objeto deba implicar también la impunidad de la afectación al segundo” (pág. 211,212)

Al ser este un caso de gran importancia para la doctrina penal, dentro del proceso se solicitó un sinnúmero de opiniones de reconocidos jurisconsultos alemanes, quienes en su mayoría se pronunciaron en el sentido de que no existía tipicidad en este tipo de lesiones ya que debería existir una norma análoga el tipo penal de aborto para penar las lesiones al feto, sin embargo el tribunal, al parecer por la presión social que causó el caso, decidió de alguna manera extralimitar el tipo penal de lesiones he incluirle al feto como sujeto pasivo dentro de este delito, realizando un análisis centrado en el bien jurídico protegido y la continuidad de las lesiones hasta el nacimiento, rompiendo con la prohibición de la analogía *in malam partem* al aplicar un tipo penal similar para sancionar un hecho distinto al tipificado.

Respecto a la concurrencia de la imprudencia o culpa de parte de Grunenthal, el tribunal, concluye que por ningún concepto este tipo de acción se podrá considerar dolosa ni por dolo eventual, sino más bien se trata de una acción imprudente debido a que la empresa farmacéutica no actuó de una manera ordenada y cuidadosa, inclusive al momento que ya se comenzaron a dar las primeras quejas sobre el producto, además es importante recordar que en aquellos años aún no se daba la obligatoriedad de que los medicamentos sean sometidos a análisis sanitarios y procedimientos jurídico públicos antes de salir a comercializarse, por lo que las propias empresas debían realizar todos los estudios necesarios previo a la comercialización.

Estados Unidos, fue el único país que emitió un sentencia obligando a pagar indemnización por una docena de casos de malformaciones por este fármaco, no obstante, en España sucedió todo lo contrario, pues no se inició ningún proceso judicial para sancionar a la empresa farmacéutica, al parecer por falta de un tipo penal adecuado y sin duda esta situación hizo reflexionar a los legisladores de aquel país ya que en el año 1995 incorporaron a su ley penal las lesiones al feto, tanto en su carácter doloso como culposo, sin embargo, existen alrededor de tres mil afectados por el fármaco en este país, por lo que al no poder encontrar responsables, el estado español se ha comprometido en ayudarles económicamente a las víctimas para que así no sea tan grave el impacto para las personas que viven con estas malformaciones. Alemania por su parte, teniendo en consideración el caso Contergam, se dio el proyecto de ley para la penalización de las lesiones al feto, sin embargo este fue criticado por la doctrina como le expone Enrique Peñaranda profesor de la Universidad Autónoma de Madrid:

Enrique Peñaranda Ramos:

“El Ministerio Federal de Justicia alemán sometió a discusión un Proyecto de Ley de Protección de Embriones, cuyo artículo 1 preveía sanción penalmente las lesiones provocadas de forma dolosa o gravemente imprudente a un embrión o a un feto, siempre que estas lesiones continuasen manifestando sus efectos en la persona afectada después del nacimiento, y calificaba como un supuesto de especial gravedad el de que se produjera su fallecimiento a causa de aquellas, configurando las infracciones correspondientes en todos los casos como delitos comunes, que, por tanto, cualquiera, incluso la propia gestante podría cometer. Tales previsiones toparon con la resistencia de la mayor parte de la doctrina alemana, quien señaló, entre otros defectos, su incompatibilidad con las concepciones jurídicas actuales sobre la maternidad. Keller por ejemplo, advirtió, en este sentido, que aun no siendo aceptables las lagunas existentes en el Derecho Alemán en cuanto a la protección de la vida y salud prenatales, el *Diskussionsentwurf* habría ido demasiado lejos, al tomar en cuenta adecuadamente la especial relación, de carácter simbiótico, que se da entre la gestante y el producto de la concepción. La limitación a tal efecto de punibilidad a acciones gravemente imprudentes sería insuficiente para realizar una correcta ponderación entre los intereses que se pretendían tutelar y el derecho de la mujer embarazada al libre desarrollo de su personalidad y ello habría de provocar también complicaciones en la relación con las personas que actúan en contacto con ella en círculo social más próximo: la regulación podría considerarse acertada, por tanto respecto de terceros que actuaran fuera de este círculo. A causa de esta crítica generalizada, aquel artículo 1 no llegó a incorporarse a la Ley alemana para la protección de Embriones, vigente desde el primero de enero de 1991.” (pág. 173,174)

Con la cita antes realiza, nos podremos dar cuenta que la doctrina penal alemana en general ha rechazado la idea de incluir un tipo penal de protección al *nasciturus* con relación a las lesiones al feto y el aborto considerando como fundamento principal el derecho que la madre tiene en su libre actuar e incluso el actuar de su “círculo social más próximo” en relación al feto, por lo que se concluye que para la doctrina penal alemana es de mayor importancia estas libertades de la gestante y sus cercanos a los derechos que el feto mantiene a la salud y vida, sin embargo a pesar de no incluir este nuevo tipo penal en Alemania más bien se ha reformado distintas legislaciones relacionadas con la producción y comercialización de fármacos, para evitar que se repita casos como el de Contergan que hasta la actualidad existen cientos de víctimas que todavía reclaman una mayor indemnización ya que por el tiempo que ha transcurrido la indemnización inicial no fue suficiente respecto a la vida que llevan estas personas por sus malformaciones, por lo que recientemente se han planteado nuevos juicios en contra de la empresa farmacéutica.

El delito de lesiones en los fetos en un principio no ha sido tratado por la doctrina con mayor profundidad, aunque luego de verificarse hechos reales de lesiones al feto que no han podido ser sancionados por falta de ley, tanto la doctrina como los legisladores han puesto más interés en el tema y desde aquellos momentos en los diferentes países se han verificado distintos pensamientos, una parte de la doctrina reclama la creación de este tipo penal y otra, como hemos visto, contrarios a este pensamiento, manifiestan que no es necesario la creación de esta norma, sin embargo, en el transcurso del tiempo se ha constatado legislaciones que han incluido el tipo penal de lesiones a los fetos en su ordenamiento jurídico.

Para tener un panorama completo, tanto de la legislación europea como de la latinoamericana, hemos creído acertado, analizar los tipos penales de lesiones al feto tanto de la legislación penal colombiana como española, por lo que comenzaremos anotando lo que manifiesta el Código Penal Colombiano, el cual en su respectivo contenido pena las lesiones al feto de manera dolosa y culposa respectivamente:

#### Código Penal Colombiano (2000)

“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.

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 la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.” (Art. 125,126)

Por otra parte, el código penal español, en su parte respectiva referente a las lesiones al feto manifiesta lo siguiente:

#### Código Penal Español (2010)

“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 sancionado con una 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 el tiempo de dos a ocho años.

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

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrán así mismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada al tenor de este precepto.” (Art. 157,158)

De los diferentes artículos de las legislaciones anotadas, se desprende que el legislador de aquellos países ha incorporado a su legislación penal el delito de lesiones al feto en dos circunstancias, la primera en su carácter doloso y la segunda en su carácter culposo, así mismo hace mención a la suspensión de los ejercicios profesionales en la salud a los que cometan este delito quienes no podrán realizar actividades referentes a sus ramas profesionales médicas, y llama la atención que en la legislación española exime de responsabilidad a la madre que incurra en el delito culposo de lesiones al feto y aborto, esto al parecer por las corrientes feminista pro aborto que aquel país tiene y la presión al momento de la creación de estos tipos penales, acompañado del pensamiento en el cual al incluir en este delito como sujeto activo a la madre, se estaría restringiendo el derecho que ella tiene para en su esfera de libertad.

### **3.5 Corrientes doctrinarias a favor del delito de lesiones en el feto.**

En el transcurso del tiempo, los tratadistas de derecho penal, han venido analizando el delito de aborto así como el delito de lesiones en personas ya nacidas, empero como hemos dicho no se ha tratado con absoluta profundidad las lesiones al feto, sin embargo han existido manifestaciones en las que se dice que existe una vacío legal sobre el tema, fruto de este pronunciamiento de la existencia de una falta de ley que crea desigualdad en los derechos del *nasciturus* en relación a las personas nacidas, la doctrina ha visto la necesidad de solucionar al tema, buscando la creación de una norma penal llamada a precautelar al que está por nacer y es por ello que además del tratamiento doctrinario que se dio sobre las lesiones al feto, poco a poco se verifico el aparecimiento de esta norma penal en las legislaciones de los diferentes países como en la legislación española, peruana y colombiana, mismos cuerpos normativos que desde hace ya algunos años atrás contemplan este tipo de delitos.

Este pensamiento doctrinario a favor de penar las lesiones en el feto tiene sus inicios con hechos facticos en los cuales los jueces por falta de norma penal expresa no tenían la facultad de sancionar al supuesto infractor, mismo hechos facticos que en algunos casos fueron de gran magnitud como el caso Contergan ya analizado.

A más de las lesiones que por muchas ocasiones se causaban al feto y estas quedaban sin ser sancionadas por falta de ley, como segundo gran pilar fundamental para la creación de estas normas penales se con la llegada de la neoconstitucionalismo y el planteamiento de que los individuos tienen un sin número de derechos, mismos derechos que se encuentran enunciados en la constitución, por lo que, al encontrar el derecho a la salud del que está por nacer en las diferentes constituciones y tratados internacionales, las legislaciones de los diferentes países están obligados a garantizar estos derechos con la

creación de leyes de menor jerarquía, para que así se de una protección real del bien jurídico protegido que en este caso es la salud del feto, en este sentido se refiere Peña Cabrera:

Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre (2013)

“La función esencial del Derecho penal es la protección preventiva de bienes jurídicos, para lograr dicho cometido el legislador debe recoger todos aquellos intereses jurídicos -de rango constitucional- (directa o indirectamente), a fin de reprimir aquellas conductas que justifiquen un ataque a su integridad. La política criminal desarrolla dos tareas fundamentales: primero, analizando las normas jurídico-penales, a fin de encontrar sus falencias, vacíos y/o defectos, determinando qué comportamientos ya no requieren ser penalizados, lo que a su vez le permite proponer la *lege ferenda*, las normas legislativas que sean necesarias para garantizar precisamente la labor fundamental del Derecho Penal ” (pág. 313)

Es por ello que el legislador, además de tener la obligación constitucional de crear leyes que garanticen los derechos consagrados en la constitución el estado tiene el deber de hacer un estudio criminológico social de las diferentes actividades dañosas que pudieran ser tipificadas en una nueva reforma, así también como la posibilidad de destipificar ciertas conductas. Esta situación va de acuerdo a la lógica en la que la sociedad avanza, pues de acuerdo a tal avance, se observan nuevas actividades que obligan al legislador a tratarlas, así como también van desapareciendo otras actividades que en el pasado fueron penadas empero en el presente no merecen tal tratamiento. Es por ello que, la falta de tipicidad de las lesiones al feto, causa una laguna legal innegable, cuestión que ya ha sido tratada por algunos países y finalmente ha sido tipificada, empero ni en nuestra legislación penal actual, ni en el Código Orgánico Integral Penal se encuentran tipificadas

las lesiones al feto, a pesar de ser un nuevo cuerpo normativo y que supuestamente se encuentra en total concordancia con la Constitución de la República del 2008 que considera al Ecuador como un estado Constitucional de "Derechos", mismos derechos que al parecer solamente se encuentran enunciados en la norma fundamental, pues en este caso, observado el cuerpo normativo penal, no se encuentran penadas las lesiones al feto.

Por otra parte no debemos olvidarnos que lo que se busca proteger con el tipo penal de lesiones al feto no es un simple bien jurídico protegido comparable con la propiedad o intimidad; debemos recordar y considerar a sobremanera que se trata de la salud de vida independiente desde el mismo momento de su concepción, como lo hemos dicho anteriormente, una vida que desde sus inicios puede lesionarse causando grandes estragos a veces susceptibles de sanación o a veces permanentes a tal punto de poder llegar a cambiar todo el desarrollo de su vida después de nacido, por lo que esta cuestión debería preocupar a la sociedad en general, sin embargo no se observa tal preocupación.

Por otra parte los legisladores en el ámbito penal están sujetos a la selección de ciertas conductas que deben ser penadas, no obstante la tarea de legislar no puede ser caprichosa ni merecer a una situación extraña a la que necesidad de la sociedad, es decir, el legislador no podrá imponer leyes penales a su arbitrio y sin fundamentos válidos, por lo que al encontrarse en un estado en imminente evolución de la sociedad, es obligación del legislador crear nuevos bienes jurídicos protegidos de carácter penal, es por ello que varias legislaciones han considerado tipificar las lesiones al feto desde hace ya muchos años atrás, en este sentido se expresa Muñoz Conde al hablar sobre el delito de lesiones al feto y la manipulación genética que han sido agregadas en la legislación penal con la última reforma del año 1995:

Francisco Muñoz Conde (2001)

“En ellos se refleja la preocupación existente por estas materias en la sociedad actual y las tendencias del «moderno» Derecho penal a ampliar su campo de intervención a formas de conductas tradicionalmente alejadas de su ámbito y que, sin embargo, hoy se considera como una verdadera amenaza para bienes jurídicos fundamentales de los que depende incluso el futuro de la Humanidad. Esto se nota especialmente en los delitos tipificados en el Título V, relativos a la manipulación genética, en los que todavía se está caminando en los límites entre la especulación científica y la ciencia ficción: pero no tanto en los delitos de lesiones al feto, que vienen a colmar una laguna del Derecho penal hace ya mucho tiempo denunciada.”  
(pág. 135)

En conclusión, esta corriente a favor de la tipificación de las lesiones al feto, lo que busca es un ejercicio sólido y concreto con mecanismos idóneos para la protección del *nasciturus* encontrando esta protección en el derecho penal, cristalizando así el sistema garantista de derechos que ofrece la constitución y sobre todo creando normas que hagan efectivos los derechos del feto y la respectiva sanción a la violación de estos.

### **3.6 Corrientes doctrinarias en contra del delito de lesiones en el feto.**

Desde la creación del concepto de persona en la época romana han sido excluidos de este concepto diferentes individuos como es el caso de los esclavos, personas recién nacidas y obviamente el feto.

En aquel entonces con fundamento en fines legales sobre derechos civiles y económicos los fetos no eran considerados personas e inclusive se planteó la teoría de

viabilidad de la vida del recién nacido, en la cual el recién nacido debía sobrevivir de manera independiente de la madre por veinte y cuatro horas para ser considerado persona. Son estas teorías que no hemos sido capaces de superar y hasta la presente fecha se mantiene vigente en ciertos pensamientos jurídicos, así como también se sostenía erradamente que el feto es una parte de la madre, e incluso una visera de ella, cuando ya en la actualidad ha quedado establecido científicamente su independencia genética, resultando ser el vientre materno una suerte de anidamiento en el que el feto deberá desarrollarse.

Es este concepto antiguo y caduco es el que ha venido influenciando al derecho en general para que en la actualidad se considere al feto una “expectativa de vida” y no en igualdad de condiciones con una persona ya nacida, esto se evidencia aun más en las diferentes legislaciones que al no considerarse “persona” el feto no podrá gozar de la mayoría de derechos que los estados ofrecen a la totalidad de la población –ya nacida–, por lo que en definitiva la desigualdad en derechos fundamentales es inminente entre el feto y la persona y al parecer, este pensamiento seguirá siendo el mismo incluso en el futuro.

Por otro lado, revisada la legislación penal ecuatoriana, española y colombiana, se observa que las penas asignadas al delito de aborto en relación al delito de homicidio, son considerablemente menores. Póngase el ejemplo del homicidio que en el COIP se encuentra sancionado con 10 a 13 años de prisión, mientras que el aborto está sancionado con 5 a 7 años de prisión, es por esto que nos hemos preguntado el porqué de esta desproporción de las penas, pues se entiende que el bien jurídico protegido en ambos casos es el mismo, es decir la vida del ser humano, o acaso el legislador a estratificado el

valor del bien jurídico protegido dándole mayor consideración al ser humano ya nacido y dejando en vulneración al feto con relación al delito de lesiones, pues si este sería la lógica del legislador, estaríamos cayendo en el absurdo en el cual inclusive se podría pensar que a mayor edad del ser humano mayor protección legal tendría, cuestión que es totalmente absurda pues no se podría privilegiar a una parte de la humanidad perjudicando a otra e incluso se estaría contrariando la igualdad legal de las personas, no obstante como hemos manifestado esta situación obedece a corrientes jurídicas que desde las bases romanas del derecho han venido influenciando.

Por otra parte, al hablar del delito de lesiones al feto, como hemos anotado en el subcapítulo cuarto, en Alemania a pesar de haberse dado al caso Contergan y una serie de requerimientos de la sociedad para que se sancionen las lesiones en los feto, la mayoría de la doctrina alemana ha considerado que estas lesiones no podrían ser penadas, y su fundamento principal es que al sancionar este hecho, el derecho penal se convertiría en una especie de camisa de fuerzas para la gestante, médicos y el círculo social más próximo a esta, pues se consideraría que la gestante no podría realizar ninguna actividad que ponga en peligro la integridad del feto, creando un ambiente incomodo de sumo cuidado incluso en sus actividades diarias debiendo adecuar todas sus conductas para lograr la protección del feto, por otra parte el círculo social más próximo de la gestante también podría caer dentro del sujeto activo de este delito, por lo que sería ilógico sancionar este hecho ya que un amigo íntimo, familiar o hasta su pareja o padre del feto que normalmente frecuentan cercanía con la gestante podrían por negligencia realizar un acto que afecte la salud del feto y encajar como sujeto pasivo de estas lesiones, cuestión similar se dice de los médicos, pues para esta corriente no es procedente la tipificación de este hecho debido a que los médicos tendrían que realizar observaciones extremas antes de tratar con el feto,

produciendo que la mayoría de profesionales de la salud no desee inmiscuirse en este campo médico debido a que podría considerarse sujeto activo de este delito. En esta corriente, por lo analizado se contraponen dos derechos, por una parte el derecho de libertad de la madre, médicos y círculo social más próximo con relación a sus actos y por otro lado la salud y bienestar del feto, empero en conclusión, para este pensamiento, lo prevalece es el derecho a la libertad del actuar de las personas que se encuentran en contacto con el feto.

Sin embargo a nuestro juicio, es clave realizar una valoración de ambos bienes jurídicos protegidos que se encuentran en pugna en la teoría antes mencionada, por lo que tendremos que preguntarnos si es más importante la libertad de la madre o la salud del *nasciturus*; y a mi criterio, estaríamos hablando de dos bienes jurídicos en total desproporción, pues la madre para mantener un embarazo dentro del rango normal, no necesita realizar actos de control extremo que violen gravemente su libertad, sino más bien lo que debe hacer es seguir las indicaciones médicas que normalmente realiza el galeno tratante, a diferencia del perjuicio que se le puede causar al feto por descuidos básicos de la madre, este podría fallecer o ser lesionado e incluso ser afectado para toda su vida por la falta del cuidado que la gestante debió hacer en su embarazo.

## CAPITULO IV

### IMPACTO DE LA TIPIFICACIÓN DE LAS LESIONES EN EL FETO EN LA PRÁCTICA CRIMINAL, EN LA SALUD PÚBLICA Y EN LA SOCIEDAD

#### 4.1 Impacto de la tipificación del delito de lesiones en el feto por parte de la madre.

La creación de normas penales que tipifiquen un acto que anteriormente no estaba tipificado sin duda va a crear reacción en la sociedad, las personas que se encuentran en la esfera de potenciales individuos que puedan cometer este hecho punible podrían sostener dos posiciones, la primera, es expresar el malestar de una posible tipificación de un hecho que antes no se constituía delito, buscando que este hecho no se tipifique, y la segunda, una vez creado el tipo penal y entrado en vigencia, necesariamente estas personas deberán adecuar su conducta para no incurrir en este delito.

La madre es la principal persona que se encuentra en contacto directo todo el tiempo con el feto, pues en consecuencia es ella quien podrá causar daño al que está por nacer en su actuar o dejar de actuar.

Como hemos visto en capítulos anteriores, el delito de lesiones en los fetos se podrá tipificar de dos maneras, la primera constituyendo un delito de carácter doloso y la segunda de carácter culposo, ahora bien, en el caso del delito doloso de lesiones al feto, la madre que conscientemente infiriera lesiones en el que está por nacer y se de el resultado esperado que son las lesiones, será sancionada por este tipo penal, por lo que en este supuesto no habría ningún inconveniente si es que se llegara a determinar el dolo de la madre en su actuar, sin embargo, el supuesto de lesiones al feto de carácter culposo es aquel que acusa inconveniente, pues incluso la legislación penal española expresamente

manifiesta que la madre o gestante no podría constituir sujeto pasivo del delito de lesiones al feto en su carácter culposo como lo explica Peñaranda: “El Código Penal de 1995 ha tratado de superar estos inconvenientes excluyendo en todo caso de responsabilidad de las gestantes por imprudencia tanto en el aborto como en las lesiones al feto y limitando la responsabilidad de los terceros a los supuestos de imprudencia grave.” (Peñaranda, 2003, pág. 174) Sin embargo, podría existir supuestos de hecho en los cuales la madre tenga conocimiento claro de lo que es perjudicial para la salud del *nasciturus* y sin realizar las diligencias debidas realice conscientemente realice actos que afecten al que está por nacer, por ejemplo el consumo de alcohol en la gestante como lo dice la profesora de medicina legal Francesc Francés:

Francesc Francés (2011)

“ Que una mujer acuda a urgencias presentando sintomatología sugestiva de inicio del parto, no es noticia. Afortunadamente lo que sí es noticia es que acuda con sintomatología adicional de intoxicación etílica grave en el contexto de un alcoholismo crónico. La niña en cuestión nació con una tasa de alcohol de 1,9 g/L en sangre y se encontraba en estado crítico.

Esta noticia nos induce a reflexionar sobre el grado de protección que ofrecen las diversas legislaciones a los fetos, frente a las lesiones que sus madres pueden provocar.

Como podemos suponer, la madre embarazada puede generar lesiones al feto por diferentes vías, como pueden ser el consumo de tóxicos de todo tipo (drogas, alcohol tabaco, etc.) exposición a agentes mecánicos, físicos (radiaciones) o químicos que pueden lesionar al feto, negligencias en la higiene de la embarazada, de vestido nutricionales, etc.

También la ocultación de la gestación puede dar lugar a lesiones en el feto pues los facultativos pueden prescribir medicamentos o exploraciones potencialmente nocivas para el mismo, así como omitir los pertinentes controles obstétricos... Ahora bien, el caso que nos ocupa, una ingestión de sustancias tóxicas con graves consecuencias para el feto, queda en un terreno aparentemente incierto. ¿Hay voluntariedad o imprudencia? Está embarazada alcohólica en principio no sería imputable por lesiones voluntarias al feto, ya que el fin de la ingesta del tóxico no es provocar lesiones en él. Por tanto es un acto no punible. ¿Está pues el feto desprotegido ante las acciones de su madre? Creemos que no.

El médico informará a la paciente de las consecuencias de sus hábitos. La persistencia del mismo podría obligar al facultativo a comunicar el caso a la autoridad judicial, y ésta podrá decretar su ingreso forzoso, si se demuestra la presencia de daños en el feto mediante técnicas exploratorias prenatales.

Como vemos, se impone un concepto más amplio que incluya todos los perjuicios al feto, independientemente que sean punibles o no lo sean, lo que es decir, independientemente de su gravedad o voluntariedad.

El problema del maltrato fetal ha sido poco abordado por la comunidad médica. La lucha contra éste requeriría una correcta aplicación del código penal en unos pocos casos, y en la gran mayoría de ellos, una serie de campañas de concientización de las futuras madres y de la sociedad en conjunto que cambie la percepción de la gestación. Este cambio supondría dejar de ver la gestación como un proceso donde la madre adopta un papel pasivo, de mero soporte de la nueva vida y cambiarlo por un concepto activo, de cuidado y de vela por la salud de su hijo, que aunque no haya nacido, ya requiere una serie de atenciones que solo ella puede dar. ” (pág. 3)

Entonces, la legislación penal española en principio no sanciona la imprudencia grave de la madre que tiene como resultado las lesiones al feto, sin embargo con lo anotado se deberá realizar un análisis de cada caso en concreto para verificar la imprudencia grave en ese caso, pues si la madre tenía el pleno conocimiento de que sus actos afectarían al que está por nacer la participación de esta en el ilícito podría ser de carácter incluso doloso como lo dice Peñaranda: “ y, por otra parte, la de si una conocimiento de los riesgos que estas actividades entrañan podría dar lugar en algún caso a una responsabilidad a título de dolo para esas mismas personas, incluso para la propia mujer embarazada ” (Peñaranda, 2003, pág. 174) Por lo que a pesar de que la madre en la legislación penal española se encuentre excluida de este tipo penal, deberá actuar con la diligencia necesaria en el momento a lo que con la salud y vida del feto se refiere, sin embargo, otra es la posición doctrinaria alemana referente a este tema que nos dice sobre esta tipificación del aborto y lesiones imprudentes a la gestante: “conduciría a un control y una reglamentación del entero modo de vida de la mujer y de su entorno social durante el embarazo, sobre los que vendría a pender de una forma insostenible como una espada de Damocles, la amenaza del Derecho penal (Roxin, 1981, pág. 548)

Por otra parte, la legislación penal colombiana tipifica las lesiones al feto sin excluir a la madre como sujeto pasivo de este delito en ninguno de los modos comisivos, es decir, la madre podrá ser inculpada tanto del delito de lesiones doloso como imprudente, de tal manera que para aquella legislación incluso la gestante deberá tomar los cuidados necesarios para no lastimar al fruto de la concepción, esta situación exige un alto grado de precaución por parte de la madre en todos los ámbitos de su vida con el fin de proteger al que está por nacer.

En conclusión se ha observado diferentes puntos de vista sobre la incriminación de la madre en este tipo de delitos, sin embargo, a juicio del autor el embarazo no constituye un proceso en el cual la madre podrá quedar desentendida del mismo referente a los cuidados y nuevas actuaciones que la medicina exige para el bienestar del feto, por el contrario el embarazo se constituye en un proceso consiente, en el cual la madre deberá adecuar su vida al estado en el cual se encuentra con el fin de proteger al *nasciturus*, pues caso contrario tendríamos un libertinaje extremo de la gestante en perjuicio del feto. Si bien no podríamos someter a la futura madre a un proceso extremadamente estricto de cuidado en el cual se viole la libertad de esta, por lo que sería prudente que la madre considere de manera las exigencias mínimas de cuidado que la medicina establece para así alcanzar un equilibrio entre la libertad de la madre y la salud del feto.

#### **4.2 Impacto de la tipificación del delito de lesiones en el feto por parte de los médicos y salud pública.**

Hemos visto la necesidad de tratar este tema en específico dentro de nuestro estudio, ya que es indudable que los médicos y todo el sistema de salud está relacionado con la gestante y por ende con el feto, en este sentido los profesionales de salud al estar en constante contacto con la mujer embarazada podrían incurrir en el delito de lesiones al feto, es por ello que es necesario analizar el impacto que puede causar esta tipificación y la correcta adecuación de la conducta que deberán tener los médicos al momento de tratar con un feto para no incurrir en este delito.

Una de las consecuencias de la penalización de las lesiones al feto por parte de los facultativos médicos será sin duda, su malestar, pues como hemos sido testigos de las recientes protestas en nuestro país por la tipificación de la mala práctica profesional, a tal

punto que este proyecto de ley debió ser modificada debido a la presión que los profesionales de la salud causaron en el gobierno y Asamblea Nacional, cuestión que desde nuestro punto de vista va en contra de la evolución del derecho penal, pues, la mala práctica profesional y en específico la mala práctica médica desde hace ya mucho tiempo ha sido aprobada por la doctrina penal en general.

Como es obvio, los médicos están llamados a proteger y precautelar el correcto desarrollo del ser humano y por ende del que está por nacer, y no dudamos de ello, pues por esta razón muchos han dedicado su vida para buscar nuevas técnicas y tecnologías que ayuden a que el feto se forme de una manera correcta, no obstante es necesario advertir las actuaciones de los médicos frente al que está por nacer, pues estas actuaciones deberán tener cierto parámetros y protocolos que todo medico en su momento debió estudiar y sin duda deberá aplicar en la práctica diaria. De esta ética y procedimientos a seguir nos hablan médicos ginecólogos colombianos, quienes debido a la penalización de las lesiones al feto en su país, han debido considerar lo siguiente:

J. Botero, A. Júbiz G. Henao (2008)

“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 violo los postulados de la ciencia medica 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 demostrara 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.” (pág. 9)

En tal sentido se podrá entender la falta de cuidado de un médico al ejercer su profesión y su tratamiento penal en la legislación colombiana, empero estos autores ginecólogos ahondan más el estudio al referirse a las lesiones al feto anotando lo siguiente:

J. Botero, A. Jubiz G. Henao (2008)

Nuestra reciente codificación en materia penal permite hacer una clara alusión a las consecuencias que se generan sobre el que está en gestación o por nacer, haciendo explícitamente referencia a las conductas de los profesionales de la medicina cuando con sus acciones u omisiones se presentare “daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de dos a cuatro años”. Este tipo penal admite la posibilidad de que la conducta se desarrolle a título doloso (intencional) o culposo (por negligencia, imprudencia o violación de reglamentos).

Es obligatorio llamar la atención sobre este delito, que vincula directa y explícitamente a los profesionales de la medicina, para redundar en esfuerzos por cumplir con todas las medidas de protección a la mujer gestante, lo que evitara los frecuentes y aberrantes señalamientos a los profesionales de la salud por la tragedia del daño fetal.” (pág. 10)

Con lo anotado se observa que por los autores colombiano citados se han pronunciado en relación a la tipificación de las lesiones al feto en el sentido de considerar un mayor cuidado al momento de tratar con las mujeres embarazadas en el ejercicio de su profesión, sin embargo en nuestro país con el antecedente de las protestas por la tipificación de la mala práctica profesional, se creería que un proyecto de ley para penar las lesiones en los feto, lo único que causaría es más protestas por el gremio galeno con el fin de que no se tipifiquen estas conductas.

Es necesario mencionar que el código penal colombiano en los artículos que sancionan las lesiones al feto tanto en su carácter doloso como culposo, en el caso que el autor de estos delitos sea una persona en ejercicio de su profesión, además de la pena, se impone también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término de la pena establecida en los artículos, esto es de treinta y dos a sesenta y dos meses en el caso de delito doloso y por el termino de diez y seis a treinta y seis meses en el caso de delito culposo.

En el caso de la ley penal española, se da algo similar debido a que el legislador además de la pena de prisión establecida en cada caso, se incluye la inhabilitación especial para ejercer la profesión sanitaria o, para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por el tiempo de dos a ocho años en el caso de las lesiones al feto de carácter doloso y por seis meses a dos años en el caso de este mismo delito se realice de manera culposa.

Los médicos como tales, al momento de estudiar esta ciencia tan importante aprenden temas también relacionados con la precaución y cuidado que deben tener al tratar con un paciente, pues esta rama de la ciencia es la que se encuentra en íntima relación con la salud de las personas, por lo tanto aquellas maniobras médicas que pondrían en peligro la salud del paciente tienen necesariamente que realizarse de acuerdo a reglamentaciones o protocolos que se deben seguir de manera general los médicos.

Como punto final sobre este tema diremos que si bien el médico puede ser considerado sujeto pasivo de este delito, dependiendo del tipo penal que se encuentre en vigencia, es menester señalar que el tema va muchos allá de las actuaciones médicas, pues para mantener un nivel médico adecuado en un país, es propio que el estado apoye a la salud en general de distintas maneras, con políticas de salud pública que beneficien al crecimiento fetal correcto y evolución del embarazo, pues si el médico se colma de voluntad por realizar hasta lo imposible por dar la mejor atención al feto y este médico no cuenta con los implementos ginecológicos adecuados que debían ser suministrados por el estado, este feto podría ser vulnerado en sus derechos, por lo que se creería que el gobierno deberá implementar una mejora total en las políticas de salud para precautelar este bien jurídico protegido que es la salud.

#### **4.3 Impacto de la tipificación del delito de lesiones en el feto en la sociedad y las personas en general.**

Como hemos visto en los dos subtemas anteriores, se habla por una parte de la madre frente a las lesiones al feto y por otra parte de los médicos y salud pública frente a estas mismas lesiones, una vez analizados estas circunstancias, se constata que tanto las madres como los médicos se encuentran en constante contacto con el feto, es así que ellos en

principio deberán tener más cuidado con la manipulación del mismo, sin embargo, esto no quiere decir que la sociedad en general nada tenga que ver con el tema, pues estamos ante un tipo penal que no requiere un sujeto activo especial y cualquier persona podría cometer este delito.

Con las normas legales que hemos analizado anteriormente se concluye que las madres tienen por parte del estado varios derechos constitucionales que le protegen y protegen al *nasciturus*, además se observan derechos de salud, laborales, derechos al buen vivir, etc. Estos derechos deben no solo quedar anotados en papel, sino más bien buscarse mecanismos idóneos y prácticos para así lograr su pleno ejercicio, en algunos casos hemos visto con buenos ojos cierta normativa que tienen los servicios públicos o privados referente al tratamiento de las mujeres embarazadas, como en el caso de mantener un fila especial de atención o preferencia en ciertos servicios públicos o privados, este actuar es digno de felicitación y es lo que el estado en todos sus ámbitos debería promover en relación a la mujer embarazada, no solo en la ley sino en el ejercicio diario de los servicios públicos y políticas públicas del gobierno.

Si bien es cierto no se encontraría una relación directa de las lesiones en los fetos con las políticas públicas que el gobierno podría emplear, empero al relacionar las lesiones en los fetos respecto la sociedad en general es menester solicitar al gobierno que tome estas medidas para que así al existir un mayor cuidado de toda la sociedad se eviten las lesiones en el feto.

Además, al momento de tipificar ciertas conductas, el derecho penal no actúa solo, pues esta rama del derecho se apoya en muchas otras para una correcta creación de tipos

penales adecuados para cada sociedad, una de estas importantes ramas es la criminología y sociología, tal como lo dice Zaffaroni:

Eugenio Raul Zaffaroni (2011)

“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 informan acerca de la realidad se lo llama *criminología*.”  
(pag.36)

Entonces, es necesario que previo tipificar un hecho como delito, se considere el impacto no solo para los posibles y más cercanos agentes que lo pueden cometer, sino más bien se deberá hacer un estudio social en general, mismo estudio que deberá estar apoyado como nos dice Zaffaroni de las distintas ramas que ayudan al derecho penal como es la sociología, antropología, psiquiatría, ciencia política e historia, pues nuestra sociedad por más que tenga similitud con otras, es única y tiene sus diferentes características sociales y seguro necesitara una tipificación específica con sus diferentes características que responderán a las necesidades sociales con el fin de conseguir un correcto ejercicio del poder punitivo del estado a favor de los bienes jurídicos protegidos.

## CONCLUSIONES

1. Como primera conclusión se observa que el derecho penal junto con el delito de lesiones han evolucionado desde su etapa primitiva, sin embargo no se encuentra en igual condiciones la persona y el feto, frente a este delito, en la actualidad.
2. El feto se encuentra en condiciones de poder ser lesionado de acuerdo a diferentes maniobres que se empleen en contra de este y no existe una norma penal que sanciona esta hecho en el Ecuador.
3. El feto cuenta con la protección constitucional que obligaría al legislador a desarrollar sobre este tema legislación de menor jerarquía que viabilice su protección efectiva, sin embargo no existe una norma penal que lo proteja de las lesiones causadas en él y sancione las mismas.
4. El delito de tentativa de aborto, sin duda, no es la vía adecuada para perseguir la sanción de lesiones causadas en el feto sin intención de dar muerte a este, pues carece de especialidad, el sujeto activo tiene intención de dar muerte al feto y el bien jurídico protegido es otro.
5. Lo que ha pretendido el presente estudio no es la creación de una norma penal que sancione las lesiones al feto, mucho peor aún atrevernos a sugerir el texto de esta norma, pues de ser el caso, el organismo legislativo correspondiente se encargara de aquello, eso sí, con la correcta y profunda investigación que merece el tema, pues el crear normas penales no corresponde a un hacer mecánico y sin estudio social previo como algunos legisladores lo hacen.
6. El sancionar penalmente una nueva conducta, puede traer muchas repercusiones sociales, por lo que lo más idóneo es asistirse de las diferentes ramas que el derecho penal posee para obtener un mejor resultado en el ejercicio real del poder punitivo, en este sentido citaremos el acertado pensamiento del maestro Zaffaroni:

Eugenio Raúl Zaffaroni (2011)

“El derecho penal sin criminología es psicótico. Un derecho penal que prescindiera de esta información no puede decidir tomando en cuenta las consecuencias sociales reales de lo que programa, quedando reducido a una pura lógica normativa (del *deber ser*) que a su vez presupone como objetivo otra norma (un pretendido *deber ser* de la pena), o sea, que se aísla en un mundo virtual que lo separa de lo que *es* (el único mundo real) cayendo en una autosuficiencia de imprevisibles consecuencias prácticas” (pág. 36-37).

## BIBLIOGRAFÍA

- Beccaria, C. (1822). *Tratado de los Delitos y las Penas*. Madrid, España: Editorial de Alban. Recuperado de:  
[http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080097388/1080097388\\_MA.PDF](http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080097388/1080097388_MA.PDF)
- Botero, J. Júbiz, A. Henao, G. (2008) *Obstetricia y Ginecología*. Bogotá, Colombia: Quebercor World.
- Cabanellas, G. (1996) *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Cancio, M. (2011) *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*. Madrid. España: Editorial La Ley.
- Código Civil. (2005) Quito, Ecuador.
- Código de la Niñez y Adolescencia (2013) Quito, Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014) Quito, Ecuador.
- Código Penal Colombiano. (2000). Bogotá, Colombia.
- Código Penal Ecuatoriano. (2012). Quito, Ecuador.
- Código Penal Español. (2010). Madrid, España.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito, Ecuador.
- Cunningham, G. Gant, N. Leveno, K. Gilstrap III, L. Hauth, J. Wenstrom, K. (2004) *Williams Obstetricia*. Madrid, España: Editorial Médica Panamericana.
- Diez Ripolles, J. (1997) *Los delitos de Lesiones*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Donna, E. (2007) *Derecho Penal parte Especial Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal – Culzoni.

- Fatás, G. (2009). *Código de Hammurabi orientación temática*. España: Universidad de Zaragoza. Recuperado de:  
<http://www.unizar.es/hant/POA/hammtemas.pdf>
- Francesc, F. (2011) *La protección del feto maltratado*. Valencia, España: Universitat de Valencia. Recuperado de:  
[http://www.uv.es/gicf/2Frances\\_GICF\\_2\\_Ed2.pdf](http://www.uv.es/gicf/2Frances_GICF_2_Ed2.pdf)
- Jiménez de Asúa, L. (2002). *Introducción al Derecho Penal*. México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Ley Orgánica de la Salud. (2006). Quito, Ecuador.
- Mendoza, H. López, S. (2011) *Revista de Bioética y Derecho. Inicio y fin de la vida: aspectos biojuridicos*. Barcelona, España: Universidad de Barcelona.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Derecho Penal parte Especial*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Derecho Penal parte General*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Nuñez, R. (1999) *Manuel de derecho penal. Parte especial*. Córdoba. Argentina: Marcos Lerner Editorial Córdoba.
- Offredi, L. (1994) *Estudio de las figuras Penales*. Córdoba, Argentina: Editorial Advocatus.
- Patitó, J. (2000) *Medicina Legal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Centro Norte. Recuperado de :  
[http://medicina.uncoma.edu.ar/download/postgrado/medicina\\_legal/medicina\\_legal/patito\\_jose\\_medicina\\_legal.pdf](http://medicina.uncoma.edu.ar/download/postgrado/medicina_legal/medicina_legal/patito_jose_medicina_legal.pdf)
- Peña Cabrera Freire, P (2013). *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*. Lima, Perú: Editorial Moreno.

- Peñaranda, E. (2003) *La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo*. Madrid. España. Revista de Derecho Penal y Criminología.
  - Pérez, M. (1963) *Trataos de Obstetricia*. Buenos Aires, Argentina: López Libreros Editores.
  - Quintero, G. (1992) *Derecho penal. Parte general*. Madrid. España: Editorial Marcial Pons.
  - Roxin, C. (1981) *Problemas en la protección penal de la vida*. Berlín, Alemania: JA.
  - Roxin, C. (2006) *Derecho penal parte general*. Madrid, España: Civitas Ediciones.
  - Suanzes Pérez, F. (1999) *Los delitos de Lesiones. Especial referencia a las Lesiones al Feto*. La Coruña, España: Editorial Universidad da Coruña.
- Recuperado de:
- <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/10751/1/CC%2047%20art%2020.pdf>
- Welzel, H. (1987) *Derecho Penal Alemán*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
  - Welzel, H. (2006) *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Montevideo.
  - Zaffaroni, E. (2011) *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.