



UNL

Universidad
Nacional
de Loja

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE LESIONES AL FETO OCASIONADAS POR PROFESIONALES DE LA SALUD EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”.

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE LICENCIADO EN JURISPRUDENCIA Y TÍTULO DE ABOGADO.

AUTOR:

Dennis Fabián Narváez Celi.

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama Ph.D.



LOJA – ECUADOR 2021

CERTIFICACIÓN

Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Ph.D.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO

Que el presente trabajo de investigación jurídica, elaborado por el señor Dennis Fabián Narvárez Celi, titulado: **“LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE LESIONES AL FETO OCASIONADAS POR PROFESIONALES DE LA SALUD EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**, ha sido dirigido, corregido y revisado cuidadosamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en el Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, y de conformidad al plazo establecido en el cronograma del proyecto de tesis legalmente aprobado, su ejecución se encuentra en un 100%, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, 25 de agosto de 2021



Firmado electrónicamente por:

ROLANDO JOHNATAN MACAS SARITAMA

Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Ph.D.

DIRECTOR DE TESIS


AUTORÍA

Yo, Dennis Fabián Narváez Celi, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autor: Dennis Fabián Narváez Celi

Firmado digitalmente por
DENNIS FABIAN NARVAEZ CELI
Fecha: 2021.09.24
07:09:10 -05'00'



Firma: -----

Cédula: 1105149114

Fecha: Loja, 25 de agosto del 2021

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Dennis Fabián Narváez Celi, declaro ser el autor de la tesis titulada: “**LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE LESIONES AL FETO OCASIONADAS POR PROFESIONALES DE LA SALUD EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**”, como requisito para optar al Grado de Abogado; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 14 días del mes de diciembre de dos mil veinte y uno, firma el autor.

DENNISFABIAN
NARVAEZ CELI
Firmado digitalmente
por DENNIS FABIAN
NARVAEZ CELI
Fecha: 2021.12.14
15:45:08 -0500

Firma:.....

Autor: Dennis Fabián Narváez Celi

Cédula N°: 1105149114

Dirección: Av. Universitaria y calle Young; Cantón Loja; Provincia Loja.

Correo Electrónico: celifabian07@gmail.com /dennis.narvaez@unl.edu.ec

Teléfono Celular: 0994790837 **Convencional:** 2558050

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Ph.D.

Tribunal de Grado:

Presidente: Dr. José Dositeo Loaiza Moreno Mg. Sc

Vocal: Dr. Mauricio Paul Quito Ramón Mg. Sc.

Vocal: Dr. James Chacón Guamo, Mg. Sc.

DEDICATORIA

Quiero dedicar la culminación del presente trabajo investigativo en primer lugar a Dios porque me ha permitido concluir una meta más en mi vida.

En igual valor, de manera muy especial quiero dedicarle a mi madre Fadua Celi y a mi padre Jaime Narváez, los cuales se han sacrificado para que pueda alcanzar una meta más en mi vida. Pues, sus luchas incansables de cada día por brindarme todo su apoyo y su comprensión han hecho de mi un hombre de bien. Por ello y mucho más dedico todo mi esfuerzo puesto en el presente trabajo investigativo con todo mi aprecio y amor a ti madre y a ti padre, los amo.

A mis amigos, los cuales siempre han creído en mí y siempre he contado con ellos ante cualquier necesidad que tuve, los aprecio y quiero.

El Autor

AGRADECIMIENTO

Al haber finalizado la presente Tesis, agradezco a la Universidad Nacional de Loja, y a cada uno de los docentes que nos impartieron sus conocimientos en nuestra formación académica. A mi director de tesis al Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Ph.D., por su dirección en todo el proceso de realización de esta tesis, quien con su sabiduría, abnegación y profesionalismo dirigió la investigación social y jurídica de esta tesis, aportando en todo momento para la mejor realización del mismo.

Agradezco a todas las personas que me brindaron su apoyo para la realización de este trabajo y de manera especial a cada profesional del derecho en libre ejercicio y profesionales de la medicina general y medicina forense, quienes me colaboraron con sus criterios y conocimientos en la elaboración de esta investigación.

El Autor

ESQUEMA DE CONTENIDOS

I.Portada

II.Certificación

III.Autoría

IV.Carta De Autorización

V.Dedicatoria

VI.Agradecimientos

VII.Esquema De Contenidos

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISION DE LITERATURA

4.1. Marco Conceptual

4.1.1. Derecho Constitucional

4.1.2. Integridad

4.1.3. Negligencia Médica

4.1.4. Lesiones

4.1.5. Nasciturus

4.1.6. Feto

- 4.1.7. Embrión
- 4.1.8. Neonato
- 4.1.9. Delito
- 4.1.10. Tipo Penal

4.2. Marco Doctrinario

- 4.2.1. Reseña Histórica de las lesiones en Ecuador
- 4.2.2. Derechos fundamentales del feto
- 4.2.3. Lesiones al Feto
- 4.2.4. Diferencia entre embrión, feto y neonato
- 4.2.5. Diferencia entre tentativa de aborto y lesiones al feto
- 4.2.6. El estatus jurídico del feto
- 4.2.7. Sujetos activos del delito de lesiones al feto
- 4.2.8. Sujeto pasivo del delito de lesiones al feto
- 4.2.9. Lesiones al feto desde el enfoque de la medicina legal

4.3. Marco Jurídico

- 4.3.1. Constitución de la República del Ecuador
- 4.3.2. Declaración Universal de Derechos Humanos
- 4.3.3. Convención Americana de Derechos Humanos
- 4.3.4. Convención sobre los Derechos del niño
- 4.3.5. Código Orgánico Integral Penal
- 4.3.6. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

- 4.3.7. Código Civil
- 4.3.8. Ley Orgánica de Salud
- 4.3.9. Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia

4.4. Derecho Comparado

- 4.4.1. Código Penal de España
- 4.4.2. Código Penal de Colombia
- 4.4.3. Código Penal de El Salvador
- 4.4.4. Código Penal de Nicaragua
- 4.4.5. Cuadro Comparativo de los elementos del tipo penal del delito de lesiones al no nacido-feto entre las legislaciones de Nicaragua, El Salvador, Colombia, España, y Ecuador.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

- 5.1. Materiales Utilizados
- 5.2. Métodos
- 5.3. Técnicas
- 5.4. Observación Documental

6. RESULTADOS

- 6.1. Resultados de las encuestas
- 6.2. Resultados de las entrevistas
- 6.3. Estudio de Casos
- 6.4. Análisis de Datos Estadísticos

6.4.1. Registro Estadístico de Defunciones Fetales, años 2009 a 2020

6.4.2. Análisis del Autor

6.4.3. Defunciones fetales por semanas de gestación, periodo 2020

6.4.4. Análisis del Autor

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de los Objetivos

7.1.1. Verificación de Objetivo General

7.1.2. Verificación de los Objetivos Específicos

7.2. Contrastación de Hipótesis

7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. Proyecto de Reforma Legal

10. BIBLIOGRAFIA

11. ANEXOS

11.1. Cuestionario de Encuestas y Entrevistas

11.2. Proyecto Aprobado.

INDICE

1. TÍTULO

“LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE LESIONES AL FETO OCASIONADAS POR PROFESIONALES DE LA SALUD EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”.

2. RESUMEN

La presente tesis de grado lleva por título: “La necesidad de tipificar el delito de Lesiones al Feto ocasionadas por profesionales de la salud en el Código Orgánico Integral Penal”, y el interés por el que surge es precisamente por el inexistente tipo penal dentro de la normativa penal que proteja los derechos reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador al feto dentro del Código Orgánico Integral Penal.

El estudio realizado muestra que los derechos fundamentales al feto son una realidad en el Ecuador, pues son reconocidos constitucionalmente y por ende es necesario que sean reconocidos como sujetos de derechos dentro de la normativa penal con la tipificación de un tipo penal específico que los proteja, pues sabemos que la expresión “derechos fundamentales” hace referencia a aquellas cualidades o valores esenciales y permanentes del ser humano que son objeto de protección jurídica.

En la presente tesis se aplicaron materiales y métodos que permitieron el desarrollo de la investigación, así mismo se realizó entrevistas y encuestas a profesionales del derecho, de la medicina general, y medicina forense, resultados que sirvieron para plantear el proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal con la finalidad de tipificar el delito de lesiones al feto, bajo las modalidades tanto dolosa como culposa, y de ese modo garantizar los derechos del feto reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador que están siendo vulnerados.

2.1. ABSTRACT

The present thesis is entitled: "The need to categorize the crime of Injuries to the Fetus caused by health professionals in the Organic Integral Penal Code", and the interest for which it arises is precisely because of the non-existent criminal category within the criminal legislation that protects the rights recognized by the Constitution of the Republic of Ecuador to the fetus within the Organic Integral Penal Code.

The study shows that the fundamental rights of the fetus are a reality in Ecuador, since they are constitutionally recognized and therefore it is necessary that they are recognized as holders of rights within the criminal legislation with the categorization of a specific criminal offense that protects them, since we know that the expression "fundamental rights" refers to those qualities or essential and permanent values of the human being that are the object of legal protection.

In this research materials and methods that allowed the development of the investigation were applied, as well as interviews and surveys to legal professionals, physicians and forensic doctors were carried out. The obtained results served to propose the legal reform project to the Organic Integral Penal Code in order to categorize the crime of injury to the fetus, under the modes of both misconduct or malpractice, and thus guarantee the rights of the fetus recognized by the Constitution of the Republic of Ecuador that are being violated.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación jurídica titulado **“La necesidad de tipificar el delito de Lesiones al Feto ocasionadas por profesionales de la salud en el Código Orgánico Integral Penal”**, el mismo que se puede contrastar con que las defunciones fetales en Ecuador durante los años 2009 a 2020 fueron un total de 20.932 casos, datos que nos otorga el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, donde entre las causales se encuentran enfermedades, estados morbosos o lesiones que causaron la muerte o que contribuyeron a ella y las circunstancias del accidente o de la violencia que produjo dichas lesiones. Es así, que las lesiones al feto producidas por personas en general y específicamente por profesionales de la salud, ya sea bajo la modalidad dolosa como culposa, es un problema de suma importancia, pues hablar de lesiones al feto se trata de toda alteración anatómica o funcional del organismo, de carácter físico o psíquico, o bien, toda alteración de la integridad corporal, física o psíquica.

Frente a este conflicto es preciso y necesario mencionar que pese a que la Constitución de la República del Ecuador le reconoce derechos fundamentales al feto no existe tipificado un tipo penal que específicamente proteja como sujeto de derechos al feto, quedando de esa manera un vacío legal que permite a los profesionales de la salud bajo el principio de necesidad excusar sus acciones y quedando de tal manera la antijuricidad del acto en la impunidad.

En la presente tesis se verifica un objetivo general que consiste en: Realizar un estudio conceptual, doctrinario, jurídico y comparado de las lesiones ocasionadas al feto por profesionales de la salud en el régimen penal ecuatoriano.

Además, se verificó objetivos específicos que a continuación se detallan: primer objetivo específico “Demostrar que la negligencia médica contra la mujer embarazada afecta a la integridad de la embarazada y el feto”; segundo objetivo específico “Enfatizar las necesidades de garantizar los derechos de las mujeres embarazadas y el feto con la tipificación del delito de lesiones al feto por negligencia médica”; tercer objetivo específico “Elaborar un proyecto de reforma al Código Orgánico Integral Penal para tipificar el delito de lesiones al feto por negligencia médica y derogación del último inciso del artículo 152, con la finalidad de garantizar el derecho a la vida e integridad de la mujer embarazada y el feto”.

La hipótesis contrastada es la siguiente: La falta de tipificación como delito autónomo las lesiones al feto por negligencia médica, produce graves vulneraciones a los derechos constitucionales de la mujer embarazada y al feto.

La presente tesis se encuentra estructurada de la siguiente manera: la revisión de Literatura que está conformada por un marco conceptual donde se desarrollan categorías sobre: Derecho Constitucional, Integridad, Negligencia Médica, Lesiones, Nasciturus, Feto, Embrión, Neonato, Delito, Tipo Penal; en el marco doctrinario se analizan temáticas acerca de: Reseña Histórica de las

lesiones en Ecuador, Derechos fundamentales del feto, Lesiones al Feto, Diferencia entre embrión, feto y neonato, Diferencia entre tentativa de aborto y lesiones al feto, El estatus jurídico del feto, Sujetos activos del delito de lesiones al feto, Sujeto pasivo del delito de lesiones al feto, Lesiones al feto desde el enfoque de la medicina legal; en el marco jurídico se procedió a interpretar y analizar, normas jurídicas relacionadas con la problemática, entre ellas: Constitución de la República del Ecuador, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del niño, Código Orgánico Integral Penal, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Código Civil, Ley Orgánica de Salud, Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia; en el derecho comparado se procede a establecer semejanzas y diferencias de las normas jurídicas extranjeras como son: Código Penal de España, Código Penal de Colombia, Código Penal de El Salvador, y Código Penal de Nicaragua.

Además, conforman la presente tesis los materiales y métodos utilizados que sirvieron para la obtención de información, así mismo las entrevistas, encuestas y estudios de casos que contribuyeron con información veraz y oportuna para fundamentar la presente tesis, por otra parte, se ha logrado verificar los objetivos uno general y tres específicos, así mismo se ha contrastado la hipótesis cuyos resultados ayudaron a fundamentar la propuesta de reforma legal. La parte final del trabajo de investigación se expone las 8 conclusiones y 6 recomendaciones a las cuales se llega a determinar durante todo el desarrollo del trabajo, presentado así el proyecto de reformas al Código Orgánico Integral Penal, para garantizar los derechos

fundamentales del feto reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador, los mismos que son vulnerados por la falta de tipificación del delito de lesiones al feto.

De esta manera queda presentado el trabajo de investigación jurídica que se relaciona acerca de la tipificación del delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal para prevenir la vulneración de los derechos fundamentales del feto. Esperando que el documento sirva de guía a los estudiantes y profesionales del Derecho como fuente de consulta y conocimiento; quedando ante el Tribunal de Grado para su corrección y aprobación.

4. REVISION DE LITERATURA

4.1. Marco Conceptual

4.1.1. Derecho Constitucional

El autor José Barreto acerca del derecho constitucional menciona:

Se da el nombre de derecho constitucional a esta rama del derecho, por cuanto la mayor parte de las normas sobre la composición de los principales órganos del Estado, su actividad, las libertades y derechos de los ciudadanos, la organización del territorio y los mecanismos de control de los gobiernos, suelen consignarse en un texto escrito que se llama Constitución. (Barreto, 2008, pág. 56).

Al respecto, el autor manifiesta que el derecho constitucional como materia abarca desde plasmar los órganos del estado a plasmar los derechos de los ciudadanos, en ese sentido al ser la Constitución el instrumento de jerarquía superior del Estado y al formar parte de prioridad del mismo tanto las mujeres embarazadas como el concebido, resulta necesario la tipificación del delito de lesiones al feto, como medida de protección al bien jurídico.

El autor Patrocinio Correa menciona que el derecho constitucional es:

Se responsabiliza del conocimiento metódico de las normas jurídicas que gobiernan la vida del Estado, en lo referente a su organización, estructura, competencias y ejercicio de la autoridad. Se encarga, asimismo de conocer los derechos y obligaciones fundamentales de las personas naturales y jurídicas, que residen en el territorio estatal, y del

rol de las instituciones que garantizan el respeto y la observancia de las normas constitucionales. (Correa, 2016, pág. 31).

De este modo, el autor en la esencia de sus líneas manifiesta que las normas jurídicas de un Estado deben ir acorde y en sintonía con la Constitución, ya que la Constitución no es una norma cualquiera, sino la fundamentadora del resto y, al tiempo, el vértice, material y forma, del ordenamiento en su conjunto, siendo como tal la madre de las leyes. En la misma línea los derechos fundamentales del nasciturus se mantienen suspensos, pero es deber del estado hacer prevalecer la salud de un nuevo ser.

Según Feliciano Calzada Padrón, el Derecho Constitucional:

Tiene como finalidad específica la limitación de determinados poderes del Estado y de sus auxiliares, mediante actos que entrañan efectos bilaterales; de modo que las normas constitucionales refuercen una forma de vida plasmada en un orden institucional. (Calzada, 2010, pág. 18).

El autor nos manifiesta claramente que los derechos constitucionales son el límite a los poderes del Estado, de esta manera son éstos derechos plasmados en la constitución quienes refuerzan una forma de vida plasmada en un orden institucional de todos los ciudadanos. Es así, que los derechos plasmados en la Constitución son producto de la voluntad del pueblo, los cuales tienen grado superior del ordenamiento jurídico, entonces la

Constitución de un país no es un acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye un gobierno.

Para los autores Jorge Luis Fabra Zamora y Leonardo García Jaramillo, los derechos constitucionales son:

El argumento sustantivo se basa en la importancia de los derechos constitucionales, la cual surge del hecho de que son derechos que han sido incluidos en una constitución con la intención –subjetiva u objetiva– de transformar los derechos humanos en derecho positivo o, en otras palabras, con la intención de positivizar los derechos humanos en tanto son derechos morales. (Fabra-García, 2015, pág. 224).

Los autores nos mencionan que todos los derechos plasmados en la constitución tienen una intención tanto objetiva como subjetiva, de esta forma se transforman los derechos humanos en derecho positivo de cada estado para con sus ciudadanos. Los valores de libertad y respeto de los derechos humanos de un estado parte, proporcionan el medio natural para la protección y la realización efectiva de los derechos humanos, y en el enfoque de preservar y priorizar la vida de las mujeres resulta infraconstitucional denigrar y limitar derechos humanos consagrados y dados desde que forman parte como seres humanos.

4.1.2. Integridad

Para el autor Daniel O'Donnell la integridad es “el bien jurídico cuya protección se busca, y que constituye el fin y objetivo primordial que instaura la prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o

degradantes”. (O’Donell, 2004, pág. 170). En efecto, el derecho a la integridad de la persona es inherente a todas las personas, además de inviolable por parte del estado o particulares de forma lícita, sin olvidar que es inalienable, en virtud del cual nadie puede renunciar al mismo, bajo éste marco resulta una vulneración a los derechos del que está por nacer por parte del Estado. Tanto el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, como parte de los derechos humanos, son derechos esenciales, los cuales, en virtud de los principios de interdependencia y progresividad, vienen a constituirse en presupuestos indispensables para el ejercicio de todos los demás derechos garantizados y reconocidos para que puedan llegar a consagrarse y desarrollarse.

Para el autor José Guzmán, la integridad es: “El derecho a la integridad personal es aquel derecho humano fundamental que tiene su origen en el respeto a la vida y sano desarrollo de ésta”. (Guzman, 2007, pág. 1). Por ello, específicamente al hablar de los aspectos que vulneran la integridad de la persona se encuentran el físico, psíquico, y moral; es decir que, al hablar de derecho a la integridad implica un conjunto de condiciones, los cuales permiten a una persona convivir en sociedad. Es así que, guarda íntima relación con la protección a la dignidad humana, al igual que la directa protección a otros derechos fundamentales, tales como la libertad personal, la vida o salud.

Para la autora María Afanador, la integridad es: “se entiende como un conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en cualquiera de

esas tres dimensiones”. (Afanador, 2002, pág. 93). Aunado a esto, se puede evidenciar que existen 2 aspectos fundamentales, el uno es la obligación latente por parte del Estado a no realizar ninguna acción u omisión que vulnere la integridad de los particulares, y la otra es la obligación por parte del Estado de impedir que otros realicen acciones u omisiones que vulneren la integridad de las personas. Ahora, desde otra perspectiva alude a la virtud de todo individuo de ser merecedor de respeto sin que nadie pueda impedirlo.

Según la autora María Afanador, sobre el derecho a la integridad: “El derecho a la integridad psicofísica y moral no puede desligarse del derecho a la vida”. (Afanador, 2002, pág. 93). En tal sentido, el derecho a la integridad da paso a disfrutar de otros derechos fundamentales, ya que es uno de los principales derechos en relación con otros derechos como a la vida libre de violencia. Así mismo, el derecho a la integridad tanto sea física como moral, forman parte de los derechos humanos ante cualquier vulneración. La vulnerabilidad a los derechos de integridad derivada de la negligencia médica ante la mujer embarazada y el feto, en un estado social y democrático, los seres vivos deben estar dentro de una dimensión social en conjunto y no aislar por el simple hecho de que al feto no se lo considera como persona.

4.1.3. Negligencia Médica

Para el autor Ossorio la negligencia médica es: “La omisión, más o menos voluntaria pero consciente, de la diligencia (v.) que corresponde en los actos jurídicos, en los nexos personales y en la guarda o gestión de los bienes”. (Ossorio, 1994, pág. 618). En efecto, la mala praxis ocasionada por actos realizados con negligencia, puede ocasionar graves consecuencias

como son las lesiones al paciente. La negligencia médica provoca un daño directo al paciente, las lesiones pueden ser leves o graves e inclusive puede llevar a la muerte; es importante hacer mención que las negligencias pueden ser cometidas ya sea por médicos o también los profesionales de cualquier área, las mismas que están relacionadas directamente con la salud y enfermeras.

Según el médico Alberto Teke la negligencia médica es: “incumplimiento de un deber, falta de precaución, omisión de la atención y de la diligencia de vida”. (Teke, 1993, pág. 51). En ese mismo contexto, la negligencia médica se configura por incumplimiento de su deber, un deber para lo cual han sido específicamente preparados, no tomar las precauciones debidas, y haber omitido la atención y derecho a la vida; es que, es una medida necesaria sancionar éstas medidas debido a que, desafortunadamente, hay momentos, donde los profesionales de la salud cometen errores. La responsabilidad médica debe ser evaluada por un peritaje que se encuentre al mismo nivel de conocimiento y sentido común de quien comete el acto negligente, de acuerdo al deber de cuidado y *lex artis* que rigen ese determinado acto.

Para Eréndira Espinosa, la negligencia médica es:

La negligencia ocurre cuando el médico no cumple con la obligación de emplear en forma adecuada los medios necesarios para atender a un paciente, es decir, cuando tiene los conocimientos y recursos necesarios para hacerlo y no los utiliza por descuido u omisión. Por otro

lado, cuando al atender a un paciente el médico no posee los conocimientos técnicos y científicos que su preparación académica exige, se comete impericia, y se incurre en dolo cuando, por ejemplo, con el fin de obtener algún beneficio, el médico no informa claramente al paciente sobre los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que pueden emplearse en su tratamiento, lo que significa que quiere inducir a error al paciente o mantenerlo en él. (Espinosa, 2003, pág. 57).

La negligencia médica surge cuando el profesional de la salud tiene los conocimientos y recursos necesarios para hacerlo y no los utiliza por descuido u omisión, así pues, hay culpa cuando al atender a un paciente el médico no posee los conocimientos técnicos y científicos que su preparación académica exige y dolo cuando con el fin de obtener algún beneficio, el médico no informa claramente al paciente sobre los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que pueden emplearse en su tratamiento.

Para los autores Fernando Guzmán, Eduardo Franco y Ana Rosa Morales definen la negligencia médica como:

La base de la responsabilidad en medicina es la culpa, que se define desde un punto de vista general como el resultado de una conducta no acorde con la norma jurídica y que por lo tanto es susceptible de reproche por parte de la sociedad. Como resultado del incumplimiento del contrato de servicios médicos puede presentarse responsabilidad en la órbita civil, penal y administrativa. (Guzmán-Franco-Morales, 1996, pág. 91).

En tal sentido la negligencia médica es producida por la negligencia de un médico, cuando teniendo el conocimiento, él mismo, comete errores en un diagnóstico erróneo o cuando no aplican las prácticas médicas adecuadas. En ese sentido, los profesionales que actúen con negligencia vulneran directamente los derechos constitucionales que el Estado le otorga a las mujeres embarazadas y feto. En el ámbito de medicina, el deber de cuidado es completamente permanente, aunque no sean los médicos garantistas del éxito del tratamiento, es notorio que deben responder por los daños si se prueba la presencia de alguna causal de la culpa.

4.1.4. Lesiones

Para el autor Manuel Ossorio define las lesiones como: “la lesión como daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o enfermedad, coincidente con el sentido que a ese delito suelen dar los códigos penales”. (Ossorio, 1994, pág. 544). De eso se desprende, que una lesión es ocasionada por herida, golpe o enfermedad, el mismo que puede ser física, psíquica o moral; es así que el delito de lesiones al feto se califica por ser un delito de resultado, es decir, que una vez se produce el resultado, y en la medida que haya un vínculo causal entre el sujeto y la acción respectiva, entonces se entiende que el delito se ha cometido. Una mención importante a analizar es que en relación al sujeto activo la madre siempre resultará impune, aunque resulte probado que con aquella conducta imprudente haya generado lesiones graves en el feto; no obstante, aquella conducta imprudente, pues a la madre siempre le es exigible el actuar con la debida diligencia en el

importante objetivo que es preservar la vida y salud física y psíquica de su hijo.

El autor Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico define a las lesiones como:

Se habla de lesiones, y no de lesión, para referirse a los daños injustos causados en el cuerpo o salud de una persona; pero siempre que falte el propósito de matar, pues en tal caso se trataría de homicidio frustrado. (Cabanellas, 1979, pág. 185).

Es así, como se configura el delito de lesiones al feto, donde debe faltar el ánimo y propósito de matar. La protección de derechos como la integridad deben ser regulados y garantizados con la tipificación del delito de lesiones al feto; las lesiones infringen directamente la salud, es así que los bienes jurídicos protegidos, donde como resultado del ataque psíquico es la enfermedad, mientras que la corporal se refiere solo al aspecto físico; las cuales pueden ser de carácter indefinido.

Según la autora Rosa Pérez menciona que las lesiones son "toda alteración anatómica o funcional del organismo, de carácter físico o psíquico, o bien, toda alteración de la integridad corporal, física o psíquica ". (Pérez, 2013, pág. 9). De ese se desprende, que las lesiones producidas por negligencia médica son hechos delictivos, además ésta definición general nos da importantes aclaraciones como reparación la víctima debe recibir asistencia médica, un tratamiento médico o quirúrgico. Enfocándolo al feto, puede acarrear graves vulneraciones a su integridad, de manera que dichas

lesiones pueden llevar complicaciones a su normal desarrollo y comunicación con el mundo exterior.

En efecto, el autor Nerio Rojas, en su obra “lesiones”, escribe:

En Medicina se entiende por lesión una destrucción o alteración en la anatomía de un órgano, ya sea por un proceso patológico o por un traumatismo, pero en este último caso, cuando hay sección de tejidos, se use, sobre todo, el término de herida. En el lenguaje jurídico, la palabra lesión tiene un sentido más general: significa alteración anatómica o perturbación funcional de origen violento o externo, significativo, a la vez, herida y enfermedad; es el daño en el cuerpo o la salud, según la expresión legal. (Rojas, 1963, pág. 22).

En igual sentido, éste diccionario enfoca la lesión como el menoscabo de la salud física o mental del sujeto pasivo, en un estado garantista de derechos tipificar este delito es reflejar el verdadero derecho en igualdad de condiciones. Estas lesiones ocasionadas por dolo o por culpa, son de manera directa entre el profesional de la salud y el feto o mujer embarazada. Es importante mencionar que la madre no es sancionada penalmente en caso de imprudencia grave, si bien es cierto que ella es la primera persona en cuidar de que su hijo nazca vivo, el legislador considera que no puede haber mayor castigo para la madre que la que su propia imprudencia le ha ocasionado al ser ella misma quien causó las lesiones de su hijo.

4.1.5. Nasciturus

Para el autor Manuel Ossorio el nasciturus es: “El que ha de nacer. Representa un concepto contrapuesto al natus (nacido ya) y se refiere al ser humano como sujeto de derecho que ha sido concebido, pero todavía no alumbrado”. (Ossorio, 1994, pág. 615). En ese mismo contexto, el nasciturus significa el que ha de nacer, es decir es alguien protegido en la constitución desde su concepción, pero que no se lo reconoce como persona, debido a que no cuenta con la independencia requerida. Lo que debe regir es la idea en que el ser humano empieza como tal, desde la fecundación, donde es el momento inicial de todo proceso de desarrollo e inicio del programa vital. La tutela judicial efectiva en el estado ecuatoriano para con el nasciturus, está íntimamente relacionada con los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos, debido a que se aplica el principio de universalidad en concordancia con los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador.

Para el autor Alberto Calvo, el nasciturus es:

El «nasciturus» es el concebido aún no nacido («nondum natus»), es el ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferenciadas etapas de embrión y de feto. (Calvo, 2004, pág. 291).

En la misma línea de lo establecido, el autor reconoce que al hablar de nasciturus se toma como referencia al concebido aún no nacido; es decir, desde el desarrollo intrauterino que es producido dentro de la matriz materna,

el cual desde los primeros días en donde ya adquiere signos vitales y la adecuada actividad cerebral, el embrión ya empieza al desarrollo autónomo sin la voluntad de su madre, por lo cual va desarrollando y adaptando su existencia natural. La situación jurídica del Nasciturus se encuentra respaldada legalmente como titular del derecho a la vida, a nivel internacional a través de los tratados internacionales ratificados y jurisprudencia que emite la Corte en el campo de Derechos Humanos, ante la inminente protección del que está por nacer.

Guillermo Cabanellas su diccionario jurídico define al nasciturus como: “El que ha de nacer; el concebido y no nacido”. (Cabanellas G. , 1979, pág. 210). En efecto, el concebido como estipula el artículo 45 de la Constitución del Ecuador será sujeto protegido por el Estado desde su concepción hasta que pueda ejercerlos cuando nazca. La entrega de derechos al meramente concebido no es nula, sino que está sometida a la condición resolutoria del nacimiento. El nasciturus al ser un embrión humano, y éste al serlo se convierte en humano, el cual, tiene la capacidad de desarrollarse autónomamente dentro del vientre materno.

El autor Calvo Mejide define al nasciturus como:

El nasciturus es, pues, persona desde las fases embrionaria y fetal, realidad que debería ser reconocida por el Derecho Positivo, superando una concepción decimonónica de la persona y acogiendo con mayor amplitud el concepto jurídico-constitucional derivado del artículo 10 de la Constitución Española, y, en su consecuencia,

reconociéndole como sujeto titular de los derechos que son inherentes a todo ser humano. (Calvo, 2004, págs. 91-93).

Así pues, el autor sitúa al nasciturus tanto desde su concepción hasta que se complete su desarrollo y se produzca la separación de su madre, la protección constitucional para el no nacido es importante en un estado autodenominado garantista de derechos humanos, los cuales son derechos otorgados y merecidos desde la concepción hasta su muerte. En el estado ecuatoriano, el mecanismo utilizado para la protección de la vida del que está por nacer es en su corpus iuris, entre los cuales abarca desde la Constitución, además, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 20, y por último en el Código Civil en sus artículos 61 y 63; como es evidente, la protección de la vida desde la concepción, análogo al reconocimiento del feto como sujeto de derecho.

4.1.6. Feto

Para el ginecólogo y genetista Carlos Zavala, el feto es: “Producto de la concepción que se desarrolla en el útero, generalmente después del segundo mes de embarazo, hasta el nacimiento. Durante los dos primeros meses de embarazo se llama embrión”. (Zavala, 2005, pág. 1). En el mismo contexto, se denomina feto al desarrollo del mismo después del segundo mes de embarazo hasta el nacimiento que ya pasa a convertirse en un neonato, en ésta etapa el bebé crece y se desarrolla en el útero materno, y a la maduración tanto de órganos como tejidos nuevos. Es así, que en estos periodos es tan necesaria la presencia de una figura delictiva en contra de los atentados contra su integridad. En Ecuador, al ser un país mayoritariamente

católico e influenciado por la iglesia, es necesario manifestar que la misma establece que la concepción se produce desde el momento mismo de la singamia, o sea, en el intercambio de gametos, y desde ese momento, inicia la vida humana.

Para el autor Josep Salás, el feto es:

El feto como el producto del proceso fisiológico de la gestación, constituyendo cabalmente la cuestión conflictiva la determinación de sus límites cronológicos - inferior y superior-, ante la evidencia de que este período vital esta, por naturaleza, limitado cronológicamente a 280 días aproximadamente. (Salás, 2005, pág. 111).

Por lo tanto, como primer elemento que nos otorga el autor es que es producto del proceso fisiológico de la gestación, entonces al ser un producto entre dos personas, él mismo es humano. El término persona se ha acuñado en la antigüedad del derecho para distinguir entre aquellos que gozan de capacidad jurídica con aquellos individuos que no, entonces es necesario que se lo reconozca como miembro parte de la familia y sea considerado persona con sus derechos en suspenso.

Según la autora Fanny Galán Castellanos, el feto es: “Se da nombre de feto al producto de la concepción desde la 8va semana hasta el nacimiento, se caracteriza por el crecimiento y maduración de los diferentes sistemas”. (Galán, 1981, pág. 10). La autora lo oficializa como producto humano, al ser humano es un producto de la concepción. El feto debe ser considerado como sujeto de derechos, debido a que constitucionalmente ya el estado le concede,

por el simple hecho de su existencia, una vez es considerado humano y producto de un hecho natural, por ende, es portador de derechos fundamentales que adquiere todo ser que posea la vida y de los mismos nadie ni nada puede privarlos para su uso y goce total.

Para el autor Guillermo Cabanellas, el feto es: “Producto de la concepción humana, desde fines del tercer mes del embarazo, en que deja de ser embrión, hasta el parto. El que nace antes de tiempo o sin vida”. (Cabanellas, 1979, pág. 135). En el mismo sentido, el autor manifiesta de manera clara que el feto es el producto de la concepción, pero en este caso el autor dictamina que pasa a denominarse feto desde el tercer mes de embarazo, donde ya deja de formar parte de los denominados como embrión. El feto o ser que está por nacer debe ser reconocido como persona ya que los derechos humanos son dirigidos y otorgados a todo ser que tenga vida humana, sin distinción de nada, y es evidente que el que está por nacer es un ser con vida intrauterina, por ende, no hay la posibilidad de negarle y no reconocerle sus derechos.

4.1.7. Embrión

Según las autoras Aitziber Domingo (embrióloga) y Zaira Salvador (embrióloga):

La etapa del embrión abarca desde el día 1 de desarrollo embrionario, que aún se denomina cigoto, hasta la octava semana de gestación. Durante este periodo de tiempo, el embrión va aumentando su tamaño,

multiplicando sus células y sufre fuertes cambios celulares. (Domingo-Salvador, 2018, pág. 1).

Por ello, con lo antes mencionado, se denomina embrión desde la fecundación hasta la octava semana, luego de ello pasa a denominarse feto. En la misma línea, podemos mencionar que los embriones no son biológicamente diferentes con lo que podemos encontrar bajo nuestra piel. Es por ello, que al no ser considerados como persona legalmente, la gente deduce erróneamente que carecen de coherencia, integridad y de un desarrollo propio como organismos.

Para Natalia López, el embrión es:

El embrión es realidad humana, individuo de la especie, persona, desde que es cigoto, porque posee toda la información del sistema respecto al término: tiene como propia la capacidad de un desarrollo orgánico. Y actualizará en cada tiempo de su vida toda la información de ese momento vital. (López, 2004, pág. 10).

De lo antes mencionado se desprende que, el embrión ya es una realidad humana, ya es un individuo, aunque desde que es cigoto lo posee. Al ser el embrión denominado como una realidad humana, es necesario que se reconozca que los sujetos pasivos en el delito de lesiones al feto son la mujer embarazada y el feto; aunque en excepciones el embrión podría ser sacrificado, ya sea en caso de que la continuidad del embarazo ponga en riesgo la vida o integridad física de la madre. La vida del concebido es objetiva cuando se implanta el embrión en el útero de la mujer, ya que, lo cierto es que,

si el embrión nunca lograra implantarse, nunca podría llegar a desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios.

Para el autor Pedro Femenía, el embrión es:

El término embrión designa, en su acepción general, el estadio de desarrollo que marca el paso de una célula única, el óvulo, a un conjunto complejo de células, el feto. Este período, denominado organogénesis, corresponde a las ocho primeras semanas que siguen a la fecundación y, a lo largo del mismo, pueden distinguirse diversos estadios de desarrollo que permiten el uso de una terminología distinta en el ámbito estrictamente científico. Aparecen así términos como cigoto, mórula, o blastocitos para diferenciar las fases del desarrollo embrionario. (Femenía, 2021, pág. 1).

Aunado a esto, lo que manifiesta el autor es que la génesis del embrión marca el paso de una célula única, el cual es el óvulo a un conjunto complejo de células, denominado el feto. Además, el periodo se lo denomina organogénesis, el mismo que transcurre durante las ocho primeras semanas. Por otro lado, los derechos humanos son la forma contemporánea para la discusión de los deberes éticos que tenemos hacia el embrión. Es importante hacer mención en que, la Corte de la Convención de Derechos Humanos, emite que la vida del embrión no es un valor absoluto.

Para la autora Keith Moore, el embrión es: "El ser humano en desarrollo durante los primeros estadios. El periodo embrionario se extiende hasta el final de la octava semana (56 días), momento en el que están presentes los

esbozos de todas las estructuras principales”. (Moore, 2008, pág. 7). Al respecto, la autora menciona que el periodo embrionario se extiende hasta el final de la octava semana. El embrión, es evidente, que es un individuo de la misma especie humana, lo cual lo hace constituirse como mi semejante, ya sea biológicamente, el mismo que está necesitado de mi representación para su protección. El estatus del embrión hay que entenderlo que es gradual e incremental durante su desarrollo, ya que durante éste periodo los derechos del feto pueden ceder ante derechos de las personas.

4.1.8. Neonato

Según el autor Ramón García, neonato es:

Se puede denominar neonato o recién nacido, al bebé de cuatro semanas o menos. Un bebé se considera recién nacido hasta que cumple un mes de vida. Un neonato es un bebé que tiene 27 días o menos desde su nacimiento, bien sea por parto o por cesárea. El término se ajusta a los nacidos pasados los 9 meses del embarazo. Ser recién nacido dura hasta los 30 días de vida.. (García, 2016, pág. 1).

Así pues, el neonato viene a ser denominado como el recién nacido, el cual tendrá diferentes características como pequeño o grande para la edad gestacional. Éstos bebés recién nacidos tienen entre 4 semanas o menos desde su nacimiento. El neonato al ser ya nacido, legalmente tiene la constitución de ser considerado como persona protegida. Es así, que el recién nacido tendrá derecho a nutrición, la cual le garantice su crecimiento, en este sentido, la lactancia materna debe ser promocionada y facilitada.

Según los autores Manuel García y Francisca Munar, el neonato es: “Neonato: Desde el nacimiento hasta el mes de vida ("newborn" en países anglosajones); neonatos pretérmino ("prematuros") son aquellos de menos de 37 semanas de gestación (“prematuro moderado” de 31 a 35 semanas de gestación y “prematuro extremo” de 24 a 30 semanas de gestación)”. (García-Munar, 2012, pág. 1). En tal sentido, los autores definen al neonato como el recién nacido; el mismo que al haber nacido con vida es merecedor de una correcta asistencia médica, creando medidas necesarias a abolir las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de los niños, y en un Estado garantista deben velar para que exista una adecuada atención sanitaria, esto es, tanto la prenatal como postnatal.

Para Florencia Ucha, el neonato es: “Se llama neonato al bebé recién nacido, que es un bebé que tiene 30 días o menos, contados desde el día de su nacimiento, ya sea que haya sido por parto natural o por cesárea”. (Ucha, 2010, pág. 1). De acuerdo a lo mencionado anteriormente, el neonato es un bebé que tiene 30 días o menos de nacido, indistintamente si su nacimiento haya sido por cesárea o de manera natural. Durante la etapa de neonato, se descubren la mayoría de los defectos congénitos, por ello se debe garantizar que, en el momento del alta hospitalaria, la familia del neonato y los profesionales de la sanidad que se harán cargo de la atención posterior del neonato, disponen de toda la información necesaria y clave sobre sus cuidados.

Para Navarro FA, el neonato es: “En español era tradicionalmente mucho más frecuente ‘recién nacido’ que ‘neonato’, aunque sí usamos a

menudo los derivados de este último, como ‘neonatal’ o ‘neonatología’”. (Navarro, 2008, pág. 9). En efecto, el autor manifiesta, que tradicionalmente era más usada la palabra recién nacido que neonato, y del cual surgen términos como neonatal o neonatología. Entonces, es necesario que en un estado respetuoso de los derechos humanos evite la exclusión de cualquier grupo, debido a que es importante defender la coexistencia de la pertenencia a la especie humana con el grupo de quienes forman parte de ser sujetos de derechos humanos.

4.1.9. Delito

Para Guillermo Cabanellas, el delito es: “Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín delictum, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena”. (Cabanellas, 1979, pág. 93). Al respecto, el autor nos manifiesta que el delito es configurado como un hecho antijurídico y doloso, el cual como consecuencia tendrá una sanción. Los comportamientos no comunes y que no entran dentro de las reglas como sociedad son los tipificados como delitos, es decir, aquellos comportamientos que una sociedad, en un determinado momento, decide punir. Ahora, algo importante y de vital importancia para su configuración es identificar si se produjo una conducta, ya que, sin tener éste elemento, es innecesario seguir con el análisis de las demás categorías.

Para Jiménez de Asúa, el delito es: “el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”. (Jiménez, 1954, pág. 206) . Por lo tanto, el autor manifiesta que es un acto, el cual es primero típico, segundo

es antijurídico, y tercero es culpable; donde tiene como responsable a un hombre que se lo pueda imputar para posteriormente ser sancionado. Para establecer si un hecho llega a ser constituido de delito, es necesario aplicar la teoría del delito para que dicho hecho sea calificable de delito y siempre y cuando se encuentre estipulado dentro del cuerpo normativo penal.

Para Sebastián Soler, el delito es: “una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal conforme a las condiciones objetivas de ésta”. (Soler, 1992, pág. 203). Al mismo tiempo, el autor nos establece los elementos constitutivos de un hecho para que pueda llegar a ser considerado como delito, como son una acción típica, antijurídica, y adecuada a una figura legal objetiva. Cuando dicha conducta realizada no alcanza la gravedad para adecuarla al tipo para llegar a ser calificada como delito, puede encuadrarse como una falta. Por otra parte, las fases de la conducta son, primero interna, en la cual desea realizar u omitir una conducta; y segundo la fase externa, la cual consiste en que el sujeto ya pone en marcha lo planeado, es decir materializa la conducta.

Para Liszt, el delito es: "es el hecho al cual sigue como consecuencia jurídica inevitable una pena" (Liszt, 1945, pág. 163). De eso se desprende, que para el jurista Liszt el delito es un hecho, el cual tiene como fija consecuencia jurídica, la inevitable imposición de una pena. Éste quebrantamiento a las reglas establecidas para la buena convivencia como sociedad son denominados delitos, los mismos que son instrumento de prevención de delitos. La conducta dentro del sujeto activo, puede ser exteriorizada a través de una acción u omisión, lo cual debe estar establecido

en el tipo de delito. No obstante, la teoría del delito constituye un medio o instrumento, el cual garantiza el principio de inocencia del profesional de la salud.

4.1.10. Tipo Penal

Para Manuel Ossorio, el tipo penal es: "Conjunto de elementos, definidos por la ley, constitutivos de un delito". (Ossorio, 1994, pág. 946). Es así como, el autor menciona que, al hablar de tipo penal, se habla del conjunto de elementos, los cuales deben estar dentro de los establecidos por la norma penal para que constituya un delito. En la misma línea de lo antes establecido, es deber del legislador dictaminar en la política criminal los francos, por los cuales hay peligro de una lesión al bien jurídico, y de esa manera poder eliminar de la realidad en una sociedad cualquier riesgo o peligro. Es importante hacer mención que el tipo penal es siempre objetivo, nunca subjetivo.

Para Hans Welzel, el tipo penal es: "Tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida" ; y también: "El tipo es la materia de la prohibición (= materia de la norma) de las prescripciones jurídico-penales". (Welzel, 1979, pág. 4). Es así como, para el autor dentro del tipo penal se encuentra estipulado la descripción, la cual debe ser concreta y enfocada con mira a la conducta prohibida. El tipo penal estudia lo externo material y el dolo o culpa que configura lo subjetivo, se estudia en la culpabilidad. En otras palabras, en los juicios de adecuación típica, la conducta del mundo exterior debe encajar dentro del tipo penal. Es importante hacer mención que el

fundamento del tipo penal reside en razón a la obediencia al principio rector de tipicidad.

Para José González, el tipo penal es: “El tipo penal es la descripción contenida en la ley de una acción contraria a una norma y la tipicidad es la característica de una acción efectivamente realizada de subsumirse bajo el tipo penal”. (González, 2008, pág. 100). En tal sentido, para el autor el tipo penal es una descripción de un tipo dentro de la ley, donde dicho contenido debe ir en contra a la norma. En ese sentido, el tipo es la figura conceptual, la cual describe ya sea mediante conceptos, las posibles formas de conducta humana, las cuales como resultado tendrán que la norma prohíbe la realización de las formas prohibidas de conducta. Entonces, al verificarse que en efecto si se ha realizado dicha conducta descrita conceptualmente en la norma penal, por ende, dicha conducta entra ya en contradicción con las exigencias que impone la norma.

Para Eugenio Zaffaroni, el tipo penal es: “la formula usada por la ley para señalar los pragmas conflictivos cuyas acciones son amenazadas con pena”. (Zaffaroni, 2006, pág. 339). En ese mismo contexto, el autor hace una importante mención, el cual define al tipo penal como una formula, la misma que es usada por la ley, con el objetivo de señalar los pragmas conflictivos, y en consecuencia, son amenazadas con una pena. En otras palabras, el tipo penal se configura cuando incurran dos aspectos, entre los cuales tenemos, primero que debe ser una figura elaborada por el legislador, garantizando en su contenido la protección a los bienes jurídicos protegidos; y segundo, para que sea funcional debe incurrir subconjuntos, los cuales deben ser necesarios

y suficientes para llegar al fin, que es el de garantizar la protección al bien jurídico protegido.

4.2. Marco Doctrinario

4.2.1. Reseña Histórica de las lesiones en Ecuador

Al hablar de lesiones, hay que hacer referencia a las vulneraciones infringidas a los bienes jurídicos protegidos por el Estado.

El autor José Martínez reza:

“La vida es un derecho fundamental consagrado en documentos fundamentales internacionales y nacionales de diversos países del mundo. El primero de todos los derechos si consideramos al titular de éste como generador de cualquier otro derecho posible”. (Martínez, 1991, pág. 1)

El derecho a la vida es el primero de los derechos reconocidos en legislaciones locales como en instrumentos internacionales, ya que, gracias a este derecho inherente a todo ser vivo, nos permite acceder a otros derechos consagrados y otorgados. En la misma línea, éste derecho es inviolable por parte de cualquier persona, sea esta natural o jurídica y sin excepción alguna, o sea, su tutela judicial abarca el ámbito público como el privado, con la finalidad de abarcar la dimensión personal. La vida humana hace referencia al ser humano vivo, y en la legislación ecuatoriana en su constitución establece el derecho a la vida desde la concepción, es decir, la vida humana se consagra desde que el embrión fecundo al óvulo dando como resultado un nuevo ser en desarrollo, lo que otorga a la mujer embarazada la capacidad de

representación y protección jurídica del feto. La vida da paso a la integridad y sin éstos derechos las personas no pueden acceder a una correcta convivencia en sociedad y poder ejercer una digna vida en ámbitos de actividades físicas y psicológicas, las mismas que son tan necesarias para sobrellevar el diario vivir como ser humano en sociedad.

Entrando de lleno al delito de lesiones y su tipificación en el Estado Ecuatoriano la Ministra de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Ledy Zúñiga Rocha menciona que:

Desde la época republicana hasta antes de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador, se han publicado cinco cuerpos penales a saber: el primero, del 14 de abril de 1837 de Vicente Rocafuerte; el segundo, publicado el 3 de noviembre de 1871 durante el gobierno de Gabriel García Moreno; el tercero, dispuesto por Antonio Flores Jijón, el 4 de enero de 1889; el cuarto, producto de la Revolución Liberal liderada por el General Eloy Alfaro y que se oficializó el 18 de abril de 1906; y, el quinto, publicado el 22 de marzo de 1938 durante la presidencia de Alberto Enríquez Gallo. (Zúñiga, 2014, pág. 5)

En la misma línea de lo establecido, en el Ecuador, desde su época republicana, se han promulgado cinco Códigos Penales, en el año de 1837 el Ecuador tiene un Código Penal, elaborado en la Presidencia de Vicente Rocafuerte; en el año de 1871 se promulga un nuevo Código de Enjuiciamiento en materia criminal y entra en vigencia el 1 de noviembre del 1872, la cual divide la acción penal en pública y privada, en el año de 1892

entra en vigencia el Código de Enjuiciamiento en materia criminal, el mismo que enfoca a las personas que no pueden presentarse como acusadores particulares, en el año de 1906 entra en vigencia un nuevo Código de Enjuiciamiento en materia criminal, en el año de 1938 se dicta el primer Código de Procedimiento Penal, en el año 2000 entra en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, el mismo que introdujo un cambio fundamental en relación con el procedimiento de 1983: el sistema acusatorio.

Entrando de manera detallada a la tipificación del delito de lesiones en legislación ecuatoriana, tenemos que el Código Penal de 1971, en su título VI en el cual se refiere a los delitos contra las personas le otorga un capítulo para referirse al delito de lesiones, es así que en su Capítulo II denominado “De las lesiones” (Código Penal, 1971, pág. 114) , pero solo enmarcaba las lesiones que como consecuencia daban como resultado una enfermedad o incapacidad para el trabajo, las mismas que no mencionaban acerca de las lesiones al feto producidas en mujeres embarazadas.

El Código de Procedimiento Penal del año 2000 en su libro II, Título I, Capítulo II, artículo 105, establecía el procedimiento de los peritos para llevar el delito de lesiones:

En caso de lesiones, los peritos las describirán minuciosamente y en el informe dejarán constancia, de manera clara, del diagnóstico, del pronóstico y del instrumento que pudo haberlas producido. Los peritos, en lo posible, informarán sobre el estado de salud del lesionado al momento en que las lesiones fueron producidas.

De la misma manera, estarán obligados a establecer la época probable en que se produjeron las lesiones y sus causas. (Código de Procedimiento Penal, 2000, pág. 33)

De esta manera, el Código de Procedimiento Penal del año 2000, establecía el procedimiento a seguir por los peritos especialistas en casos de lesiones hacia otra persona como lo estipulaba el Código Penal vigente de 1971, donde no se tenía conocimiento de las lesiones al feto y mucho menos llegar a tipificar el delito de lesiones al feto dentro del cuerpo normativo, ya que, solo abarcaba los campos de lesiones que perjudiquen el trabajo personal y estipulaba una sanción, pero sin tener en cuenta el tiempo de recuperación del lesionado.

El 10 de febrero del 2014 se publicó en el Suplemento del Registro Oficial 180 el Código Orgánico Integral Penal (COIP), el mismo que integra la legislación sustantiva (Código Penal), con la adjetiva (Código de Procedimiento Penal) y ejecutiva (Código de Ejecución de Penas).

El delito de lesiones en el Código Orgánico 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, Artículo 152, el mismo trata sobre “lesiones”. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 58). Ahora analicemos si abarca el concebido dentro de este delito, como primero el encabezado hace mención “la persona que lesione a otra”, es decir que el feto al no ser considerado como persona no es protegido por este tipo de delito. Además, el mismo artículo desglosa

cinco numerales, los mismos que clasifican las lesiones de acuerdo a su gravedad, la pena establecida y circunstancias que se puedan suscitar.

Por otro lado, es necesario mencionar que el artículo 153 del Código Orgánico Integral Penal establece las lesiones como resultado del delito de “abandono de persona”. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 59). En otras palabras, éste delito abarca las lesiones como resultado de abandono hacia personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, otorgando agravante ante tales acontecimientos, para lo cual el legislador a considerado tratar de acuerdo al artículo 155 del Código Orgánico Integral Penal y siguientes.

4.2.2. Derechos fundamentales del feto

Los derechos reconocidos por la constitución de un Estado es la máxima expresión de los derechos humanos. En ese sentido los autores Galo Chiriboga y Hernán Salgado rezan:

La expresión “derechos fundamentales” hace referencia a aquellas cualidades o valores esenciales y permanentes del ser humano que son objeto de protección jurídica. Con esta denominación nos referimos también a los derechos que están reconocidos y garantizados por la Constitución Política del Estado, que es el nivel superior de toda jerarquía normativa. (Chiriboga-Salgado, 1995, pág. 15).

De igual manera con esta denominación las líneas anteriores hacen referencia también a los derechos que están reconocidos y garantizados por

la Constitución, ya que, es el nivel superior de toda jerarquía normativa. Los derechos fundamentales son las bases de todo sistema jurídico-político del Estado de Derecho, ya que sirven de fundamento a los demás derechos y garantías.

Haciendo mención a los derechos, los mismos que los autores Galo Chiriboga y Hernán Salgado definen como:

Los derechos son aquellas facultades o valores esenciales que tiene cada persona y que están reconocidos por el orden jurídico nacional e internacional; el reconocimiento expreso de un derecho significa que no hay trabas para su ejercicio, salvo las limitaciones establecidas por el mismo ordenamiento jurídico. (Chiriboga-Salgado, 1995, pág. 16).

Es así, que los derechos son plasmados tanto a nivel local mediante la máxima norma jerárquica de un Estado, la cual es la Constitución, y a nivel internacional con los plasmados derechos humanos. Los derechos son el instrumento que tiene cada persona para limitar el ejercicio del estado frente a sus ciudadanos, el ser humano tiene una dimensión básica que es su dignidad, la misma que es la raíz de todos sus derechos fundamentales, es decir, los mismos son inherentes a la persona.

Al hablar de derechos fundamentales es importante hacer mención al principal derecho, la vida, el mismo que para el autor Jorge Aquino el inicio de la vida inicia desde la fecundación, tal cual reza:

Finalmente, no hay fundamentos suficientes como para sostener que la calidad de persona se adquiere gradualmente, ya que el hombre no cambia de especie en ningún momento de su desarrollo. El cigoto es tan individuo de la especie humana (persona) como un niño o un adulto: la calidad de individuo no admite grados. Con la lógica de la gradualidad un bebé de 2 meses sería menos persona que un niño de 6 años, cuya conectividad funcional con la corteza prefrontal está mejor establecida. (Aquino, 2018, pág. 1).

El ser humano empieza su ciclo de vida desde la fecundación al ovulo de la mujer, es el momento inicial en todo proceso de desarrollo e inicio del programa vital. El embrión humano es un ser vivo, por ende, le corresponden derechos como la vida e integridad, los mismos que le son inherentes desde su concepción. La falta de reconocimiento de dichos derechos mencionados anteriormente por parte del Estado es de suma gravedad, ya que, la preocupación por atender las necesidades de los niños, niñas, y adolescentes no se ha llevado a cabo con la misma intensidad a la hora de proporcionar protección a los concebidos o feto, no obstante, esto no quiere decir que los mismos carezcan del reconocimiento por parte del Estado, debido a que el Estado Ecuatoriano en la Constitución de la República del Ecuador, ya reconoce los derechos a la vida e integridad con la protección de los mismos desde su concepción, es decir, desde el inicio a la vida humana.

En la misma línea de lo establecido, el Estado Ecuatoriano y los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos reconocen el derecho

inherente a la vida del que está feto. El derecho a la vida desde la concepción es una fuerte garantía como tutela judicial efectiva. Es así que, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 45 ya reconoce el derecho a la vida y protección del concebido no nacido.

4.2.3. Lesiones al Feto

Debemos empezar mencionando que el inicio de la vida es la etapa más importante para los seres humanos, es así, que la autora Gabriela Valdivieso establece la importancia de la vida humana para la iglesia católica, la cual establece:

Para la iglesia católica y confesiones afines, la persona existe desde la concepción dentro o fuera del seno materno; basta la unión de los gametos masculino y femenino para estar en presencia de una persona. Ésta es una unidad que reconoce etapas sucesivas de desarrollo, que se dan desde la concepción hasta la muerte del mismo e irrepetible ser, postura que sirve de base a las normas que penalizan el aborto y regulan la renunciabilidad a la propia vida como la eutanasia y el suicidio. (Valdivieso, 2008, pág. 57).

El inicio de la vida humana es el primer acto indispensable y biológicamente registrable para la formación de un embrión humano, tras la fusión de dos células altamente especializadas, las mismas que son dotadas y teleológicamente estructuradas y programadas, denominadas gametos, esto es el óvulo y el espermatozoide, es decir la unión de las células

germinales femenina y masculina. Existen teorías que establecen el inicio de la vida humana, la teoría de la concepción o fecundación establece que la vida comienza con el fenómeno de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, en cambio para la teoría de la anidación el inicio de la vida se produce desde la implantación del óvulo ya fecundado en el útero de la mujer.

Entrando de lleno en lo que respecta las lesiones al feto, el autor Juan Gonzáles nos menciona lo siguiente:

“A mi juicio, el propósito legal es excluir la fase pre embrionaria y la embrionaria y prestar protección únicamente al feto en sentido estricto; esto es, desde que el producto de la concepción adquiere la forma característica de la especie humana; el límite mínimo del delito viene dado, pues, por el fin de la fase embrionaria; es decir, a partir del tercer mes de vida”. (Gonzáles, 2005, pág. 134).

Por ende, tal como establece el autor es importante hacer mención sobre la diferencia que existe entre el embrión y el feto, pues el embrión al tener menos de 3 meses aún no posee la forma característica de la especie humana: entonces, la tutela queda delimitada por el nacimiento del mismo. Ahora, si bien es cierto el embrión también puede ser lesionado en caso de embrión preimplantatorio, pero como se ha mencionado antes, el objeto material del delito es el feto. Por ello, resulta una medida de urgencia para el Estado propiciar medidas eficientes para la protección de seres vivos que se encuentran en una etapa tan delicada, temprana, e indefensa, pues necesitan

de la protección de la madre para poder desarrollarse de una manera adecuada y sana. Las lesiones dañan la integridad corporal o la salud psicológica de la persona, tener una integridad corporal significa la totalidad unitaria de la organización anatómica humana, en cambio tener integridad fisiológica significa tener un adecuado funcionamiento del cuerpo, todos sus órganos y funciones. La protección al feto implica protección a su integridad, la salud, y la vida misma del feto, por lo mismo, las lesiones al feto son el potencial daño que puede llegar a afectar al feto dentro del vientre materno, el mismo que puede ser constituido por dolo y culpa, pero sin llegar a causar el aborto. Ahora, como requisito fundamental se encuentra la verificación de lesiones al feto por el diagnóstico del perito especialista, el cual manifieste un daño irreparable en la salud misma del feto. Entonces, en el proceso correspondiente se debe determinar la existencia del dolo en los supuestos autor o autores, lo cual con lleva a dejar impunes las conductas del tipo culpable, aunque la culpa es practicada en su mayoría de ocasiones por profesionales de la salud.

4.2.4. Diferencia entre embrión, feto y neonato

La etapa embrionaria transcurre durante los primeros 3 meses de embarazo, ahora entendamos como sucede la etapa embrionaria para poder distinguirla.

Para la autora Gabriela Valdivieso, para que llegue a producirse el embrión deben suscitarse las siguientes etapas:

Después del coito, los espermatozoides pasan al útero y a la trompa de Falopio, y llegan a la vecindad del ovario en unos 5 minutos; lugar en donde se realiza la fecundación. Los espermatozoides llegan con la ayuda de sus movimientos y también por los del útero y la trompa. Para fecundar se necesita de un solo espermatozoide que penetre en el óvulo. Cuando esto ocurre, el óvulo maduro y el espermatozoide unen 46 cromosomas, 23 de cada uno y se forma el huevo comienza allí el desarrollo de la nueva vida (cigoto). Posteriormente, el huevo u óvulo ya fecundado, tarda aproximadamente 3 días en llegar al útero, donde se implanta para que se desarrolle el nuevo ser; la implantación en el útero ocurre entre el séptimo día y el decimosexto después de la fecundación. (Valdivieso, 2008, pág. 55).

Como se puede observar, como primero el periodo que se denomina cigoto, el cual es la fusión del espermatozoide y el óvulo ocurren durante las primeras 24 horas, para posteriormente pasar a la siguiente etapa que es la embrionaria, la cual luego de los primeros 5 días el embrión tiene forma redondeada (blastocito) y ya empieza a crear una cavidad interna, el mismo que permite que se cree la placenta y el cuerpo del futuro bebé. Luego de ello, entre los días 7 y 8 se configura al implantarse el blastocito en el útero de la mujer. Al culminar la implementación, alrededor del día 14, el embrión empieza a crecer más rápido, debido a su crecimiento rápido cambiando su forma redondeada a una más definida y alargada.

Para continuar, tenemos el periodo denominado feto, el cual, a partir del tercer mes de embarazo, luego de haber concluido el periodo de embrión pasa a denominarse feto.

En sentido de lo anteriormente dicho, las autoras Andrea Rodrigo (embrióloga) y la Dra. Silvia Jiménez (embrióloga clínica senior) definen la etapa del feto así:

En el tercer mes de embarazo, el futuro bebé ya tiene desarrollados todos sus órganos, aunque, por el momento, no están formados del todo. Falta que maduren y acaben de evolucionar correctamente. A pesar de que se irán definiendo también los genitales, aún es pronto para poder determinar con exactitud el sexo del bebé.

A lo largo de estas 4 semanas, el feto crece hasta los 7 cm y llegará a pesar unos 15-20 gramos aproximadamente. Es habitual que empieces a engordar. En este 3er mes, el aumento de peso equivale a aproximadamente un 10% del total de peso que ganarás durante todo el embarazo. (Rodrigo-Jiménez, 2018, pág. 1).

Por lo tanto, el periodo de feto se constituye al tercer mes de embarazo, el mismo que tiene apariencia humana y todos sus órganos desarrollados, aunque no formados del todo; el desarrollo de los órganos es importante, los mismos que empiezan a desarrollarse más y a funcionar como son los riñones, el hígado y el cerebro, además del desarrollo de sus extremidades y los dedos de las manos.

Para culminar tenemos el periodo del neonato, el cual se establece durante las primeras cuatro semanas de vida del recién nacido.

En el mismo sentido, los Dres. Claudia Cannizzaro y Miguel Paladino definen al neonato como: “Definimos como neonato vivo, a todo niño que presenta alguna señal de vida al nacer y se consideran neonatos fallecidos solo aquellos mayores de 500 g de peso de nacimiento”. (Paladino-Cannizzaro, 2011, pág. 61). Así pues, establecen como neonato al niño que presenta señales de vida al nacer, de igual manera los neonatos son clasificados por los profesionales según la edad gestacional al nacer y por otro lado se encuentran el neonato según el peso de nacimiento. Es así, que al comparar el neonato con un niño mayor o adulto, es evidente observar que varían sus proporciones corporales, ya que, por lo general cuanto más prematuro es y más pequeño tendrá mayor superficie corporal en su cabeza, extremidades pequeñas y tórax alargado.

4.2.5. Diferencia entre tentativa de aborto y lesiones al feto.

Es necesario hacer una diferencia entre la tentativa del aborto y las lesiones al feto por su evidente relación, es así que el autor Eugenio Zaffaroni establece la tentativa desde la perspectiva de la teoría objetiva y subjetiva.

En la línea de lo anteriormente establecido, el autor Eugenio Zaffaroni establece lo siguiente con respecto a la tentativa desde el enfoque de la teoría objetiva:

Según la teoría objetiva, muy difundida entre autores antiguos, la ley pena la tentativa porque implica un peligro para el bien jurídico. Para esta posición es atípica toda acción que no hubiera determinado que el bien jurídico en concreto haya corrido algún peligro: quien penetrase en una habitación en la que no hubiese nada que hurtar, no cometería tentativa de hurto. Consecuencia necesaria del punto de vista objetivista es que la pena de la tentativa sea inferior a la del delito consumado, porque el peligro siempre importa un injusto menor que la lesión. Es la tesis que respeta en mayor medida el principio de lesividad, además de ser la más clara. (Zaffaroni, 2006, págs. 639,640).

Según establece el autor, desde la perspectiva de la teoría objetiva es atípica toda acción en la cual no hubiera determinado que el bien jurídico en concreto no haya corrido algún peligro, enfocando al delito de lesiones al feto, la tentativa solo se configura si se encuentra la mujer embarazada, ya que, sin feto, el delito de tentativa objetiva no se configura, así mismo este tipo de tentativa es punible, pero con una pena inferior al del delito consumado.

De igual manera el autor Eugenio Zaffaroni establece la tentativa según la teoría subjetiva como:

En el extremo opuesto se halla la llamada teoría subjetiva, que funda la punibilidad de la tentativa en la voluntad del autor contraria al derecho. Sostiene que con la tentativa se quiere reprimir la voluntad criminal, desentendiéndose del problema del peligro para el bien jurídico y equiparando a aquélla con el delito consumado -por tratarse

de idéntica voluntad criminal- con la consecuente paridad de penas o, como máximo, con atenuación facultativa de la pena de la tentativa. El subjetivismo tuvo gran número de adeptos en Alemania luego de la reforma penal de 1939, cuando la atenuación penal de la tentativa pasó a ser sólo facultativa, renovándose en las dos últimas décadas del siglo XX con la subjetivización del injusto y el funcionalismo. Fundan la equiparación de la tentativa y el delito consumado en que no puede estar en mejor posición la mala voluntad fracasada que la exitosa. (Zaffaroni, 2006, pág. 640).

Es así que, la teoría subjetiva fija su función en la voluntad contraria al derecho y fija la sanción como un delito consumado por la sola voluntad criminal, o como máximo, la atenuación facultativa de la pena de tentativa. Además, ésta teoría solo se centra en el desvalor de una voluntad, la cual es hostil y contraria al ordenamiento establecido; estableciendo una conexión para con el delito de lesiones al feto bastaría la sola voluntad del autor para que se considere como tentativa objetiva, pero en lege lata es insostenible en nuestro derecho.

En la legislación ecuatoriana al hablar de tentativa de aborto, hay que hacer una mención especial a lo que estipula el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 148 e sobre el “aborto no consentido”. De esta manera, el delito mencionado establece y sanciona el aborto no consentido de la madre del feto, pero en su segundo inciso establece claramente que este delito se encuentra expresamente tipificado como tentativa. Entonces, el delito de

aborto tiene como finalidad la muerte del feto, es decir, protege el bien jurídico de la vida, más no el de la integridad del feto. En este tipo de delito la tentativa se deberá observar si los mecanismos elegidos por el autor son los adecuados para llevar a consumar el delito de muerte al feto, es así, que el autor debe iniciar el acto, los mismos que deberán ser medios omisivos, idóneos, conducentes y de modo inequívoco a la práctica del aborto.

Es necesario hacer mención a lo que establece el Código Orgánica Integral Penal en su artículo 39 sobre “la tentativa”, de lo anterior establecido, la tentativa se configura como la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor. Conectando con el delito de lesiones al feto es necesario tener en cuenta que el delito de aborto protege la vida del feto, pero no abarca la protección para la integridad del feto, de esta manera, resulta irrelevante las consecuencias que tendría el feto por causa de tentativa de aborto, ya que las lesiones al feto necesitan una figura independiente, la cual sancione específicamente e independientemente el delito de lesiones al feto.

4.2.6. El estatus jurídico del feto

El estatus jurídico de una persona es la capacidad o situación de un individuo que posee ante la ley. Por ende, las autoras Díaz Magrans y María Milagrosa establecen lo siguiente con respecto al estatus jurídico de una persona:

Cada persona se identifica jurídicamente a través de un conjunto de factores que permiten su distinción del resto de los individuos de la sociedad, entre los que figuran como más relevantes: el nacimiento, la naturaleza, el nombre, el sexo, la edad, la ciudadanía, la filiación, la raza, el estado civil, la ocupación, el domicilio y los rasgos físicos. De cada evento, propiedad, rasgo o aspecto que con ellos se expresa y de su interrelación se derivan consecuencias jurídicas tales como el surgimiento de la persona y su personalidad, el lugar donde éste se produjo y su registro o inscripción en el Registro del Estado Civil, su distinción biológica como persona de sexo masculino o femenino, el estado civil político (ciudadano o nacional y extranjero), el estado civil familiar (soltero, casado, divorciado y viuda; parientes o extraños), el estado civil personal (menor o mayor de edad, plenamente capaz, capacidad restringida o incapacitado), el color de la piel – que se ve como un elemento de distinción y no de segregación, por lo que no incide en el reconocimiento de la dignidad de cada persona y las garantías para el ejercicio de sus derechos inherentes en condiciones de igualdad-, la profesión u oficio, el lugar de residencia habitual unido a la intención de permanecer en él, y la imagen física. (Díaz-Milagrosa, 2002, págs. 119-134).

Según las autoras, el estatus jurídico de una persona se constituye al momento que la ley le otorga derechos como manifiestan las autoras como tener un nombre, el sexo, la edad, la ciudadanía, etc. En la legislación ecuatoriana la norma superior (Constitución) en su artículo 45 ya reconoce

derechos inherentes al ser vivo desde su concepción, así mismo, es necesario entablar conexión con el principio de igualdad y no discriminación establecido en la Constitución del Ecuador en su artículo 11, numeral 2, además también encontramos el principio de universalidad, el mismo que lo encontramos en el artículo 11, numeral 3; entonces, es evidente que el estado ecuatoriano reconoce y garantiza los derechos inherentes al feto, pero lamentablemente los mismos se han visto vulnerados debido a la visible e incorrecta aplicación de los derechos reconocidos y violación al no ser tomados en cuenta como personas. De igual manera, el Código Civil en su artículo 61, menciona que la ley protege la vida del que está por nacer. Entonces, el feto desde la concepción goza de derechos civiles de protección establecidos por la ley, tal cual refleja la misma al proteger al feto otorgándole al juez la facultad de tomar y dictar ya sea a petición o de oficio todas las providencias necesarias para precautelar la vida e integridad del feto. Además, el Código Civil en su artículo 63, el cual habla sobre los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. En el mismo sentido de lo antes mencionado, este cuerpo normativo le otorga derechos al no nacido, no obstante, manifiesta que los mismos se encontrarán suspensos hasta el nacimiento.

4.2.7. Sujetos activos del delito de lesiones al feto

Para empezar, hay que mencionar que como sujeto activo del delito de lesiones al feto ha de entenderse a cualquier persona, sin embargo, en las

legislaciones donde sí se tipifica este delito, no suele presentarse como sujeto activo a la propia gestante cuando se trate de acciones imprudentes, pero si lo es cuando la agresión es dolosa; ahora, la negligencia médica tiende a demostrar una actitud, la cual es contraria a la diligencia requerida, en ese sentido el autor Fernando Guzmán, Eduardo Franco, y Ana Morales, definen la negligencia médica como:

Es un acto mediante el cual se viola un deber de atención, cuando se está en capacidad intelectual técnica de preverlo. En el caso de los médicos, la negligencia ha sido el medio para determinar la responsabilidad, generadora frecuente de culpa profesional. (Guzmán-Franco-Morales, 1996, pág. 87).

Como es evidente, al hablar de autores del delito de lesiones al feto, se debe hacer mención a los profesionales de la salud, ya que son ellos quienes protegen la salud de la mujer embarazada como del feto mediante los controles prenatales, el delito se configura cuando, el profesional de la salud a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no lo aplica y por ende causa y produce un daño, el mismo que es equivalente a un descuido u omisión, es decir, el deber de atención. Hay que hacer una importante mención que la ley orgánica de la salud en su artículo 199 habla respecto que, en caso de negligencia, le corresponderá a la autoridad sanitaria nacional la investigación y sanción en caso de negligencia, no obstante, el estado en el la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 46, numeral 4, habla respecto a la protección y atención que el mismo les proporcionará en caso

de negligencia producidas por violencia, maltrato, explotación sexual o cualquier otra índole; pero, el feto al no ser en la práctica tomado como persona pero si reconocida por la misma constitución, hay una grave vulneración a la protección de los derechos del feto en caso de negligencia médica.

Si bien es cierto la negligencia en su mayoría de ocasiones es cometida por mala praxis de los profesionales de la salud, lo cual, se configura como delito imprudente o por negligencia, es decir, se trata de un delito culposo. Sin embargo, existe el dolo eventual, frente a la culpa consiente. De esta manera, el autor Bustos Ramírez establece el dolo de la siguiente manera:

Como es de conocimiento, el dolo constituye la plena atribución dentro de un ámbito situacional a una persona, por lo tanto, "la forma más importante de vinculación personal de un sujeto a un hecho en el cual ha volcado toda su personalidad y energía. La comprobación del dolo referido a una acción concreta significa identificar dicha acción con la conciencia y voluntad del sujeto. En el delito de acción doloso, la determinación de la tipicidad implica la concreta atribución de lo objetivo y de lo subjetivo referido al actuar del sujeto a un tipo penal. (Bustos, 2009, pág. 60).

En la línea de lo anteriormente establecido, el dolo es el conocimiento y la intención del sujeto, es decir, que en este tipo de delito el elemento cognitivo o de conocimiento, se refiere a los elementos objetivos del tipo y el elemento volitivo, basta la voluntad de realizar la conducta prohibida. En otras

palabras, el dolo no son simplemente el querer realizar dicho acto, sino que es una voluntad de realización, es decir, materializar los actos. De esta manera, la legislación española determina los delitos de lesiones al feto tanto dolosas como culposas en su Código Penal. Por ende, las conductas por las que puede cometer el delito de lesiones al feto los profesionales de la salud, pueden ser de tipo culposo y doloso.

4.2.8. Sujeto pasivo del delito de lesiones al feto

Como es evidente, al hablar de lesiones al feto se toma como sujeto pasivo de tal acto delictivo al feto, en vista de que dicho acto vulnera sus derechos de vida e integridad, los mismos que son inherentes a toda persona.

En este sentido el autor Rodríguez Molinero nos hace 3 importantes menciones sobre la vida humana:

Desde la perspectiva de la filosofía y normativa jurídica cabe considerar en primer lugar la vida de cada individuo singular como un derecho radical y primario, el cual origina a su vez el grave deber de conservarla. En segundo lugar, es preciso estimar el derecho a la vida de los demás, de por sí inviolable e inalienable, que a su vez origina el deber correlativo de respetar y proteger ese derecho. Por último, habrá que considerar el deber de la sociedad, sobre todo de la sociedad políticamente organizada, de proteger y asegurar la vida de sus miembros, así como de proporcionarles medios adecuados de subsistencia y posibilidades de mejora. (Rodríguez, 2013, pág. 44).

El derecho a la vida sin duda es el más importante, ya que es la puerta de acceso a otros derechos naturales y vitales de los seres humanos, el cual debe ser respetado y consagrado tanto por el Estado como por la sociedad; de esta manera, el derecho a la vida como a la integridad son inherentes a todas las personas y deben ser protegidos, y más si se encuentran las mujeres en estado de embarazo y llevan en su útero el feto. Hablamos de que la madre puede padecer lesiones a su integridad, pero directamente el sujeto pasivo del delito de lesiones al feto es él mismo feto.

Por ello, el autor Julio Armaza establece sobre sujeto pasivo en el delito de lesiones al feto lo siguiente:

Ha de tenerse como sujeto pasivo, por otra parte, al embrión o al feto o, por decirlo con más concreción, a la persona nacida con el menoscabo físico o psicológico ocasionado por el agente. Nada justifica, en cambio, se atribuya la calidad de sujeto pasivo a la gestante, aunque casi siempre, como es de suponerse, también resulte lesionada (pues es común que a través suyo se perjudique al ser que amadriga en su seno). (Armaza, 2021, pág. 1).

Siguiendo lo mencionado por el autor, tenemos que debe entenderse como sujeto pasivo netamente al feto, ya que es quien padece directamente las lesiones a su integridad, no obstante, resulta obvio que la mujer embarazada al llevar en su útero al feto resulta con lesiones, pero como manifiesta el autor, nada justifica que se la considere como sujeto pasivo a la mujer embarazada.

4.2.9. Lesiones al feto desde el enfoque de la medicina legal

Las lesiones al feto es necesario enfocarlo y mirar la perspectiva desde el enfoque de la medicina legal y la determinación de la viabilidad del feto, por ende, los autores Amarelys Sarmientos, Yuneidy Lorenzo, Yandy Reyes, María Hernández, y Mayren Pérez establecen lo siguiente:

Otra de las cuestiones que el médico legista ha de incluir en su Informe Pericial es lo referido a la viabilidad y edad del feto.

No es necesario que el niño haya nacido viable para la calificación del infanticidio, pero la no viabilidad puede conducir a una pena menor. Se entiende por no viabilidad a la imposibilidad en que se encuentra un recién nacido de sobrevivir a su nacimiento debido a una madurez insuficiente o a una malformación congénita incompatible con la vida extrauterina.

Analicemos ahora a partir de qué momento la madurez insuficiente del recién nacido trae consigo la viabilidad: a partir de los 6 y 7 meses un feto comprendido entre los 900 gramos y 1500 gramos vive durante cierto tiempo de manera precaria, excepcionalmente tales prematuras han podido tener un desarrollo normal. El 10% de los fetos de este tiempo que pesan al nacer 2000 gramos puede ser viable. Solo adquiere esta condición cuando haya alcanzado 35 centímetros, es decir, la vigesimoctava semana; pero la posibilidad de vivir es mínima

hasta la trigésimo segunda semana ya que están expuestos a la muerte por frío o a la hemorragia meníngea.

Ciertas malformaciones congénitas son incompatibles con la vida postnatal, los monstruos, las anomalías del sistema nervioso central, la hidrocefalia, la ectopia cardíaca, ciertas anomalías graves del tabicamiento del corazón, los riñones poliquístico, entre otras. (Sarmientos-Lorenzo-Reyes-Hernández-Perez, 2005, págs. 8-9).

Como es evidente, ante las lesiones al feto y una vez haya nacido, es de suma relevancia el informe pericial sobre la viabilidad del feto, para lo cual según mencionan las autoras la viabilidad va a depender de que no se encuentre en una madurez insuficiente o a una malformación congénita incompatible con la vida extrauterina; no obstante, la justicia necesita de un peritaje especialista para determinar las causas y consecuencias que produjeron el hecho, por otro lado, según autores concuerdan que la gama de posibilidades de muerte, en un recién nacido son infinitas.

4.3. Marco Jurídico

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador, promulgada en el Registro Oficial N° 449 el 20 de octubre del 2008, en su artículo 1 establece lo siguiente: Art. 1.- “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 8). A partir de la nueva Constitución desarrollada en Montecristi el 2008, el Estado

Ecuatoriano pasó de ser un Estado de “derecho” a ser un Estado de “derechos”, el cual nos lleva a una nueva comprensión del Estado desde la perspectiva de la pluralidad jurídica y la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado, es así, que le otorga igual jerarquía de manera general a todos los derechos establecidos en la Constitución. Además, es importante enfatizar que la nueva constitución en comparación con la anterior utiliza una división temática: derechos del buen vivir, de participación, de libertad, etc.

Además, es necesario enfatizar los principios, entre los cuales la Constitución de la República en su artículo 11, numeral 2 y 9 establece lo siguiente:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, págs. 11-12).

Al tenor de lo anteriormente establecido, los principios al ser el medio por el cual se va a llevar a cabo el objetivo de la norma son verdades absolutas para el entendimiento de la misma; es así, que el numeral dos enfatiza que todas las personas somos iguales, por ende, todos gozamos de los mismos

derechos de manera inherente, así mismo, el numeral nueve establece el importante deber del estado para respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Al mismo tiempo, la Constitución de la República del Ecuador le proporciona e incorpora a las mujeres embarazadas dentro del grupo de atención prioritaria, es así, que el artículo 43 reza lo siguiente:

Art. 43.- 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.
- (Constitución de la República del Ecuador, 2008, págs. 22-23).

En efecto, el Estado Ecuatoriano al enmarcar a las mujeres dentro de un grupo prioritario, les otorga derechos específicos para que puedan culminar con el proceso y pueda llegar a nacer un nuevo ser humano, es decir, que el estado de manera directa e indirecta protege la vida e integridad del que está por nacer y que mejor manera que plasmar esta voluntad en la norma de

jerarquía superior y otorgándole éstas garantías constitucionales para el que está por nacer.

Al respecto, la Constitución del Ecuador en su artículo 45 establece claramente la protección del que está por nacer, es así que reza:

Art. 45.- 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, pág. 23).

En tal sentido, se puede evidenciar que el Estado Ecuatoriano claramente le otorga derechos como la vida, el cuidado, y la protección del que está por nacer desde la concepción; en otras palabras, el legislador ya le otorga la tutela judicial al que está por nacer, por lo que podemos concluir que el legislador ya vio la notoria necesidad de proteger la vida e integridad del que está por nacer, con el objeto de que nazca un nuevo ser humano y el mismo pueda lograr un completo desarrollo.

Al mismo tiempo, es importante hacer mención sobre el problema de no ser considerado como persona al feto, ya que las normas por lo general usan la palabra “persona”, como podemos evidenciar en el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual reza: “Se reconoce y garantizará a las personas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 32). De lo anteriormente establecido, se puede evidenciar el grave vacío

legal que existe en cuanto a la tutela jurídica para con el feto, ya que el feto al tener la condición de “no persona” resulta evidente la falta de protección al mismo, debido a que no podría ser respaldado y protegido dentro de los derechos en los cuales literalmente hacen la mención especial de la palabra “persona”; es por todo esto que el feto requiere protección inmediata, ya que, la exclusión hacia el feto causa vulneración a sus derechos inherentes por causa del vacío legal.

Aunado a esto, es imprescindible hacer una mención especial a la supremacía de la Constitución con respecto a otras normas, es por ello, que el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador menciona lo siguiente:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 201)

En tal sentido, el principio de supremacía constitucional significa que la norma suprema del Estado, la cual es la Constitución del Ecuador se encuentra situada por encima de todas las demás normas jurídicas internas,

pero tienen un mismo nivel jerárquico que los tratados internacionales suscritos por el país. Ahora, el ser superior significa que todas las normas internas deben estar acorde en cuanto a su contenido con la Constitución, ya que ninguna norma inferior puede transgredirla o tan siquiera violarla, simple y sencillamente por ser dictada por el Estado, es decir es el más vivo ejemplo de la voluntad del pueblo.

De aquello se desprende, sin duda la necesidad de mencionar el orden jerárquico de las normas, por ello, el artículo 425 de la Constitución de la República establece lo siguiente:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias

exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, págs. 201-202).

En ese mismo contexto, los órdenes jerárquicos de las normas tienen su origen en la pirámide kelsiana, la cual busca categorizar las diferentes clases de normas, de manera que las ubica en una forma fácil de distinguir cual prevalece sobre las demás. Es así, que en el Estado Ecuatoriano la norma superior y la cual prevalece sobre las demás es la Constitución de la República del Ecuador, seguida pero no menos importante por los tratados y convenios internacionales.

4.3.2. Declaración Universal de Derechos Humanos

La declaración Universal de Derechos Humanos, la misma que fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, la misma que protege a las mujeres ante desigualdades y toda forma de discriminación, es así que el artículo 1 de esta Declaración de los Derechos Humanos reza:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, pág. 4).

Es así como, las Naciones Unidas contemplan los derechos en igualdad que gozan todas las personas, pero en especial hay que mencionar a las mujeres embarazadas, debido a los distintos modos de en los cuales se

ven vulneradas, y ante lo cual deben ser protegidas y más si llevan dentro de ellas un nuevo ser humano en desarrollo, es por ello, que el Estado en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos debe tomar todas las medidas tanto constitucionales como penales y abarcar aspectos como la protección de la vida del feto.

En el mismo sentido, hacer mención al derecho a la vida es de vital importancia, por tanto, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reza lo siguiente: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, pág. 8). En tal sentido, las Naciones Unidas establecen y protegen el derecho a la vida de todo individuo y a su protección, por ende, el derecho a la vida al ser inherente al ser humano debe ser protegido por el Estado, y sobre todo en caso de mujeres embarazadas, pues la permanencia de la raza humana depende de un buen desarrollo del feto dentro de la madre, el derecho internacional obliga a cada estado a proteger la vida humana, inclusive desde la concepción, ya que depende de todos la conciencia de una sociedad que respete la vida e integridad de todo ser vivo. El derecho a la vida constituye un valor supremo para la perpetuación de la raza humana.

4.3.3. Convención Americana de Derechos Humanos

Dentro del derecho internacional la Convención Americana de Derechos Humanos, la misma que fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en su artículo 4, numeral 1 menciona y reconoce

derechos al que está por nacer desde la concepción, en ese sentido la misma reza:

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 1969, pág. 2).

En tal sentido, es necesario hacer un análisis sobre todo el contenido del mismo, para lo cual analizaré cada una de las oraciones para llegar a la unificación, en la oración primera la Convención establece y declara la existencia del derecho a la vida, en la segunda y de nuestra importancia declara la protección a la vida desde la concepción, dicho en otras palabras este derecho existiría pese a no estar protegido por el Estado, además, al usar las expresiones “ por la ley” y “a partir del momento de la concepción”, hace mención que el Estado no puede proteger la vida de cualquier modo, sino que debe hacerlo por la ley, así mismo, el legislador no puede a su libre elección decidir un momento específico del desarrollo humano para iniciar con la protección, debido a que está obligado a hacerlo desde el momento de la concepción como regla general.

4.3.4. Convención sobre los Derechos del niño

La Convención sobre los Derechos del niño, la cual fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989, en su preámbulo, inciso noveno establece lo siguiente:

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. (Convención sobre los Derechos del niño, 1989, pág. 1).

En efecto, la presente Convención ya nos hace una importante mención al final del inciso noveno “tanto antes como después del nacimiento”, es decir, que la misma ya protege y cuida de manera especial, hasta inclusive hace mención que los no nacidos necesitan protección legal; en el caso de Ecuador, el cual suscribió la Convención en el año 1989 y la ratificó en 1990, desde entonces la legislación nacional ha modificado los mismos al sentido de otorgarle la aplicación del principio de interés superior del niño, en otras palabras, sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas.

4.3.5. Código Orgánico Integral Penal

El Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 el 10 de febrero del 2014, el mismo que nos manifiesta las reglas con las que se determinara el deber objetivo de cuidado por parte de profesionales en general, es así que en su artículo 146 establece lo siguiente:

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. La inobservancia 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 profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, págs. 55-56).

Dado que el delito de lesiones al feto puede ser producido ya sea por dolo o culpa, es necesario realizar una mención especial sobre lo que nos manifiesta el Código Orgánico Integral Penal acerca de las reglas para determinar el deber objetivo de cuidado por parte del agente, el cual es derivado de una conducta imprudente, negligente, imperita, inexperta o violatoria de los reglamentos o sin sujeción a las reglas de la lex artis ya definidas en ciertas profesiones u oficios como la medicina, es así, que el legislador nos otorga un claro panorama para proceder a aplicarlo en cada caso en concreto en el cual se requiera hacer uso del mismo.

En tal sentido, es necesario entrar de lleno a las lesiones, y además mencionar su último inciso, ya que es de suma importancia, en ese contexto el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 152 reza lo siguiente:

Art. 152.- Lesiones. - La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas:

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 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 pena privativa de libertad de dos meses a un año.
3. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de treinta y uno 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 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 transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Inciso final: 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 Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 58).

Es así como, el Código Orgánico Integral Penal establece el delito de lesiones, pero lo hace dirigido hacia “otra persona”, por ende, no abarca y no especifica las lesiones dirigidas al feto, ya que solo divide y clasifica las lesiones, todo esto de la mano de la gravedad y determinando su tiempo de incapacidad o enfermedad ocasionadas, de ese modo quedando ese vacío donde se ve notoriamente vulnerado el feto; además, en su último inciso y de una gran relevancia manifiesta que “no serán punibles las lesiones derivadas de acciones que se dirijan en cumplimiento del principio de necesidad”, es así, que los profesionales actúan de acuerdo al estado de necesidad que requiera la paciente, ya que, al ponderar los bienes jurídicos protegidos, siempre va a prevalecer la jerarquía de los mismos, es decir, que prevalece el derecho a la vida sobre el derecho a la integridad personal, por ende, se elimina la antijuricidad del acto.

4.3.6. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

Es importante hacer mención que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el cual fue publicado en el Registro Oficial n°737 el 3 de enero

del año 2003, al ser el cuerpo normativo específico en la materia, en su artículo 2 establece lo siguiente:

Art. 2.- Sujetos protegidos. - Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 1).

Es así como, el cuerpo normativo presente dentro de los sujetos protegidos por el cuerpo legal establece e incluye la protección al que está por nacer desde su concepción, entonces, en la legislación nacional el Estado les otorga la mayor protección bajo el principio de interés superior del niño, así mismo, el principio mencionado implica un estándar objetivo de cumplimiento de derechos que no puede estar otorgado a la subjetividad de cada persona.

Igualmente, dentro del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 20 menciona, inciso primero el derecho fundamental de la vida hacia el que está por nacer, es así que tenemos:

Art. 20.- Derecho a la vida. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 4).

Aunado a esto, el derecho a la vida al ser la puerta de acceso a los demás derechos fundamentales es de protección obligada e inmediata por

parte del Estado, y más, si se trata de seres vivos tan delicados y los cuales necesitan máxima protección como es el feto; sin embargo, dentro de este cuerpo normativo no se menciona nada al respecto de las lesiones que se causaren al feto y su posterior sanción al sujeto activo de la conducta delictiva, no obstante, este cuerpo normativo si tiene el espíritu de protección al feto.

4.3.7. Código Civil

El Código Civil, el cual fue publicado en el Registro Oficial Suplemento 46, el día 24 de junio del 2005, en su artículo 60, el mismo que hace mención al principio de la existencia de las personas, reza lo siguiente:

Art. 60.- El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre.

La criatura 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 criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo. (Código Civil, 2005, pág. 21).

En ese mismo contexto, el cuerpo normativo de estudio establece que para que se fije el principio de existencia legal de una persona, es necesario que el nuevo ser haya sido separado completamente de su madre, pues, quienes no llegaron a efectivizar el nacimiento, para nuestra legislación, no

han existido jamás. Es así, que existe vida desde que el principio vital anima a un cuerpo, es decir, desde el momento en que se unen alma y cuerpo para formar esta sustancia compuesta que es el hombre, no obstante, la personalidad jurídica la adquiere al momento de nacer con vida. Para concluir es necesario mencionar que, si bien éste artículo menciona que la personalidad jurídica se adquiere al nacer, también hay que mencionar que el concebido no nacido al ser protegido por mandato constitucional en el artículo 45, adquiere derechos tanto a la vida como a la protección, entonces, como la atribución de personalidad jurídica supone el reconocimiento de una persona como sujeto de derechos y obligaciones, el Código civil debe ir en sintonía y bajo el mandato constitucional, con la finalidad de esclarecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma.

Al mismo tiempo, el artículo 61 del Código Civil protege al que está por nacer, el mismo que determina lo siguiente:

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

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. (Código Civil, 2005, pág. 21).

En tal sentido, el espíritu de protección de éste cuerpo legal es evidente, a pesar de su antigüedad, pero, al ser un ordenamiento netamente civil, el juez, no cuenta con las facultades necesarias para poder llegar a regular las violaciones a la vida e integridad del feto, y como es notorio, tampoco puede llegar a determinar una pena; además, resulta necesaria una reforma que abarque más protección al feto, pues, los diferentes cuerpos jurídicos que se encuentran vigentes en Ecuador no son suficientes, ya que, no garantizan en su totalidad la vida e integridad del feto. Para concluir, debemos recordar que actualmente la vida humana empieza desde la concepción según mandato constitucional y así debería ser entendida por el Código Civil para los respectivos efectos a determinar que tiene derechos personalísimos, todo esto, sin perjuicio de lo establecido por las respectivas normas jurídicas que suspendan el ejercicio de derechos patrimoniales hasta que se produzca el nacimiento.

4.3.8. Ley Orgánica de Salud

La Ley Orgánica de la Salud, publicada en el Registro Oficial Suplemento 423 el día 22 de diciembre del 2006, establece menciones importantes sobre la salud, de esa forma, en su artículo 3 establece lo siguiente:

Art. 3.- 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 inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado

de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables. (Ley Orgánica de la Salud, 2006, pág. 2).

Aunado a esto, la Ley Orgánica de la Salud nos otorga información importante sobre la salud, ya que, la salud no hace referencia únicamente al bienestar físico, sino, la misma busca el bienestar completo de la persona, pues va a depender de ello para un adecuado y digno desarrollo de la persona en la sociedad, por lo tanto, al hablar de lesiones es notorio que la misma va a traer consigo la afectación a un normal desenvolvimiento diario en la sociedad, y más, si se habla de lesiones al feto, pues las lesiones hacia el feto pueden ser mortales o directamente afectar su normal desarrollo dentro de la madre.

Así mismo es preciso mencionar sobre los deberes que tiene el Estado en relación con la salud, en éste sentido el artículo 7 literal b menciona: “b) Acceso gratuito a los programas y acciones de salud pública, dando atención preferente en los servicios de salud públicos y privados, a los grupos vulnerables determinados en la Constitución Política de la República” (Ley Orgánica de la Salud, 2006, pág. 4). En este sentido nos menciona sobre el deber que tiene el Estado frente al acceso a programas y acciones de salud pública y privada, ya que bajo el principio universal de acceso a la salud y cobertura universal implica que todas las personas y comunidades tengan acceso, aunado al tema de tesis es responsabilidad del Estado por medio del Ministerio de Salud garantizar a las personas más vulnerables el acceso

cuando se trata de lesiones a la mujer embarazada y en especial protección al feto.

Al respecto sobre la salud sexual el Estado es responsable y reconoce la mortalidad materna, como una problemática social, por ende, el artículo 21 menciona: “El Estado reconoce a la mortalidad materna, al embarazo en adolescentes y al aborto en condiciones de riesgo como problemas de salud pública” (Ley Orgánica de la Salud, 2006, pág. 7). De eso se desprende que la mortalidad materna tiene relación con lo concerniente a defunciones fetales en Ecuador durante los años 2009 a 2020 fueron un total de 20.932 casos, datos que nos otorga el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, donde entre las causales se encuentran enfermedades, estados morbosos o lesiones que causaron la muerte o que contribuyeron a ella y las circunstancias del accidente o de la violencia que produjo dichas lesiones.

Igualmente, acerca de los establecimientos sujetos al control sanitario el artículo 177 en su inciso 2 menciona: “Es responsabilidad de la autoridad sanitaria nacional, expedir normas y controlar las condiciones higiénico sanitarias de establecimientos de servicios de atención al público y otros sujetos a control sanitario, para el otorgamiento o renovación del permiso de funcionamiento” (Ley Orgánica de la Salud, 2006, pág. 31). Es así que el Estado a través de la autoridad sanitaria nacional expedirá normas y controlará las condiciones higiénicas para otorgar el permiso de funcionamiento para poder garantizar un sistema de salud eficiente y eficaz. Enfatizando con la temática de la tesis es responsabilidad de la autoridad

sanitaria que los establecimientos tengan las condiciones para poder prestar servicios de calidad, eficiencia y eficaz a la mujer embarazada y así preservar la integridad tanto de la madre como la del feto.

Al hablar de lesiones al feto es imprescindible mencionar la negligencia médica, debido a que va a tener como sujetos activos principalmente los profesionales de la salud, es por ello, que, en su artículo 199, establece lo siguiente:

Art. 199.- Corresponde a la autoridad sanitaria nacional la investigación y sanción de la práctica ilegal, negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia en el ejercicio de las profesiones de la salud, sin perjuicio de la acción de la justicia ordinaria. (Ley Orgánica de la Salud, 2006, pág. 33).

En efecto, la Ley Orgánica de la Salud establece ya una regulación en caso de producirse una negligencia médica, donde menciona que la autoridad correspondiente es la de sanidad nacional, la misma que le compete la investigación como la de sanción en caso de negligencia, ahora, al hablar de acciones de negligencia contra el feto es entrar a un tema muy delicado, pues la vida e integridad depende del buen accionar profesional, es decir, de acciones profesionales derivadas del conocimiento para lo cual fueron específicamente preparados.

Acerca de las sanciones a servidores públicos y privados en materia de salud, el artículo 237 nos reza lo siguiente: “Las infracciones en materia de salud serán sancionadas de conformidad con las disposiciones contenidas en esta Ley y sus reglamentos, sin perjuicio de las sanciones civiles, administrativas y penales a que hubiera lugar” (Ley Orgánica de la Salud, 2006, pág. 37). Con respecto a las sanciones administrativas que describe la ley Orgánica de la Salud imponibles a los médicos se encuentran desde multas leves a muy graves, las mismas que se resuelven con multas que pueden llegar a 20 salarios básicos unificados y la suspensión de la licencia para la mala práctica médica hasta dos años. muy distinto e independientemente de las sanciones que en materia penal se pueda llevar a cabo, aunado al tema de investigación es necesario acotar que los médicos que infrinjan el delito de lesiones al feto, éstas tendrán tanto sanciones administrativas como penales.

4.3.9. Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia

Si hablamos de servicios a la mujer embarazada, debemos mencionar a la Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia, la cual fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 349 el día 5 de septiembre del año 2006, la cual en su artículo 1 manifiesta:

Art. 1.- Toda mujer tiene derecho a la atención de salud gratuita y de calidad durante su embarazo, parto y post-parto, así como al acceso a programas de salud sexual y reproductiva. De igual manera se otorgará sin costo la atención de salud a los recién nacidos-nacidas y niños-

niñas menores de cinco años, como una acción de salud pública, responsabilidad del Estado. (Ley de Maternidad Gratuita y Atención a Infancia, 2006, pág. 1).

Es así como, la presente ley de estudio manifiesta la clara y necesaria protección y de manera gratuita durante el embarazo, debido a su estado delicado, pues, la salud constituye no solamente satisfacer las necesidades humanas básicas de subsistencia y protección; si no que también, la misma posee la capacidad de potenciar la satisfacción de diferentes necesidades básicas como son la creación, identidad y libertad. La importancia de una atención de calidad y gratuita garantizaría en un porcentaje muy alto la vida e integridad, pues, muchas de las muertes de las mujeres en estado de gestación podrían evitarse si las mismas tuvieran libertad para determinar su propia salud en su propia familia, comunidad y sociedad, para lo cual es de suma importancia que se les proporcione los medios adecuados y la atención necesaria y de calidad para asegurar un pleno embarazo y el parto tenga el menor riesgo posible y así pueda nacer un nuevo ser humano sano y desarrollado.

4.4. Derecho Comparado

4.4.1. Código Penal de España

El Código Penal de España, contiene tipificado el delito de lesiones al feto desde el año 1995, es así, que en su artículo 157 establece:

Artículo 157. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años. (Código Penal de España, 1995, pág. 66).

En efecto, desde el año de 1995 el Código Penal empezó a proteger al feto a raíz de la tipificación del delito de lesiones al feto y así eliminar la desprotección de la salud e integridad del no nacido. Es importante mencionar que este artículo tipifica el delito de lesiones al feto cuando la acción se la haya realizado de manera dolosa, en este sentido, el legislador ha otorgado una pena agravada, la misma que en su fundamento se encuentra que el deber objetivo de cuidado, cuya infracción agrava el desvalor de acción de su conducta. En comparación con la legislación ecuatoriana no existe delito que específicamente proteja los bienes jurídicos tanto de salud como integridad del feto.

Así mismo, el Código Penal de España en su artículo 158, establece:

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

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

La embarazada no será penada a tenor de este precepto. (Código Penal de España, 1995, pág. 67).

Al respecto, el Código Penal Español en el artículo 158 establece la tipificación de delito de lesiones al feto por imprudencia, de ésta manera abarca las conductas típicas que realizan los profesionales sanitarios, ya que, son los casos más frecuentes por su actividad cotidiana, pero no quiere decir que el sujeto activo sea especial el profesional de la salud, sino que es general. Además, es importante mencionar que en éste artículo la mujer tiene un tratamiento diferenciado sobre las lesiones imprudentes, pues no hay imputación a título de culpa para ella, es decir, que el legislador ha diferenciado entre la protección de la salud e integridad del feto con la independiente razón de reproducción de la mujer. Igualmente, en la legislación ecuatoriana no existe ningún delito en específico que proteja al feto sobre cualquier lesión por título de culpa.

4.4.2. Código Penal de Colombia

En la legislación colombiana, en su Código Penal Ley 599-2000, en el artículo 125, establece:

Artículo 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 dos (2) a cuatro (4) años.

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. (Código Penal de Colombia, 2000, pág. 35).

Por lo tanto, podemos evidenciar que el Código Penal de Colombia al igual que el Código Penal de España tipifican el delito de lesiones al feto en título tanto doloso como culposo, es así, que el artículo 125 antes mencionado establece el delito en su título doloso, por ende, el alto tribunal de Colombia ha mencionado que para que sea modalidad dolosa, es necesario, que el autor conozca los hechos constitutivos de la infracción penal, quiera y realice el comportamiento lesivo, o bien, que prevea como probable el resultado dañino y deje su ocurrencia librada al azar, es así, que toma como sujeto activo de manera general a cualquier persona, pero su sanción como es de manera dolosa va desde 2 a 4 años de prisión. Al comparar con la legislación ecuatoriana surge una gran laguna debido al vacío legal que el cuerpo normativo penal tiene con respecto a la protección a la salud e integridad del feto.

Al mismo tiempo, el artículo 126 del Código Penal de Colombia, reza:

Artículo 126. Lesiones culposas al feto. Si la conducta descrita en el Artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años.

Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término. (Código Penal de Colombia, 2000, pág. 35).

En ese mismo contexto, el artículo 126 del Código Penal de Colombia, establece el delito de lesiones al feto en título de culpa, además, el alto tribunal en Colombia ha establecido que para que se de esta modalidad en culpa, el daño ocasionado debe violar el deber objetivo de cuidado por parte del sujeto activo, la misma que debe surgir de una conducta imprudente, negligente, impericia, inexperta o violatoria de los reglamentos; en comparación con la legislación ecuatoriana la norma penal no establece éste tipo de delito de lesiones al feto ni en su manera dolosa ni culposa.

4.4.3. Código Penal de El Salvador

El Código Penal de El Salvador, en su artículo 138, reza:

Art. 138.- El que ocasionare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provocare en el mismo una grave tara física o psíquica, será sancionado con prisión de uno a diez años, según la gravedad de la mismas. (Código Penal de El Salvador, 1998, pág. 36).

Entonces, la legislación de El Salvador ha considerado pertinente tipificar el delito de lesiones al no nacido, donde el artículo mencionado anteriormente hace mención especial a la modalidad dolosa, donde el bien jurídico protegido es la integridad física y la salud al feto, y con respecto al sujeto activo determina que puede ser cualquiera, es importante mencionar que en cuanto al sujeto pasivo, la legislación de El Salvador lo entiende como el feto al óvulo a partir de la anidación y el ser desarrollado de esta etapa hasta el nacimiento, además, establecen que aquellas conductas agresivas contra el óvulo fecundado antes de su anidación sólo podrán ser castigadas como delito de manipulación genética. En comparación con la legislación ecuatoriana, no existe tipificación que proteja directamente el bien jurídico de vida e integridad al feto, no obstante, en el artículo 214 si establece el delito donde se prohíbe la manipulación genética de genes humanos que tengan como finalidad diferente a la de prevenir p combatir una enfermedad.

Igualmente, el artículo 139 del Código Penal de El Salvador, establece el delito de lesiones culposas en el no nacido, por lo que reza lo siguiente:

Art. 139.- El que culposamente ocasionare las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

La embarazada no será penada al tenor de este precepto. (Código Penal de El Salvador, 1998, pág. 36).

En tal sentido, el artículo anteriormente establecido determina el título de culposo, ya que estipula como sujeto activo a cualquier persona, exceptuando a la madre gestante, además, que la modalidad culposa sin importar el agente que cometa dicha acción, así sea en modalidad ordinaria como la de un profesional de salud, lo toma como circunstancias que no agravan la pena. En comparación con la legislación del Ecuador, el cuerpo normativo ecuatoriano no contiene tipificado el delito de lesiones al feto ni tan siquiera en la modalidad de culpa, no obstante, la tipificación en la línea de la evolución como sociedad es inminente.

4.4.4. Código Penal de Nicaragua

El Código Penal de Nicaragua en el año 2008 en el día 05 de mayo, se publicó en el diario oficial la Gaceta de Nicaragua, la Ley N° 641 aprobó el nuevo Código Penal de Nicaragua, en el cual contempla el delito de lesiones al no nacido en su modalidad tanto dolosa como culposa, es así, que en el artículo 148 establece lo siguiente:

Art. 148. De las lesiones en el que está por nacer: El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave y permanente lesión física o psíquica, será castigado con pena de prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios

ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.
(Código Penal de Nicaragua , 2008, pág. 45).

En efecto, el Código Penal de Nicaragua establece el delito de lesiones dirigido al no nacido, es decir al nasciturus, el mismo que tipifica el delito de lesiones al no nacido en su modalidad dolosa, entonces tenemos que ésta legislación ubica al sujeto pasivo de manera general al no nacido, y sujeto activo de manera general, sancionando con una pena de prisión establecida de dos a cinco años y aclara que como son actuaciones cotidianas de los profesionales de la salud el tratar a mujeres embarazadas durante su etapa de embarazo, los sanciona además de la pena de prisión con inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años. Comparando con la legislación ecuatoriana no existe delito tipificado para proteger ni al no nacido y ni mucho menos protección desde la etapa de feto.

Igualmente, en el artículo 149 del Código Penal de Nicaragua determina el delito de lesiones al no nacido en su modalidad culposa, es así que reza:

Art. 149. Lesiones imprudentes en el que está por nacer Quien por imprudencia temeraria ocasione en el no nacido las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado con pena de uno a dos años de prisión e inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer cualquier profesión médica o sanitaria, o para prestar servicios de toda

índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos públicos o privados, por tiempo de uno a cinco años. La embarazada no será penada al tenor de este precepto. (Código Penal de Nicaragua , 2008, pág. 45).

Aunado a esto, es importante mencionar que el artículo 149 mencionado, establece y tipifica el delito en su modalidad culposa, el mismo que establece como sujeto activo a cualquier persona de manera general, pero que realice las acciones por imprudencia temeraria, ocasionando lesiones que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave y permanente lesión física o psíquica; en ese sentido, el mismo cuerpo normativo en su artículo 154 establece agravantes por lesiones imprudentes, de igual manera, éste delito tiene como sujeto pasivo al no nacido, es decir al nasciturus de manera general. Comparando con la legislación ecuatoriana, la misma no establece un delito para proteger ni al no nacido de manera general ni de manera específica al feto.

4.4.5. Cuadro Comparativo de los elementos del tipo penal del delito de lesiones al no nacido-feto entre las legislaciones de Nicaragua, El Salvador, Colombia, España, y Ecuador.

No.	ELEMENTOS DEL TIPO PENAL		Código Penal de Nicaragua		Código Penal de El Salvador	
			Delito: Art. 148. De las lesiones en el que está por nacer	Delito: Art. 149. Lesiones imprudentes en el que está por nacer	Delito: Art. 138. Lesiones en el no nacido	Delito: Art. 139. Lesiones culposas en el no nacido
1	OBJETIVIDAD JURÍDICA		Proteger la integridad física y psíquica	Proteger la integridad física y psíquica	Proteger la integridad física y psíquica	Proteger la integridad física y psíquica
2	SUJETO ACTIVO	General	El que	Quien	El que	El que
		Especial				
3	SUJETO PASIVO	General				
		Especial	el que está por nacer	el que está por nacer	No Nacido	No Nacido
4	ASPECTO SUBJETIVO		Dolo	Culpa	Dolo	Culpa
5	ASPECTO OBJETIVO	Verbo Rector	Causar	Ocasionar	Ocasionar	Ocasionar
		Otros Aspectos complementarios	una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave y permanente lesión física o psíquica.	una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave y permanente lesión física o psíquica.	una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica.	una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica.
6	RESULTADOS		Daño	Daño	Daño	Daño
7	OBJETO DE LA ACCIÓN		Ser Humano	Ser Humano	Ser Humano	Ser Humano
8	PRECEPTO LEGAL		LIBRO SEGUNDO; TÍTULO I; CAPÍTULO II; Art. 148	LIBRO SEGUNDO; TÍTULO I; CAPÍTULO II; Art. 149	LIBRO SEGUNDO; TÍTULO I; CAPÍTULO II; Art. 138	LIBRO SEGUNDO; TÍTULO I; CAPÍTULO II; Art. 139
9	SANCIÓN	Pena Privativa de Libertad	dos a cinco años de p.p.l	uno a dos años de p.p.l	uno a diez años de p.p.l	multa de cincuenta a cien días.
		Formas Atenuadas	Ninguna	Ninguna	Ninguna	Ninguna
		Formas Agravadas	inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.	inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer cualquier profesión médica o sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos públicos o privados, por tiempo de uno a cinco años.	Ninguna	Ninguna
		Otras Disposiciones del Tipo Penal	Ninguna	La embarazada no será penada al tenor de este precepto.		La embarazada no será penada al tenor de este precepto.

Fuente: Código Penal de Nicaragua-Código Penal de El Salvador

Fecha: 13/07/2021

Autor: Dennis Fabián Narváez Celi

No.	ELEMENTOS DEL TIPO PENAL		Código Penal de Colombia		Código Penal de España	
			Delito: Artículo 125. Lesiones al feto	Delito: Artículo 126. Lesiones culposas al feto	Delito: Art. 157. De las lesiones al feto	Delito: Art. 158. De las lesiones al feto
1	OBJETIVIDAD JURÍDICA		Proteger la integridad física y psíquica	Proteger la integridad física y psíquica	Proteger la integridad física y psíquica	Proteger la integridad física y psíquica
2	SUJETO ACTIVO	General	El que	Quien	El que	El que
		Especial				
3	SUJETO PASIVO	General				
		Especial	Feto	Feto	Feto	Feto
4	ASPECTO SUBJETIVO		Dolo	Culpa	Dolo	Culpa
5	ASPECTO OBJETIVO	Verbo Rector	Causar	Realizar	Causar	Cometer
		Otros Aspectos complementarios	daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo	daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo	lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica	lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica
6	RESULTADOS		Daño	Daño	Daño	Daño
7	OBJETO DE LA ACCIÓN		Ser Humano	Ser Humano	Ser Humano	Ser Humano
8	PRECEPTO LEGAL		LIBRO SEGUNDO; TÍTULO I; CAPÍTULO QUINTO; Art. 125	LIBRO SEGUNDO; TÍTULO I; CAPÍTULO QUINTO; Art. 126	LIBRO SEGUNDO; TÍTULO IV ; Art. 157	LIBRO SEGUNDO; TÍTULO IV ; Art. 158
9	SANCIÓN	Pena Privativa de Libertad	dos a cuatro años de p.p.l	de uno a dos años de p.p.l	uno a cuatro años de p.p.l	pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.
		Formas Atenuadas	Ninguna	Ninguna	Ninguna	Ninguna
		Formas Agravadas	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.	Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.	inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.	Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.
		Otras Disposiciones del Tipo Penal	Ninguna	Ninguna	Ninguna	La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

Fuente: Código Penal de Colombia-Código Penal de España

Fecha: 13/07/2021

Autor: Dennis Fabián Narváez Celi

		Código Orgánico Integral Penal-Ecuador	
No.	ELEMENTOS DEL TIPO PENAL		Delito: Art. 152. Lesiones
1	OBJETIVIDAD JURÍDICA		Proteger la integridad física y psíquica
2	SUJETO ACTIVO	General	La persona
		Especial	
3	SUJETO PASIVO	General	Otra persona
		Especial	
4	ASPECTO SUBJETIVO		Dolo
5	ASPECTO OBJETIVO	Verbo Rector	Lesionar
		Otros Aspectos complementarios	una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave y permanente lesión física o psíquica.
6	RESULTADOS		Daño
7	OBJETO DE LA ACCIÓN		Ser Humano
8	PRECEPTO LEGAL		LIBRO PRIMERO; TÍTULO IV; CAPÍTULO SEGUNDO; SECCIÓN SEGUNDA; Art. 152
9	SANCIÓN	Pena Privativa de Libertad	de treinta a sesenta días de p.p.l
			de dos meses a un año de p.p.l
			de uno a tres años de p.p.l
			de tres a cinco años de p.p.l
		de cinco a siete años de p.p.l	
	Formas Atenuadas		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
	Formas Agravadas		Si la lesión se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista para cada caso, aumentada en un tercio.
	Otras Disposiciones del Tipo Penal		Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146. 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.

Fuente: Código Orgánico Integral Penal de Ecuador

Fecha: 13/07/2021

Autor: Dennis Fabián Narváez Celi

Análisis:

Al mismo tiempo, es necesario realizar un análisis comparativo entre las diferentes legislaciones con la legislación ecuatoriana, en este sentido, en el primero cuadro tenemos la legislación de Nicaragua, en su Código Penal, el cual tipifica el delito de las lesiones en el que está por nacer, bajo las modalidades de dolo y culpa, en sus artículos 148 y 149, donde ubica como objeto jurídico protegido la integridad física y psíquica, como sujeto activo de forma general a cualquier persona, como sujeto pasivo determina al que está por nacer, así mismo determina que el aspecto subjetivo de este delito puede ser por dolo y culpa, y en cuanto a la sanción de pena privativa de libertad para la modalidad de dolo sanciona de dos a cinco años más sus gravantes, y en su modalidad de culpa determina la sanción de uno a dos años de pena privativa de libertad más sus agravantes, y además deja fuera a la mujer embarazada como posibilidad de sanción. Dentro del primer cuadro comparativo se encuentra la legislación de El Salvador, en su Código Penal, en sus artículos 138 y 139, el cual tipifica el delito de lesiones al no nacido, bajo sus modalidades de dolo y culpa, en este sentido, ubica como objeto jurídico protegido a la integridad física y psíquica, señala al sujeto activo de manera general a cualquier persona, como sujeto pasivo establece al no nacido, así mismo establece como aspecto subjetivo al dolo y culpa, y en cuanto a la sanción bajo la modalidad de dolo establece la sanción privativa de libertad de uno a diez años, y para la modalidad de culpa establece multa de cincuenta a cien días de pena privativa de libertad, exceptuando a la mujer embarazada de la sanción.

En el segundo cuadro se establece la comparación entre la legislación de Colombia y la legislación de España sobre el delito de lesiones del feto, como primero tenemos la legislación de Colombia, la misma que en su Código Penal, en sus artículos 125 y 126 establece el delito de lesiones al feto bajo sus modalidades tanto dolosa como culposa, ubica como objeto jurídico a la integridad física y psíquica, señala como sujeto activo a cualquier persona de manera general, como sujeto pasivo lo ubica al feto, dentro del aspecto subjetivo ubica tanto al dolo como la culpa, como sanción establece que bajo la modalidad de dolo determina una sanción dos a cuatro años de pena privativa de libertad y demás agravantes, y bajo la modalidad de culpa tendrá una sanción de uno a dos años de pena privativa de libertad y demás agravantes. Así mismo, la legislación de España, en su Código Penal, en sus artículos 157 y 158, tipifican el delito de lesiones al feto, bajo sus modalidades de dolo y culpa, donde como objeto jurídico protegido se encuentra la integridad física y psíquica, así mismo ubica como sujeto activo de manera general a cualquier persona, como sujeto pasivo determina al feto, dentro del aspecto subjetivo establece tanto al dolo como la culpa, en cuanto a la sanción que determina, tenemos que bajo la modalidad de dolo establece una sanción de uno a cuatro años de pena privativa de libertad y demás agravantes, y en cuanto a la modalidad de culpa establece la sanción de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses y demás agravantes.

Como tercer cuadro tenemos el delito de lesiones tipificado en el Código Orgánico Integral Penal de la legislación ecuatoriana, la misma que en su artículo 152 establece el delito de lesiones, donde como objeto jurídico

protegido se encuentra la integridad física y psíquica, como sujeto activo establece de manera general a cualquier persona, como sujeto pasivo establece de manera general a otra persona, dentro del aspecto subjetivo determina al dolo, y como sanción establece diversas sanciones de pena privativa de libertad bajo las reglas establecidas en el artículo 152, es así que sanciona de treinta a sesenta días, de dos meses a un año, de uno a tres años, de tres a cinco años, y de cinco a siete años, las mismas que contendrán atenuantes como agravantes. De esta manera queda establecida la diferencia entre las legislaciones que tipifican el delito de lesiones al feto y la legislación ecuatoriana que solo tipifica el delito de lesiones para otra persona de manera general, es así, que es latente la necesidad de tipificar el delito de lesiones al feto, puesto que al ser el Estado garantista de derechos debe proteger al feto y así resolver un vacío legal existente para de esta manera salvaguardar la salud e integridad física y psíquica del feto.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales Utilizados

Para la elaboración del proyecto de vinculación, los materiales utilizados para la realización del presente trabajo de investigación jurídica que permitieron desarrollar y dirigir la tesis de grado tenemos las siguientes fuentes bibliográficas: Obras jurídicas, leyes nacionales y extranjeras, obras científicas, artículos científicos, manuales, diccionarios, ensayos, revistas jurídicas y páginas web de los organismos de justicia de diversos Estados,

que se encuentran citadas de manera correcta y que forman parte de las fuentes bibliográficas de la tesis.

Entre los materiales se encuentran: Cuaderno de apuntes, 2 esferos, 1 lápiz, 1 laptop, 1 teléfono celular, conexión a internet, impresora, hojas de papel bond, fotocopias, impresión de borradores de tesis, anillados, y empastados de la obra.

5.2. Métodos

En el proceso de la investigación Socio – Jurídico, se aplicaron los siguientes métodos:

Método Científico: Es un método que nos va a ayudar a adquirir nuevos conocimientos y así llegar a la verdad del problema determinado; en el presente trabajo de investigación se utilizó éste método para el análisis de las obras tanto jurídicas como científicas, las mismas que se encuentran desarrollados tanto en el Marco Conceptual como Marco Doctrinario, todo esto dentro de la Revisión de Literatura del proyecto, donde todos los datos constan en las citas y bibliografía correspondiente.

Método Inductivo: Es un método utilizado para sacar conclusiones de manera general partiendo de hechos particulares; dentro del proyecto de investigación se utilizó éste método para describir la necesidad de tipificar el tipo penal de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, para lo cual, se inició desde el enfoque nacional para posteriormente abarcar el ámbito internacional, y de ésta manera poder obtener diversidad de enfoques doctrinales de otros países, todo ello, con la finalidad de enfatizar en la

necesidad de tipificar el delito de lesiones al feto; este método fue aplicado en la Revisión de Literatura.

Método Deductivo: Es un método que hace referencia al pensamiento o razonamiento, el mismo que abarca desde una premisa general para poder llegar a una premisa particular; el mismo, que fue aplicado al momento de analizar el delito de lesiones al feto a nivel internacional, lo cual dio paso a identificar las falencias y vacíos que tiene nuestra legislación en materia penal para la protección de la salud e integridad del feto. Este método fue aplicado en la Revisión de Literatura.

Método Analítico: Es un método que permite descomponer un todo para sacar partes y así poder determinar sus causas, naturaleza y efectos; éste método de investigación permitió analizar el problema, así como también al realizar el análisis a posteriori de cada cita que consta en la Revisión de Literatura, publicando el respectivo comentario, es decir en el marco conceptual, marco doctrinario, jurídico y derecho comparado, también fue utilizado al realizar el correspondiente análisis e interpretación de los resultados y entrevistas.

Método Exegético: Es un método de interpretación, el cual sirve para estudiar los textos legales e interpretar la forma en la que fueron redactadas la ley por parte del legislador; es así, que para el presente proyecto de investigación fueron utilizadas las siguientes: Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Código Civil, Ley Orgánica de la Salud, Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia.

Método Hermenéutico: Es un método que ayuda a esclarecer e interpretar textos jurídicos que se encuentren confusos y de esa manera dar un significado claro, con la finalidad de entender el sentido claro de lo que la norma establece, éste método fue utilizado en el presente proyecto de investigación para la interpretación de normas jurídicas, dentro del Marco Jurídico.

Método Mayéutica: Es un método que busca esclarecer la verdad, a través de la realización de interrogantes, con el objetivo de buscar mayor información. Este método fue aplicado en la elaboración de banco de preguntas para la realización tanto de encuestas como de entrevistas dirigidas a profesionales de la materia.

Método Comparativo: Es un método que permite establecer tanto similitudes como diferencias entre uno o más fenómenos. Este método fue aplicado en el presente proyecto de investigación para el desarrollo del Derecho Comparado, donde se contrastó la realidad de la legislación ecuatoriana con respecto a la tipificación del delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, con el Código Penal de España, Código Penal de Colombia, Código Penal de El Salvador, y el Código Penal de Nicaragua, los mismo que sirvió para adquirir mayor información y así poder reforzar la fundamentación del mismo.

Método Estadístico: Es un método que permite realizar procedimientos que manejen tanto datos cuantitativos como cualitativos dentro de una investigación. Este método fue aplicado dentro del presente proyecto de

investigación al momento de aplicar tanto la Entrevista como Encuesta, realizando la tabulación, los cuadros estadísticos, las representaciones gráficas, y de esa manera obtener resultados de la investigación.

Método Sintético: Es un método que tiene como objeto resumir los aspectos de mayor relevancia de lo analizado, es decir, que usa el análisis como un medio para llegar a su objetivo. Dentro de éste proyecto de investigación, el método fue utilizado para el desarrollo del trabajo de investigación, con la discusión de la verificación de objetivos, contrastación de hipótesis y fundamentación jurídica del proyecto de reforma legal, aplicado al momento de emitir un criterio luego de realizar un estudio minucioso de una temática.

Método Histórico: Es un método que permite el estudio de sucesos del pasado con la finalidad de encontrar las debidas causales necesarias ante las manifestaciones de las sociedades actuales. Este método fue aplicado para estudiar la historia de las lesiones en la legislación ecuatoriana a través de una reseña histórica, el mismo que fue desarrollado dentro del Marco Doctrinario.

5.3. Técnicas

Encuesta: Cuestionario que contiene preguntas y respuestas para reunir datos o para detectar la opinión pública sobre la problemática planteada. Desarrollado al momento de aplicar las 30 encuestas a los abogados en libre ejercicio y médicos que tienen conocimiento sobre la problemática planteada.

Entrevista: Consiste en un diálogo entre el entrevistador y el entrevistado sobre aspectos puntuales de la problemática de estudio, se aplicó a 10 profesionales especializados y conocedores de la problemática.

5.4. Observación Documental

Mediante la aplicación de este procedimiento se realizó el estudio de casos judiciales, sentencias, jurisprudencia, noticias que se han presentado en la sociedad en lo que concierne a la necesidad de la tipificación del delito de lesiones al feto a nivel de Ecuador y a nivel Internacional, con la finalidad de evitar que se vulneren los derechos a la salud e integridad física y psíquica del feto.

Dados los resultados de la investigación, los cuales surgieron de las tablas, gráficos y de manera discursiva con deducciones, con las respectivas interpretaciones, de las cuales se emiten su respectivo análisis de los criterios y datos específicos que tienen la finalidad de estructurar la Revisión de Literatura, verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, y para originar a las respectivas conclusiones y recomendaciones encaminadas a la solución de la problemática planteada.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de las encuestas

La presente técnica de encuesta fue aplicada a 30 profesionales, entre los cuales constan profesionales del Derecho de las ciudades de Loja y Catamayo, Profesionales de medicina general de la ciudad de Catamayo, y médicos legistas de la ciudad de Loja, en un cuestionario conformado por cinco preguntas, obteniendo los siguientes resultados:

Primera Pregunta: ¿Considera usted que la negligencia médica afecta a la integridad de la mujer embarazada y el feto?

Cuadro Estadístico

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	30	100%
No	0	0%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de las ciudades de Loja y Catamayo, Médicos de Medicina General de las ciudades de Catamayo, y Médicos Legistas de la ciudad de Loja

Autor: Dennis Fabián Narváez Celi



Interpretación:

En la presente pregunta 30 encuestados que representan el 100% señalan que si consideran que la negligencia médica afecta a la integridad de la mujer embarazada y el feto, porque manifiestan que la negligencia médica afecta la integridad de la mujer embarazada como del feto en sus ámbitos físico y psicológico, así mismo la negligencia puede llegar a tener como consecuencia la muerte del feto, además que debe tomarse en cuenta el resultado por el nexo causal, tomando en consideración la *lex artis*, también que la vida del feto es una vida igual de valiosa como la de todos y no debe tener menos derechos que los niños o adultos y por ende debe ser protegida, en el mismo enfoque la vida y la salud son derechos reconocidos por la constitución, además que el feto debe de gozar de los mismos derechos que todos los seres humanos, y por último manifiestan que es necesaria la reforma al Código Orgánico Integral Penal ya que no existen garantías legales de protección al feto; mientras que ninguna persona que corresponden al 0% manifiestan que no consideran que la negligencia médica afecta a la integridad de la mujer embarazada y el feto.

Análisis:

En la presente pregunta comparto las opiniones de la mayoría, porque evidentemente al ocasionarse la negligencia médica se vulneran los derechos directamente de la vida y salud tanto a las embarazadas como del feto consagrados en el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador al mencionar que el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción, además la gravedad de ocasionar

lesiones al feto ya sea por dolo o culpa por profesionales de la salud debe ser penalizada bajo una figura jurídica que proteja íntegramente al feto, así mismo la vida del feto debe tener el mismo valor de los demás y no ser gradual y darle más valor solamente a los seres vivos considerados como personas según el Código Civil en su artículo 60 ya que menciona que el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre.

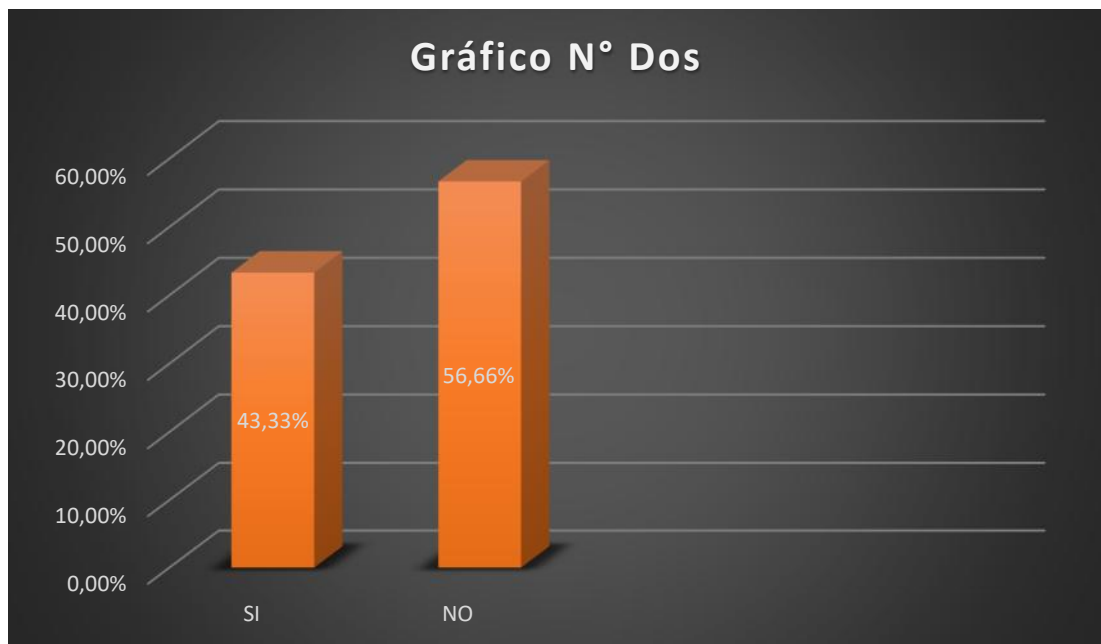
Segunda Pregunta: El inciso final del Art. 152 del COIP establece que no serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente, ¿Cree usted que no se cubre en su totalidad la vida y protección del feto?

Cuadro Estadístico

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	13	43.33%
No	17	56.66%
Total	30	99.9%

Fuente: Profesionales del Derecho de las ciudades de Loja y Catamayo, Médicos de Medicina General de las ciudades de Catamayo, y Médicos Legistas de la ciudad de Loja

Autor: Dennis Fabián Narváez Celi



Interpretación

En la presente pregunta 17 encuestados que representan el 56.66% señalan que, el inciso final del artículo 152 del Código Orgánico Integral Penal no cubre en su totalidad la vida y protección del feto, porque sólo existe disposición en la cual los médicos se amparan, además el inciso final del artículo 152 permite excluir la antijuricidad por el estado de necesidad, así mismo los médicos precautelan el bien jurídico que ellos creen conveniente sobre otro, aparte el último inciso deja abierto y a disposición de los médicos los actos correspondientes, también que existe el grave riesgo de afectar de una u otra forma la integridad del feto, es más no existen normas claras sobre las lesiones al feto, pero se debería tomar en consideración el criterio médico, del mismo modo el cuidado en el control del embarazo implica el cuidado al cigoto, embrión y feto, así mismo la norma debe abarcar a la totalidad de los seres humanos y la obligación de los profesionales de la salud es actuar conforme a la protección de la integridad de todos, así mismo que al no encontrarse

estipulado que no será punible la negligencia médica no se protege ni se garantiza el derecho a la vida y la salud de las personas desde la concepción, por último señalan que la protección a la madre y el feto no sólo depende del médico, sino también es responsabilidad del Estado que debe brindar un servicio de calidad; mientras que 13 personas que representan el 43.33% mencionan que el inciso final del artículo 152 si cubre en su totalidad la vida y protección del feto, porque los profesionales son servidores instruidos y tienen la suficiente experiencia y conocimiento para brindar una atención de calidad, así mismo que los médicos al realizar algún acto no tienen la intención de hacer daño, aparte que el médico procede bajo el principio de necesidad, en aras de salvar una vida, por otro lado el objetivo como profesionales médicos siempre va a ser salvaguardar la vida tanto de la madre y el feto por lo que al causar un acto como negligencia médica, primero se debe calificar la atención médica como tal, por último manifiestan que puede haber errores propios del feto, el cual puede estar fuera de control en los inicios del embarazo.

Análisis

En la presente pregunta comparto las opiniones de la mayoría, porque el último inciso del artículo 152 del Código Orgánico Integral Penal deja carta blanca a la interpretación de los médicos sobre el bien jurídico que bajo el principio de ponderación deben salvaguardar el bien jurídico que ellos creen conveniente, así mismo los profesionales actúan de acuerdo al estado de necesidad que requiera el paciente, y así al ponderar los bienes jurídicos protegidos siempre va a prevalecer la jerarquía de los mismos, o sea, que prevalece el derecho a la vida sobre el derecho a la integridad personal, por

ende elimina la antijuricidad del acto; también es importante mencionar que no existen leyes clara sobre las lesiones al feto, lo que conlleva a una confusión cuando se trate de sancionar el delito de lesiones que le ocasionen a feto, lo cual conllevaría a una impunidad en ésta clase de delitos; no estoy de acuerdo con la minoría porque aun cuando los profesionales son capacitados específicamente para tratar a la mujer embarazada y el feto, existe posibilidad de que los profesionales actúen de manera dolosa como culposa, además que el Código Civil en su artículo 63 establece que los derechos estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, entonces se estaría dando carta blanca para que queden impunes las lesiones al feto debido a su contradicción a los derechos que le otorga la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 45, pero hay que mencionar que la atribución de la personalidad jurídica supone el reconocimiento de una persona como sujeto de derechos y obligaciones.

Tercera Pregunta: Al no estar tipificado el delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, ¿Qué derechos constitucionales cree usted que se están vulnerando?

- a. Derecho a la Vida ()
- b. Derecho a la salud ()
- c. Derecho a la integridad personal ()

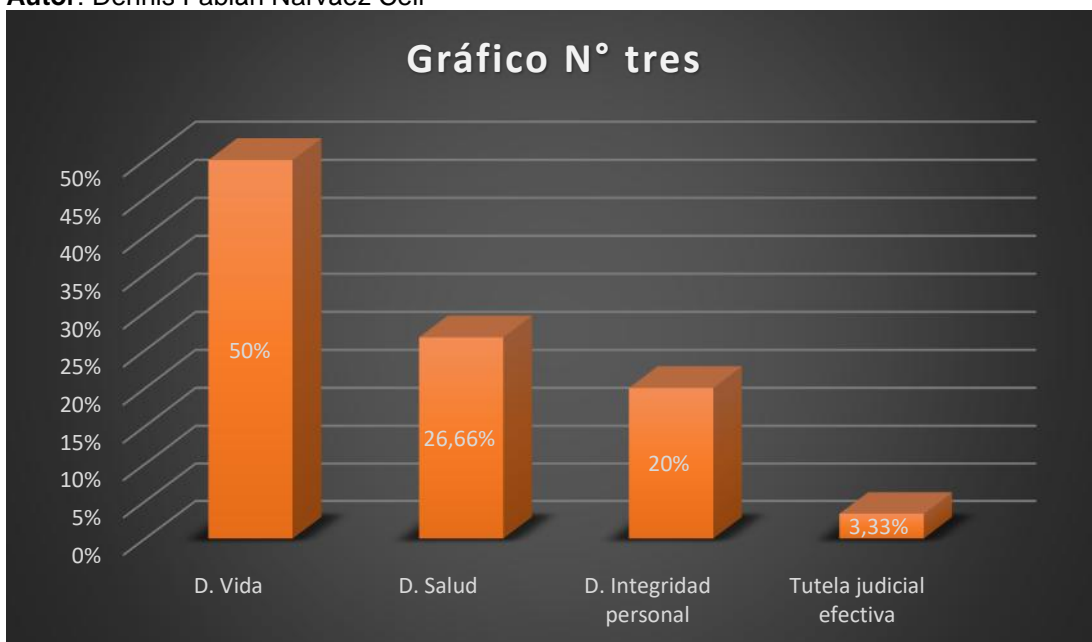
Otros:

Cuadro Estadístico

Indicadores	Variables	Porcentaje
Derecho a la vida	15	50%
Derecho a la salud	8	26.66%
Derecho a la integridad personal	6	20%
Tutela judicial efectiva	1	3.33%
Total	30	99.99%

Fuente: Profesionales del Derecho de las ciudades de Loja y Catamayo, Médicos de Medicina General de las ciudades de Catamayo, y Médicos Legistas de la ciudad de Loja

Autor: Dennis Fabián Narváez Celi



Interpretación

En esta pregunta de opción múltiple los encuestados seleccionaron los derechos que se vulneran al no estar tipificado el delito de lesiones al feto responden de la siguiente manera: Quince personas que equivalen al 50% eligieron la opción A relacionado al Derecho a la Vida, Ocho personas que corresponden al 26.66% escogieron la opción B relacionado al Derecho a la Salud, Seis personas que representan el 20% optaron por la opción C

relacionado al Derecho a la Integridad Personal, y finalmente Una persona que constituye el 3.33% manifestó que otro derecho vulnerado al no estar tipificado el delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal es el de la Tutela Judicial Efectiva.

Análisis

Respecto a esta pregunta comparto la opinión con el 50% de encuestados por el motivo que yo de igual manera considero que el derecho a la vida es el principal derecho constitucional que se está vulnerando al no estar tipificado el delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, puesto que el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción, y como es evidente el derecho a la vida es el principal derecho vulnerado. El 26.66% de los encuestados manifiestan que el derecho a la salud es el derecho Constitucional vulnerado al no estar tipificado el delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, opinión que igualmente comparto ya que el derecho a la salud también es vulnerado al ser un acto que perjudica de manera directa a la salud, el 20% de los encuestados eligieron que el derecho a la integridad personal es el derecho Constitucional vulnerado al no estar tipificado el delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, opinión que también comparto debido a que al hablar de un delito de lesión afecta directamente a la integridad personal, el 3.33% de los encuestados opinaron que el derecho de tutela judicial efectiva es otro derecho Constitucional vulnerado al no estar tipificado el delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, criterio que de igual manera

comparto debido a que la tutela al ser un derecho de protección del Estado ecuatoriano para los ciudadanos, el mismo que se encuentra estipulado en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, es de suma relevancia que el Estado tome medidas de protección hacia el feto.

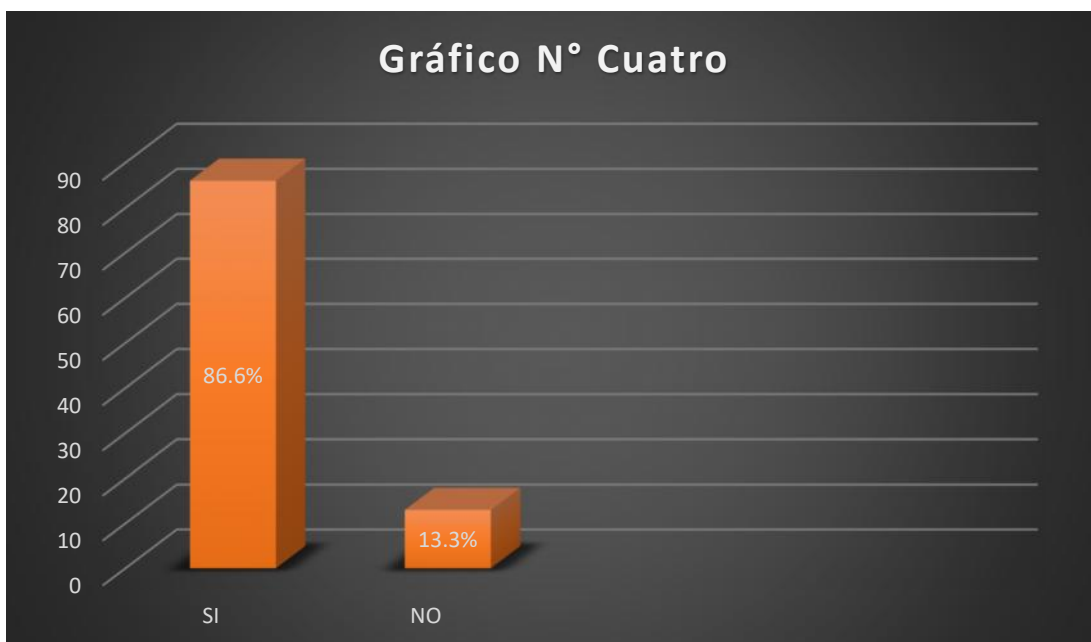
Cuarta Pregunta: ¿Está usted de acuerdo en garantizar los derechos de las mujeres embarazadas y el feto con la tipificación del delito de lesiones al feto por negligencia médica?

Cuadro Estadístico

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	26	86.6%
No	4	13.3%
Total	30	99.9%

Fuente: Profesionales del Derecho de las ciudades de Loja y Catamayo, Médicos de Medicina General de las ciudades de Catamayo, y Médicos Legistas de la ciudad de Loja

Autor: Dennis Fabián Narváez Celi



Interpretación

En la presente pregunta 26 encuestados que representan el 86.66% señalan que, si están de acuerdo en garantizar los derechos de las mujeres embarazadas y el feto con la tipificación del delito de lesiones al feto por negligencia médica, porque es un ser vivo y se lo debe proteger y mejorar el sistema de justicia para las generaciones presentes y futuras, de igual manera el derecho está en continua evolución y el propósito del mismo debe de ser mejorar los derechos del ser humano, aparte con la tipificación del delito de lesiones al feto se estaría protegiendo el derecho a la vida tanto del que está por nacer como de la mujer embarazada, de la misma manera se estaría singularizando el hecho delictivo, del mismo modo son seres vivos vulnerables y deben ser protegidos como lo manifiesta la Constitución, en la misma línea la Constitución es la norma suprema y rige a las demás normas de jerarquía inferior, también el vacío legal es existente sobre la protección al feto con la falta de tipificación del delito de lesiones al feto por negligencia médica, además enfatizan que el Estado como Gobierno Central debe garantizar los derechos tanto de la mujer embarazada como del feto en gestación; mientras que 4 personas que representan el 13.33% mencionan que no están de acuerdo en garantizar los derechos de las mujeres embarazadas y el feto con la tipificación del delito de lesiones al feto por negligencia médica, porque ya se encuentra tipificado el artículo 146 sobre lesiones causadas por infringir el deber objetivo de cuidado y el artículo 152 del Código Orgánico Integral Penal, así también no lo consideran prudente, ya que depende de la probabilidad de vida que pueda tener el feto para de esa manera precautelar su vida y no la vida de la madre, por otro lado consideran que el médico al realizar una

intervención el profesional no busca violentar u ocasionar daño a la mujer embarazada o el feto, y por último consideran que son protegidos al estar establecidos los derechos de la madre.

Análisis

En la presente pregunta comparto las opiniones de la mayoría, porque con la tipificación del delito de lesiona al feto por profesionales de la salud, se estaría especificando la protección de la vida como de la integridad al feto, y se evitaría confusiones, ya que el Código Orgánico Integral Penal solo estipula el delito de lesiones en su artículo 152 pero dirigido hacia otra persona, más no protege también al feto, así también el Estado ya reconoce los derechos a la vida, cuidado y protección establecidas en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 45, por lo tanto el Estado al ser el Gobierno Central debe de hacer prevalecer la jerarquía de la Constitución de la República del Ecuador tipificando el delito de lesiones al feto por profesionales de la salud, por último con la tipificación se estaría dejando a un lado el vacío existencial de nuestro sistema penal y así evitar que queden en la impunidad los actos cometidos por negligencia o por mala praxis de parte de los profesionales de la salud; no estoy de acuerdo con la minoría ya que manifiestan que es suficiente con lo estipulado en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, el cual habla sobre homicidio culposo por mala práctica profesional, pero realmente no lo protege ya que éste artículo habla sobre el acto cometido hacia otra persona y debemos recordar que el feto en la legislación ecuatoriana no es considerado como persona sino que solo como ser vivo, además el artículo 152 que habla sobre lesiones pero como sujeto pasivo tiene

a otra persona de manera general, por lo tanto tampoco protege la integridad y vida del feto, por otro lado mencionan que el médico no actúa con la voluntad de buscar ocasionar daño a la embarazada como el feto, pero existen casos en los cuales evidentemente ocurre todo lo contrario, ya que somos personas y somos personas imperfectas que podemos fallar por diversas razones y motivos, y por último establecen que al protegerse y garantizar los derechos a la mujer embarazada ya se protege al feto, pero el feto al ser un ser vivo totalmente diferente con el único medio de sobrevivencia es la madre, es necesario individualizar el delito de lesiones al feto para proteger sus derechos.

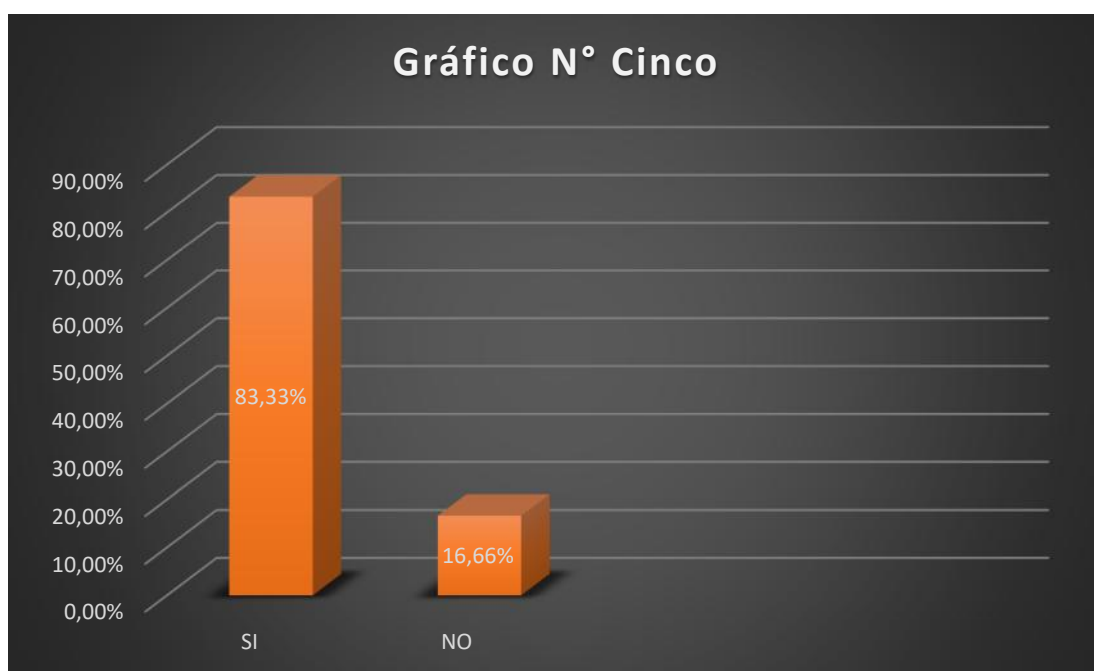
Quinta Pregunta: ¿Considera usted necesario la reforma al Código Orgánico Integral Penal para tipificar el delito de lesiones al feto por negligencia médica y derogación del último inciso del artículo 152, con la finalidad de garantizar el derecho a la vida e integridad de la mujer embarazada y el feto?

Cuadro Estadístico

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	25	83.3%
No	5	16.6%
Total	30	99.9%

Fuente: Profesionales del Derecho de las ciudades de Loja y Catamayo, Médicos de Medicina General de las ciudades de Catamayo, y Médicos Legistas de la ciudad de Loja

Autor: Dennis Fabián Narváez Celi



Interpretación

En la presente pregunta 25 encuestados que representan el 83.33% señalan que, si consideran necesario la reforma al Código Orgánico Integral Penal para tipificar el delito de lesiones al feto por negligencia médica y derogación del último inciso del artículo 152, con la finalidad de garantizar el derecho a la vida e integridad de la mujer embarazada y el feto, además que tipificando el delito de lesiones al feto se garantiza y protege a la mujer embarazada y el feto que está por nacer, igualmente se hace prevalecer el derecho a la vida y a la salud consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, Convenios Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, garantizando el cuidado por parte del médico, así mismo manifiestan que la vida es la garantía más grande del ser humano y velar por la misma nos conduce a una mejor forma de reformar políticas públicas, aparte debe existir norma expresa para sancionar de manera individual éste tipo de infracciones, también porque la aplicación del principio de necesidad es un

procedimiento médico no puede quedar a criterio abierto del médico, de igual manera es latente el vacío legal existente en la legislación ecuatoriana respecto a la protección del feto, y de ésta manera se estaría frenando un delito grave que está quedando en la impunidad, además que todos somos parte de una sociedad la cual debe estar en constante evolución y por ende debemos buscar mejorar el entorno jurídico de las personas como sociedad, por último manifiestan que al estar garantizada constitucionalmente la vida desde la concepción y al ser necesario en el derecho penal la existencia de normas claras, ya que no es posible utilizar analogías o interpretar libremente la ley, es necesario se haga esa puntualización respecto del feto; mientras que 5 personas que representan el 16.66% mencionan que no consideran necesario la reforma al Código Orgánico Integral Penal para tipificar el delito de lesiones al feto por negligencia médica y derogación del último inciso del artículo 152, con la finalidad de garantizar el derecho a la vida e integridad de la mujer embarazada y el feto, porque ya existe un delito que tipifica la negligencia médica, de igual manera manifiestan que ya existe la protección amparada en el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, así mismo manifiestan que un médico siempre va a ejercer su profesión con el único objetivo de salvaguardar la vida, tomando en cuenta el riesgo beneficio al momento de realizar una prescripción médica, por otro lado mencionan que ya se encuentran establecidos los derechos de la madre y con eso es suficiente, y por último mencionan que el artículo 152 del Código Orgánico Integral Penal

ya contempla todas las lesiones por negligencia médica, inclusive se puede sancionar las que lesionen la integridad de la madre y el feto.

Análisis

En la presente pregunta comparto las opiniones de la mayoría, porque es de suma importancia y necesidad tipificar el delito de lesiones al feto por profesionales de la salud, puesto que es un vacío legal que debe ser saneado con la tipificación de una figura de tipo penal específica, ya que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 45 establece que el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción, y la Constitución al ser la norma de mayor jerarquía sobre las demás, nuestra legislación debe regirse por normas inferiores que vayan en congruencia con la Constitución, más allá de que el Código Civil en su artículo 30 fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre, debemos recordar que la atribución de personalidad jurídica supone el reconocimiento de una persona como sujeto de derechos y obligaciones, también debemos tener en consideración que el derecho es evolutivo a la par de la sociedad, y por ende el ordenamiento jurídico debe buscar una constante mejora en el entorno de la sociedad de la cual todos somos parte; no estoy de acuerdo con la minoría porque manifiesta que es suficiente con lo establecido en la Constitución en su artículo 45 y con el tipo penal establecido en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal sobre el homicidio culposo por mala práctica profesional, pero recordemos que la Constitución al ser la norma suprema otorga derechos pero no sanciona los actos delictivos y con respecto al tipo penal sobre homicidio culposo por

mala práctica profesional no protege al feto ya que éste tipo penal tiene como sujetos pasivo a otras personas y el feto al no ser considerado como persona en nuestra legislación no lo protege, así mismo manifiestan que un médico siempre ejerce su profesión con el único objetivo de salvaguardar la vida de la embarazada y el feto, pero recordemos que son seres humanos tendientes a cometer errores ya sea de manera dolosa como culposa por distintas circunstancias y por lo tanto sus actuaciones deben ser reguladas, y por último establecen que no es necesario ya que se encuentran establecidos los derechos de la madre, pero al protegerse solo a la madre se deja en indefensión al feto como un ser vivo independiente pero que tiene como medio a su madre para su supervivencia, por lo tanto para evitar confusiones o malas interpretaciones se debe tipificar un tipo independiente y específico que proteja el bien jurídico tanto de la vida como de la salud del feto.

6.2. Resultados de las Entrevistas

La técnica de la entrevista fue aplicada a 10 profesionales, entre los cuales se encuentran: cinco profesionales del derecho especializados en ciencias penales con sede en la ciudad de Loja y Catamayo, dos médicos legistas con sede en la Fiscalía de la ciudad de Loja, tres médicos de medicina general con sede en la ciudad de Catamayo y Huaquillas; de quienes se obtuvo la siguiente información:

A la primera Pregunta: ¿Qué opinión le merece a usted que, según el COIP, al no ser punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad

que precautele la salud del paciente, no se cubre en su totalidad la vida y protección del feto?

Respuestas:

Primer entrevistado:

Antes de todo tenemos que saber que los profesionales de la salud siempre buscamos el beneficio común tanto del feto como la madre, existen dentro de éstos consecuencias, factores o causas que pueden provocar daños irreversibles y hasta inclusive la muerte del feto, como causa, por ejemplo las iatrogénicas o a su vez hay que ver muchos factores, dentro de los mismos existen fármacos que pueden provocar daños al feto durante el embarazo, ustedes saben que el médico siempre busca el beneficio, pues mi persona como profesional no busca un daño al feto.

Segundo entrevistado:

Pienso que, si debería existir una tipificación relacionada al feto en el Código Orgánico Integral Penal, pero siempre buscando una neutralidad para que no quede desprotegida la parte médica, ya que la profesión médica son situaciones especiales con respecto de otras profesiones, ya que nosotros los médicos siempre estamos en situaciones de vida o muerte de los pacientes. Hace años hubo reformas al Código Orgánico Integral Penal donde se establecía el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, en la cual los médicos nos sentimos intimidados y a veces nos abstenemos de atender a ciertos pacientes por temor; no obstante si debe incluirse el delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, pero siempre buscando una neutralidad, tanto para proteger al feto como también al

profesional, y además que debe existir una investigación previa para verificar si realmente existió una negligencia médica.

Tercer Entrevistado:

Es importante que la Constitución de la República del Ecuador reconozca derechos al ser humano desde la concepción y es necesario y bueno llenar el vacío legal que existe sobre el delito de lesiones al feto.

Cuarto Entrevistado:

Teniendo en cuenta que el derecho penal y en general la ley penal debe ser aplicada al tenor literal de la norma, que no puede emplearse analogías y no puede emplearse tampoco interpretaciones, se hace necesario que conste de manera concreta en éste caso un sujeto de derechos como es el feto, tengamos en cuenta que nuestra Constitución garantiza el derecho a la vida desde la concepción y de esa manera si se debe tener en cuenta al feto como sujeto de derechos y su protección sobre cualquier hecho o acto que pueda lesionar su integridad como tal, entonces frente a éstos principios básicos de derecho penal es necesario que establezca una mención en concreto sobre la persona del feto.

Quinto Entrevistado:

Al no existir la tipificación de lesiones al feto se está dejando de lado lo que estipula el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador, que es la protección a la vida desde la concepción, entonces estoy totalmente de acuerdo con que se tipifique como un delito las lesiones al feto, ya que con esto se ayudaría a precautelar la vida, no solamente del feto sino también de su madre.

Sexto Entrevistado:

Teniendo en cuenta que los médicos, fundamentalmente en obstetricia y ginecología, los mismos que conocen el procedimiento fundamentalmente de las primeras etapas del embarazo de la mujer y obviamente con sus experiencias y conocimientos manejan el asunto en lo que refiere el tratamiento del embarazo que conlleva obviamente a realizar ecografías para determinar el peso y tamaño, para que el desarrollo del embrión y del feto vayan encaminados a no tener ningún tipo de complicaciones; ahora en la parte legal considero de que si en el Código Orgánico Integral Penal no se ha establecido normas precisas para sancionar quizás actos de negligencia o mala práctica médica de manera concreta a éste tipo de acciones, ahora si hay acciones terapéuticas culposas o dolosas deben ser dadas a conocer a los médicos y tengan la precaución del caso.

Séptimo Entrevistado:

Para analizar el principio de necesidad hay que irnos a la teoría del delito y la necesidad es parte de la vida mismo, entonces en medio de salvaguardar la vida como lo establece la Constitución de la República, tendríamos que entender cuál es la vida y cual no, el feto tiene las mismas condiciones de vida después de cierto tiempo que el ser humano, sin embargo se prioriza a la madre sobre el feto, pudiendo inclusive causar abortos terapéuticos como una necesidad, éste sería el estado de necesidad del médico frente a ello, ahora si es que existe una negligencia, otra es la situación y ahí si tiene que ser juzgado y procesado, ya que por su negligencia a dañado la vida de un ser humano.

Octavo Entrevistado:

Hay que tener en cuenta que el Código Orgánico Integral Penal está ambiguo en ciertos temas y se presta para malas interpretaciones, y entre ellas al no existir con exactitud de la aplicación del delitos de lesiones, puede abrir la puerta y se malinterprete para que se presenten negligencias y yendo incluso en contra de lo que establece la Constitución que es la protección a la vida desde la concepción, entonces ésta ambigüedad y vacío legal existente se preste para que el Código Orgánico Integral Penal siendo una norma de menor jerarquía no se encuentre en armonía o vaya en contra de la norma suprema que es la Constitución.

Noveno Entrevistado:

En ese tipo de situaciones es importante tomar en consideración la vida desde el momento de la concepción y el delito de lesiones al feto al no estar contemplado en el Código Orgánico Integral Penal se llegaría a cometer lesiones al feto, obviamente tomando en cuenta el nexo causal.

Décimo Entrevistado:

Realmente como en todo ámbito profesional se debería vigilar y debería existir alguna manera de tipificación el accionar del profesional de salud, el hecho de que alguna negligencia se derive de un tratamiento no quiere decir que la pudo haber hecho por omisión o por alguna negligencia, yo estaría de acuerdo en que se revise la tipificación el delito de lesiones al feto.

Comentario del Autor:

Comparto la opinión de todos los entrevistados, porque es una realidad que los profesionales de la salud son instruidos y capacitados para precautelar la

vida tanto de la madre como la de feto, además que dentro de los procedimientos de los médicos existen riesgos que traen consecuencias, pero también es cierto que los profesionales pueden ocasionar daños irreversibles y hasta inclusive la muerte del feto a consecuencia de iatrogenias o a consecuencia de recetar fármacos que pueden provocar daños al feto durante el embarazo, también es importante que exista un tipo penal en el Código Orgánico Integral Penal específico y claro, ya que el derecho penal al ser netamente objetivo no se presta para interpretaciones y mucho menos permanecer en la impunidad, así mismo se debe tener en cuenta que el principio de necesidad que salvaguarda a los profesionales de la salud y al ser la vida la que protegen Constitucionalmente se debería analizar bien la situación donde si es necesario aplicar el principio de necesidad, pero también sancionar los casos de negligencia médica como de mala praxis que provoquen lesiones al feto, los cuales deben estar específicamente redactados para un buen entendimiento sin darle lugar a malas interpretaciones. De igual manera se debe capacitar para que sean los profesionales como los ginecólogos y obstetricia quienes de una manera correcta y basada en su experticia actúen bajo el principio de necesidad del paciente.

A la segunda pregunta: ¿Considera usted que la lesión al feto puede ocasionarle problemas graves para un normal desarrollo de su vida?

Respuestas:

Primer entrevistado:

Si, si puede ocasionar daños irreversibles, inclusive desde algo leve que puede ser algo emocional hasta la muerte del feto, sabemos que dentro de las consecuencias tenemos medicamentos como por ejemplo los antiinflamatorios (aines) como son las aspirinas, los ansiolíticos, los antidepresivos, los analgésicos, protectores gástricos, los anticonvulsivantes, todos éstos fármacos si causan lesiones al feto, sobre todo tenemos que saber que los fármacos en una mujer embarazada como por ejemplo el ibuprofeno causa cuando el feto es de sexo femenino posterior al parto daños en la fertilidad cuando sea adulta.

Segundo entrevistado:

Claro, eso ya está comprobado, cuando existe cierta agresión al feto o embrión, ya sea por algún tipo de sustancia química, medicamentosa, o al exponer a alguna dosis de radiación puede desencadenar algún tipo de malformación en el feto.

Tercer Entrevistado:

Sin duda, es una edad en la cual el feto es muy frágil y no sólo puede ser ocasionada por causas externas sino internas del propio feto.

Cuarto Entrevistado:

Desde luego en caso de que se lo lesione en alguna etapa de su desarrollo o cuando se afecte a uno de sus órganos importantes, evidentemente podría existir ésta afectación.

Quinto Entrevistado:

Por supuesto que sí, las lesiones al feto dependiendo el grado que se las realice, van a ocasionar un daño gravísimo en su desarrollo normal,

dependiendo de cuáles sean las lesiones, ya sean físicas, mentales, pero le ocasionan un daño irreparable al feto.

Sexto Entrevistado:

Pero por supuesto, si a un feto prácticamente se lo lesiona por ejemplo un nervio, tengo la certeza absoluta que esa criatura cuando nazca y se desarrolle va a tener alguna dificultad que puede ser de manera emocional o físico, entonces si es necesario que se encamine una legislación que vaya encaminada a ésta problemática para que de alguna forma se ratifique el derecho Constitucional a la vida desde la concepción.

Séptimo Entrevistado:

Indudable, si se daña a un feto se va a generar y se va a desarrollar un ser humano con muchos problemas que puede complicar su normal desarrollo y su vida.

Octavo Entrevistado:

Creo que por sentido común todos entendemos que al momento de que un ser vivo tan delicado sea sometido a prácticas médicas que no son seguras o a errores médicos, obviamente va a afectar al desarrollo en la vida del ser desde el nacimiento y en su crecimiento, por lo que se encuentra en una etapa en vías de desarrollo de toda su fisiología humana.

Noveno Encuestado:

Claramente que sí, depende de la gravedad de la lesión y una de sus consecuencias graves podría llegar a causar una discapacidad, incursionando incluso en un desarrollo inadecuado y la posterior muerte.

Décimo Entrevistado:

Claro que sí, pues sabemos que se encuentra en formación inicial, por lo tanto, cualquier afectación que sea omisión o alguna lesión sin duda va a traer consecuencias a futuro, que podrían repercutir mucho en el desarrollo tanto físico como mental del feto.

Comentario del Autor:

Comparto la opinión de todos los entrevistados, porque al hablar de un ser vivo que se encuentra en pleno desarrollo inicial, hablamos de un ser totalmente frágil y el cual debe ser atendido mediante la embarazada de una manera muy especial y con profesionales capacitados, con la finalidad de evitar problemas como lesiones que pueden afectar desde su nacimiento hasta su desarrollo y crecimiento como ser humano luego del parto, en esa misma línea los daños pueden ser de carácter irreversible, ya sea desde lo físico como emocional o hasta inclusive llegar a causarle la muerte del feto, ya sea al recetar de una manera inadecuada de fármacos como los antiinflamatorios (aínes) como son las aspirinas, los ansiolíticos, los antidepresivos, los analgésicos, protectores gástricos, los anticonvulsivantes, todos éstos fármacos si causan lesiones al feto, así mismo al exponer al feto a algún tipo de sustancia química, medicamentosa, o al exponer a alguna dosis de radiación puede desencadenar algún tipo de malformación en el feto, de igual manera, por otro lado es importante mencionar que debe existir la pericia pertinente que determine el grado de culpa o dolo que hubo en el hecho, pues hablamos de proteger los derechos Constitucionales establecidos en el artículo 45, pero de una manera que sea justa y transparente con los profesionales de la salud. Por lo tanto, es totalmente

necesaria la tipificación del delito de lesiones al feto de una manera clara y específica con el afán de precautelar los derechos reconocidos por la Constitución y evitar una libre interpretación que conlleven a la impunidad de los hechos.

A la tercera pregunta: En el ámbito de su profesión, ¿Usted ha podido constatar casos en los cuales se haya ocasionado lesiones al feto por negligencia médica?

Respuestas:

Primer entrevistado:

Tenemos que saber diferenciar en lo que es una iatrogenia, el mismo que es el daño ocasionado por el profesional de la salud a pacientes, familiares u otras personas, ya que puede ser de manera no intencional, pero que puede ocasionar desde un ligero malestar emocional hasta la muerte del feto. En mi experiencia si he podido presenciar casos, pero debemos tener conciencia que los médicos siempre buscan el bienestar del feto y de la madre.

Segundo entrevistado:

En mi profesión si he podido determinar y eso si se debería sancionar, y estoy a favor de que se regule por ejemplo uno de los parámetros que se debe verificar o calificar es la capacitación del profesional, que el profesional esté capacitado para defender algún tipo de patología, porque cada profesional debe de saber sus limitaciones, ya que existen casos en los cuales el médico por no enviar el paciente a un centro que atiendan problemas de mayor complejidad se puede producir problemas mayores, por ejemplo atender a una

mujer embarazada en lugares no adecuados o partos en zonas no adecuadas o un consultorio que no brinde todas las condiciones necesarias para poder enfrentarse ante alguna complicación que se pueda presentar. Otro ejemplo es en el área de imagenología donde se informa que en las ecografías no hay vida en el embrión y luego se ha comprobado que, si existe embrión, y gracias a eso se ha podido evitar que se pierda una vida.

Tercer Entrevistado:

No conozco exactamente de algún caso, pero si algunos colegas profesionales quizás no toman en cuenta los tres primeros meses de vida del feto y a veces prescriben muchos antibióticos u otro tipo de medicina que pueden afectar al feto.

Cuarto Entrevistado:

Dentro de mi desempeño profesional como fiscal no he tenido un caso similar ni relacionado con éste tema.

Quinto Entrevistado:

Personalmente en el desarrollo de mi profesión no, pero he escuchado de casos en la ruralidad donde por no existir los métodos o la tecnología adecuada para que se realice la labor de parto, han existido muchas lesiones a los fetos, donde a veces no tanto por negligencia médica sino por la falta de insumos médicos.

Sexto Entrevistado:

En mis 20 años de experiencia profesional nunca he tenido un caso en concreto de ésta materia, pero de alguna forma ha habido casos en los cuales se ha considerado como mala praxis de seres vivos que no llegaron a nacer con vida, pero luego en base a los peritajes se ha determinado que la criatura ya estaba muerta al nacer.

Séptimo Entrevistado:

Con negligencia médica hay un montón de casos, por ejemplo, antes se hacían radiografías que dañaban la visión de los niños y nacían con problemas de visión, pero no se procesaban y no se procesan porque no hay una adecuada construcción en el Código Orgánico Integral Penal, para poderle dar una viabilidad, hay una necesidad de tener estructuras administrativas que puedan analizar la situación de los médicos o de los hechos donde se han dado.

Octavo Entrevistado:

No, sin embargo, si he escuchado casos donde el feto tenía que ser sometido a una prueba porque en la ecografía presentaba anomalías, sin embargo, antes de pedir la autorización a la madre como dicen los protocolos no se le consulta y como resultado terminan causándole un aborto, entonces es necesario que el Estado garantice casos de negligencia médica producidos a los fetos.

Noveno Encuestado:

Hasta el momento que me llevo desempeñando como médico legista de la Fiscalía no se me han presentado casos de lesiones al feto, pero si he escuchado de casos.

Décimo Entrevistado:

Claro que sí, he tenido varios casos, por ejemplo, uno de los que me llamó más la atención hubo la muerte de un feto por negligencia ya que a la paciente embarazada la dejaron una noche en el hospital y tenían que actuar, porque había sufrimiento fetal, sin embargo el hecho de no vigilarla y no tomarle los signos vitales, lamentablemente el feto que se encontraba en sufrimiento fetal llegó a fallecer, y aquí hay un vacío legal porque si bien es cierto el feto lo tenemos en nuestra legislación que para sea considerada como persona y tenga derechos tiene que estar completamente separada del cordón umbilical, por ende en esa ocasión llegamos a un juicio y se determinó que en ningún lado se garantiza la vida del feto. Dice la Constitución que se reconocerá la vida desde la concepción, pero sin embargo existió éste vacío legal ya que no se podía determinar como la muerte de una persona.

Comentario del Autor:

Comparto la opinión de todos los entrevistados, porque manifiestan que, si han tenido casos o de alguna manera han escuchado de casos, de igual manera mencionan que hay que saber diferenciar en lo que es una iatrogenia, el mismo que es el daño ocasionado por el profesional de la salud a pacientes, familiares u otras personas, ya que puede ser de manera no intencional, pero que puede ocasionar desde un ligero malestar emocional hasta la muerte del

feto, así mismo éstos casos se presentan al atender a una mujer embarazada en lugares no adecuados o partos en zonas no adecuadas o un consultorio que no brinde todas las condiciones necesarias para poder enfrentarse ante alguna complicación que se pueda presentar, en la misma línea otro caso se presentan en el área de imagenología donde se informa que en las ecografías no hay vida en el embrión y luego se ha comprobado que, si existe vida en el embrión, por otra parte es importante mencionar que algunos médicos profesionales quizás no toman en cuenta los tres primeros meses de vida del feto y a veces prescriben muchos antibióticos u otro tipo de medicina a la mujer embarazada que pueden afectar al feto. De igual manera existen casos en los cuales existen lesiones a los fetos, donde no necesariamente por negligencia médica, sino más bien por la falta de insumos médicos para poder tratar a la paciente en los controles prenatales o parto, agregando a lo anterior otra causal es donde se aplica radiografías a las embarazadas y por ende se les ocasiona daños a la visión del feto y por lo tanto nacen con problemas de visión, y en esa misma línea existen casos en los cuales se deja a la paciente embarazada en el hospital durante toda la noche cuando se debía actuar con expertiz y proceder de una manera adecuada debido a que el feto se encuentra en sufrimiento fetal, lo que trae como consecuencia la muerte del feto.

A la cuarta pregunta: De acuerdo a su experiencia, ¿Qué opinión daría usted, para evitar que se ocasionen lesiones al feto?

Respuestas:

Primer entrevistado:

Aquí depende bastante que el médico esté bien capacitado, tener mucha experiencia y mucho profesionalismo, en éste caso no solamente es el trabajo de los ginecólogos, sino también es el trabajo del médico general, en mi caso yo practico lo que es medicina general y cirugía, en la cual también atiendo mujeres embarazadas, hago controles prenatales, y nosotros nos enfocamos a los medicamentos que si se pueden utilizar y también los que no se puede utilizar, creo que teniendo el conocimiento como la experiencia no podemos provocar una iatrogenia o problemas en el feto que va a contraer problemas en el desarrollo.

Segundo entrevistado:

Lo importante es el trabajo multidisciplinario y respetar las capacidades y limitaciones de cada profesión, saber reconocer los límites y saber enviar al paciente a un hospital o profesional que tenga más formación, lo cual ocurre todos los días y lo cual nos ayudaría bastante a disminuir el número de negligencias.

Tercer Entrevistado:

Nosotros como profesionales debemos tener mucha experticia en los controles prenatales, realizar un chequeo adecuado de la embarazada y que ésta a la vez colabore con dichos controles y exámenes que se le realicen para precautelar la salud tanto de la madre como del feto.

Cuarto Entrevistado:

Principalmente que se legisle en favor de la criatura no nacida y que se establezca una norma orientada a garantizar su integridad.

Quinto Entrevistado:

Mi opinión sería que es una excelente opción tipificar como delito las lesiones al feto, ya que con esto se evitaría o se lograría un mayor cuidado por parte de los profesionales de la salud al momento de traer una nueva vida al mundo o en el transcurso del embarazo.

Sexto Entrevistado:

Primero que exista una concientización en los profesionales de la medicina que manejan el área de ginecología y obstetricia para que cuando haya este tipo de acciones terapéuticas o de otra índole relacionadas con el feto apliquen sus conocimientos y eviten alguna mala práctica médica que conlleven a ocasionar un daño mayor a la criatura que está por nacer.

Séptimo Entrevistado:

Tendría que decirlo un médico, ya que son especialistas los que pueden evitar tantas formas y diferentes situaciones, enfermedades y problemas que se dan, pero si tiene que haber una situación sobre el derecho de la vida del feto y sobre eso tendría que juzgarse, pero en casos de negligencia.

Octavo Entrevistado:

Lo que se necesita es una reforma que detalle específicamente cuando se incurre en negligencia médica, porque hay procesos médicos que necesariamente son de alto riesgo y puede que el feto termine afectado, pero

no necesariamente por negligencia médica sino por el riesgo propio por el que es sometido el feto, sin embargo, si se debería delimitar claramente que acciones incurren en negligencia médica.

Noveno Entrevistado:

En primer lugar hay que tomar en consideración desde lo que es la misma concepción, dentro de lo que es las políticas de salud ya establecidas el hecho de que se desarrolle un embarazo de una manera adecuada, dentro de los cuales se debe realizar mínimo cinco controles de embarazo durante el proceso, para poder determinar cuáles son los riesgos y posibles complicaciones del embarazo y del parto, ante todo ello lo que se tiene que establecer en primer lugar son conductas de educación en la sociedad y servicios ya sean públicos o privados adecuados que permitan un desarrollo del embarazo y posteriormente un parto.

Décimo Entrevistado:

Obviamente tratar con mínima delicadeza a la paciente embarazada y atenderla en todos sus problemas de salud que pueda tener y ser previsible en algún tratamiento para evitar éstas situaciones, sobre todo que alguien vigile a ese profesional o que alguien lo fiscalice y vea que está haciendo bien su trabajo para que no haya ese tipo de problemas.

Comentario del Autor:

Comparto la opinión de todos los entrevistados, porque consideran que para evitar que se ocasionen lesiones al feto el profesional que puede ser en ginecología, obstetricia o médico general debe estar bien capacitado, tener

mucha experiencia y mucho profesionalismo para atender a las pacientes, y sobre todo enfocarse en los medicamentos que, si se pueden utilizar y también los que no se puede utilizar, además de que los profesionales deben de tener y desarrollar un trabajo multidisciplinario y así mismo respetar las capacidades y limitaciones de cada profesión, ya que cada profesional debe saber reconocer los límites y saber enviar al paciente a un hospital o profesional que tenga más formación y cuenta con los insumos médicos suficientes, en la misma línea los profesionales deben de realizar chequeos adecuados a la embarazada, agregando a lo anterior es importante hacer mención que los hospitales de salud ya sean públicos y privados deben contar con los insumos y maquinaria adecuada para el tratamiento de cualquier complicación que se pueda llegar a presentar, Ahora bien la tipificación del delito de lesiones al feto es una gran garantía para precautelar los derechos reconocidos por la Constitución en su artículo 45, ya que de ésta manera se estaría poniendo en el radar a los fetos como sujetos de derechos dentro del Código Orgánico Integral Penal y se pondría la puerta de acceso a hechos que en la antigüedad quedaban en la impunidad, además de avanzar como sociedad.

A la quinta pregunta: ¿Considera usted que al no existir tipificado el delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, se está vulnerando los derechos a la vida, cuidado y protección al feto consagrados en el artículo 45 de la Constitución?

Respuestas:

Primer entrevistado:

Yo creo que no, porque como sabemos los médicos nos hemos formado para salvar vidas y en este caso no ocasionar daños al feto, considero que ningún médico por cualquiera que sea la situación queremos ocasionar un daño al feto, claro está que, si ha habido casos, por ejemplo, los abortos clandestinos o abortos no terapéuticos, es lógico que ocasionan un daño.

Segundo entrevistado:

Si se debería tener una especificación especial para tratar al feto, nosotros si tenemos en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal para sancionar las malas prácticas médicas, pero no se especifica al feto sino que habla en términos generales, entonces sí debería existir un artículo donde le dé un trato especial, porque los gineco obstetras tienen un problema muy grande que defienden dos vidas, entonces podría existir y de hecho existen situaciones especiales donde tenemos patologías maternas, donde el ginecólogo tiene la necesidad de una interrupción del embarazo que caso contrario va a ocasionar la pérdida de la madre y la mayoría de veces se deciden por la vida de la madre, entonces sí debería existir la tipificación del delito de lesiones al feto pero tomando en cuenta los criterios médicos, ginecólogos, neonatólogos, donde puedan considerar todas esas circunstancias de una manera neutral y se proteja por igual tanto a la madre como el feto.

Tercer Entrevistado:

Sin duda alguna, porque como mencionaba anteriormente todo ser humano merece ser cuidado desde el inicio de la concepción hasta el final de la vida, entonces si fuera interesante y necesario que conste algún artículo al respecto.

Cuarto Entrevistado:

Si, básicamente el derecho a la vida se lo ha garantizado a través del delito de aborto, sin embargo, si es necesario que es estipule en cuanto a lesiones o daños que se pueda ocasionar al feto y que al momento no se encuentra previsto en nuestra legislación penal.

Quinto Entrevistado:

Claro que sí, es una vulneración fragante a los derechos Constitucionales, ya que al no ser tipificados como delito no existe una sanción en caso de que ésta acción sea cometida.

Sexto Entrevistado:

Desde ese punto enfocado claro que sí, porque si la Constitución lo señala tiene que cumplirse a raja tabla esta norma constitucional.

Séptimo Entrevistado:

Tendría que especificarse más en el Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, te digo que tienes una contradicción tremenda cuando en casos de violación se pueden realizar abortos, por lo tanto, tendría que abrirse un debate en el tema jurídico para poder implementar una ley sobre este tema en específico.

Octavo Entrevistado:

Efectivamente, porque deja una puerta abierta a no esclarecer conductas médicas que constituyan negligencia médica, y por ende cualquier profesional de la salud bajo la defensa de un buen litigador tranquilamente podría justificar su negligencia a consecuencia de algún procedimiento médico; inclusive las pericias que se realicen no podrían enmarcar en negligencia porque la norma

no especifica con claridad y por ende lo que no está prohibido significa que está permitido.

Noveno Entrevistado:

Consideraría que sí, porque si lo vemos desde la parte médica la vida empieza desde la concepción, en la cual dependiendo el desarrollo normal o evolución van a empezar a formarse los órganos del embrión para posteriormente hacerlo de una forma completa, entonces, cualquier tipo de situación que ocurriera en lo que es el embarazo va a estar sobre todo en los primeros tres meses va a estar asociado a abortos o inclusive malformaciones de los embriones, por ello al no tener una forma de garantizar de manera jurídica se estaría llegando según mi criterio a vulnerarse los derechos de los no nacidos.

Décimo Entrevistado:

Claro que sí, se está haciendo omisión de éste artículo de la Constitución al no existir un reglamento que sea claro, porque no se le está brindando las garantías necesarias al feto.

Comentario del autor:

En relación a la quinta pregunta comparto opinión con 7 de los entrevistados, porque opinan que, si debería existir una tipificación especial para tratar al feto, ya que existe el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal para sancionar las malas prácticas médicas, pero el cual tiene como sujeto pasivo a otra persona, lo cual no cubre al feto ya que el Código Civil solo establece que el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre, por ende no está reconocido como tal, sin embargo hay que tener en cuenta que la atribución de

personalidad jurídica supone el reconocimiento de una persona como sujeto de derechos y obligaciones, y la Constitución al otorgarle derechos ya lo considera como sujeto de derechos, en la misma línea de lo anteriormente establecido mencionan que el derecho a la vida se lo ha garantizado en el Código Orgánico Integral Penal a través del delito de aborto, sin embargo, si es necesario que se estipule en cuanto a lesiones o daños que se pueda ocasionar al feto y que al momento no se encuentra previsto en nuestra legislación penal. Además, al no tipificar el delito de lesiones al feto se deja una puerta abierta para que los profesionales de la salud justifiquen la acción cometida a consecuencia del principio de necesidad y por lo tanto no se lo enmarque dentro de alguna negligencia o mala praxis. En cambio, no comparto la opinión del entrevistado número uno, porque si bien manifiesta que los profesionales de la salud se han formado para salvar vidas y en este caso no ocasionar daños al feto, y considera que ningún médico por cualquiera que sea la situación quiere ocasionar un daño al feto, debemos tener en cuenta que somos personas tendientes a cometer errores sin importar las causas o modalidades que pueden ser dolosas o culposas, por lo tanto bajo la correcta e idónea pericia de un especialista se debe determinar el nexo causal del hecho.

A la sexta pregunta: ¿Qué sugerencia podría establecer usted, para la no vulneración de los derechos a la vida, cuidado y protección del feto, reconocidos por la Constitución en su artículo 45?

Respuestas:

Primer Entrevistado:

Dentro de las sugerencias hago un llamado a las mujeres embarazadas que se informen y busquen recibir atención de profesionales, los cuales nos hemos formado para tratarlas y así lleven un adecuado control, ya que existen casos que las mujeres acuden a personas que no son profesionales médicos y como consecuencia tienen problemas en su embarazo. En ese caso la ley debe de ser muy cara y justa cuando una persona que no es profesional atiende a mujeres embarazadas.

Segundo Entrevistado:

Lo que yo siempre insisto es que exista un control más adecuado, para que sean los profesionales capacitados quienes hagan un control a la mujer embarazada y al embrión, ya sea un gineco obstetra, un obstetrix, y que los profesionales sean personas capacitadas y que las entidades de gobierno realmente verifique que el profesional realmente tiene la preparación para poder emitir un criterio, por ejemplo, todas las semanas nos encontramos diagnósticos en abortos donde diagnosticaban que no había vida en el embrión y luego nosotros al revisar comprobamos que si hay vida. Se requiere que las entidades de gobierno realicen una clasificación de los niveles de atención médica para determinar los lugares más apropiados para atender sin poner en riesgo la vida del feto ni de la madre, porque, así como puede haber un parto normal que pueda ser atendido en una casa, en un consultorio médico, pues ese mismo parto pudo haber presentado complicaciones y si no hay como resolver esas complicaciones, se está atentando contra la vida de la madre como del feto.

Tercer Entrevistado:

Se debe concientizar a todos los profesionales que atienden embarazadas en todo nivel, ya sea público o privado, pues debe existir respeto por la vida, por la dignidad de la persona desde el inicio de su concepción y cuidar mucho la etapa intrauterina, la cual es muy frágil.

Cuarto Entrevistado:

Evidentemente que se establezca o introduzca una norma que esté orientada a proteger, sancionar y prevenir el tipo de acción que pueda afectar la integridad del no nacido.

Quinto Entrevistado:

La primera sugerencia es que sea tipificado como delito y luego que se debe dotar de implementos adecuados a todas las instituciones de salud, pero lo principal sería tipificar como delito para que los profesionales no omitan esto y tengan mayor cuidado en el desarrollo de sus funciones.

Sexto Entrevistado:

Trabajar en una legislación sería que vaya encaminada en base a estudios que determinen que efectivamente hay este tipo de acciones y con una legislación apropiada e idónea poder tipificar una mala práctica médica que vulnere la integridad del feto.

Séptimo Entrevistado:

Que se pueda abrir un escenario administrativo donde se pueda debatir la mala praxis médica, pero con expertos en la materia, que no sean los jueces o fiscales quienes resuelvan sobre las situaciones de la mala práctica médica, si bien existen peritos quienes pueden ayudar a resolver esa situación, es

necesario que haya una estructura como un tribunal que juzgue previamente y que resuelva para poder ir a las instancias judiciales.

Octavo Entrevistado:

Una sugerencia que el legisladores podría tomar en cuenta es actualizar los tipos penales, ya que existe mucha ambigüedad de los tipos penales y al momento de realizar la adecuación de los hechos al tipo penal se complica, por ende es necesario que sean normas claras para poderse interpretar literalmente y así evitar acudir a la Corte Constitucional, la misma que mediante un fallo establezcan los parámetros o límites existentes para delimitar la negligencia médica en el cuidado y protección de la vida del que está por nacer.

Noveno Entrevistado:

Primeramente, lo que es educación tanto a los niños como a adultos sobre éste tema, el acceso a los servicios de salud, aparte nosotros los médicos poder hacer un estudio que permita determinar cuáles son los grupos vulnerables y dentro de lo que son éstos grupos vulnerables lo que son los niños y mujeres embarazadas, así mismo tomar características de cada una de las mujeres embarazadas, ya sean embarazos a tempranas edades o a edades avanzadas, enfermedades asociadas, entre otras. Entonces inicialmente lo que se debe de hacer son políticas de salud que abarquen el marco legal, y de esa manera garantizar una atención adecuada e incluso se hagan las debidas investigaciones si el caso lo necesita.

Décimo Entrevistado:

Yo creo que se debería hacer un reglamento más específico y un poco más claro, para que incluso sea de dominio popular y conozca la gente que también este tipo de personas en formación tienen sus derechos, entonces un reglamento específico considerando esta situación ya que al momento no se considera un artículo de lesiones al feto.

Comentario del Autor:

Comparto la opinión de todos los entrevistados, porque para la no vulneración de los derechos del feto desde la concepción se debe hacer un llamado a las mujeres embarazadas para que se informen y busquen recibir atención de profesionales en ginecología, obstetricia, o médicos en medicina general, los cuales se han formado para llevar los controles prenatales y tratarlas ante cualquier situación, además que las entidades de gobierno realmente verifique que el profesional realmente tiene la preparación para poder emitir un criterio, así mismo se debe concientizar a los profesionales de la salud que atienden embarazadas en todo nivel, ya sea público o privado, pues debe existir respeto por la vida, por la dignidad de la persona desde el inicio de su concepción. Dentro de la línea de lo anteriormente establecido se debe abrir un escenario administrativo donde se pueda debatir la mala praxis médica, pero con especialistas en la materia, y que no sean los jueces o fiscales quienes resuelvan sobre las situaciones de la mala práctica médica o negligencia, de esa manera se actúa de manera transparente y justa. Igualmente se debe tipificar y agregar una nueva figura jurídica como lo es la tipificación del delito de lesiones al feto donde se lo reconozca como sujeto de derechos dentro del Código Orgánico Integral Penal y así evitar libres interpretaciones lo cual en

el Derecho Penal no compete, pues la materia penal se la debe interpretar al tenor literal de la misma, además de que el Estado Ecuatoriano efectivice los derechos ya reconocidos al feto desde la concepción en el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador.

6.3. Estudio de Casos

Se presenta el estudio de tres casos donde se analiza e interpreta el delito de lesiones al feto.

Caso No.1

1. Datos referenciales:

Juicio No: 11282-2016-00298

Actor: FISCAL DE LOJA- G. A. G.

Procesado: C. O. R. F.

Acción: Art. 146.- Homicidio Culposo Por Mala Práctica Profesional, Inc.1

Juzgado: Tribunal De Garantías Penales Con Sede En El Cantón Loja
Provincia De Loja.

Fecha: 10 de Febrero del 2017

2. Antecedentes:

Que el 01 de septiembre del año 2013, esto a eso de las 01H30, G. M. A. G. presentaba dolores en su abdomen pues, se encontraba con 34.4 semanas de embarazo y acude por emergencia del hospital del IEESS Manuel Ignacio Monteros de la ciudad de Loja, lugar en el que se encontraba R. F. C. O., como médico residente de turno del área de ginecología, quien pese a las tres llamadas que le hacia el personal de enfermería no acude a la emergencia,

demorando 01 hora y 30 minutos al llamado; y, al abordar a la paciente, en su intervención no considera el sufrimiento fetal agudo que se presentaba como un diagnóstico prioritario que debía hacerlo en ese momento. Que se debió actuar por los síntomas que la mujer embarazada ya presentaba, más aún cuando se conocía que la paciente ya recibió maduración pulmonar para el feto y ante la inacción médica el bebé muere, pues a eso de las 04h14 se produce el óbito fetal. Que como hallazgo post operatorio se determina desprendimiento de la placenta del 20 al 30 %, que puede justificar el diagnóstico de sufrimiento fetal agudo que tenía el feto al momento que era abordado por el procesado, cuadro médico en el cual se debió actuar informando de forma inmediata y no dejar pasar el tiempo para evitar que se produzca el fatal deceso que es verificado cuando la paciente es atendida por la Dra. Y. M.. Que los hechos se adecúan al delito de homicidio inintencional por la falta de precaución en la práctica profesional pues el procesado estuvo en la calidad de garante de una vida y no cumplió con la obligación jurídica de actuar de forma inmediata conforme lo determinan los protocolos médicos y el Código de la Salud; que la conducta cumple con los elementos del tipo penal descritos en el artículo 459 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos del delito, conducta que en la actualidad se encuentra descrita en el Art. 146 del COIP.

Fundamentos de derecho:

La acción antes determinada se llevó a cabo bajo la tipificación del tipo penal estipulado en el artículo 146, inciso 1, el cual reza:

Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional. - La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

3.- Resolución:

Por las razones expuestas, con fundamento en los Arts. 304-A, 309 y 312 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal de Garantías Penales de Loja, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA dicta sentencia confirmando es estado de inocencia del procesado R. F. C. O. y dispone que se levanten todas las medidas cautelares de carácter real y personal dictadas en su contra.- Se declara que la denuncia no ha sido ni maliciosa ni temeraria.-

4.- Comentario del autor:

Frente a este caso suscitado cabe indicar que no concuerdo con la resolución emitida por el Tribunal De Garantías Penales Con Sede En El Cantón Loja, ya que como se mencionó en los hechos la paciente G. A. G. el 01 de septiembre del año 2013, esto a eso de las 01H30, ella presentaba dolores en su abdomen pues, se encontraba con 34.4 semanas de embarazo y acude por emergencia del hospital del IEESS Manuel Ignacio Monteros de la ciudad de Loja, lugar en el que se encontraba R. F. C. O., como médico residente de turno del área de ginecología, quien pese a las tres llamadas que le hacia el personal de enfermería no acude a la emergencia, demorando 01 hora y 30 minutos al llamado; y, al abordar a la paciente, en su intervención no considera

el sufrimiento fetal agudo que se presentaba como un diagnóstico prioritario que debía hacerlo en ese momento. Es así, que el Dr. C. O. R. F. debió actuar por los síntomas que la mujer embarazada ya presentaba, más aún cuando se conocía que la paciente ya recibió maduración pulmonar para el feto y ante la inacción médica él bebé muere, pues a eso de las 04h14 se produce el óbito fetal.

Es así que al no existir un tipo penal que proteja la integridad del feto y se lo considere como un ser judicialmente especial, se lo absuelve al Dr. C. O. R. F. Puesto que en el Ecuador aún no conoce de un caso en el que las altas Cortes de Ecuador, hayan sentenciado a una persona por la muerte de un feto, - pues según su criterio para que una persona exista debe aplicarse el artículo 60 del Código Civil que señala que: “(E)l nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre.” y que “La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás.”- encontramos que de aceptar dicha tesis civilista, que define una existencia meramente formal-legalista de una persona, se podría llegar al extremo absurdo de aceptar que quienes hayan sido declarados en estado de interdicción, es decir quienes estén incapacitados civilmente para ejercer todos o ciertos actos, puedan ser asesinados sin que eso constituya delito o que cuando se declare la muerte presunta de una persona, siguiendo el trámite señalado en el Código Civil, y esta aparece viva, se lo pueda asesinar sin repercusiones de tipo penal.

Caso No.2

1.Datos referenciales:

Juicio No: 80160/2008

Actor: FISCALÍA CUARENTA Y OCHO ESPECIALIZADA DH Y DIH

Procesado: E. A. D.

Acción: HOMICIDIO AGRAVADO, P. I. A. Y LESIONES AL FETO

Juzgado: JUZGADO CINCUENTA Y SEIS PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Fecha: 6 de octubre de 2008

2. Antecedentes:

En la Hormiga, Putumayo, hacia las siete de la mañana y veinte minutos del primero de abril del año en curso, en el sector conocido como la vereda Los Pomos, a los profesores E. I. H. R. y L. M. D. L., que se movilizaban en una motocicleta, les hicieron el pare dos sujetos que se movían en el mismo tipo de transporte, y uno de ellos, luego de cruzar palabras con el profesor E. I. H. R., procedió a darle muerte a los mencionados educadores mediante la percusión de arma de fuego, a quienes remató con arma cortopunzante. Como la señora L. M. D. L. se encontraba en estado de embarazo, con feto femenino en evolución de 7 meses, a causa de su muerte sobrevino el deceso del feto.

TEORÍA DEL CASO DE LA FISCALÍA: El señor delegado de la Fiscalía General de la Nación denominado Fiscal Cuarenta y Ocho Especializado de la Unidad de DH y DIH presentó su teoría del caso, señalando que en la zona rural de La Hormiga Putumayo, vereda Los Pomos, el 1º de abril de 2008

fueron asesinados los profesores E. I. H. R. y L. M. D. L., indicando que a eso de las 7:20 a. m. éstos se dirigían a cumplir con su deber cuando fueron abordados por dos individuos que los esperaban, quienes les hicieron la parada, E. I. H. R. atiende el llamado y pone su motocicleta en neutro, luego uno de los otros individuos se bajó de la moto en que se movilizaban y después de un altercado y cambio de palabras, le dispara en 3 ó 4 oportunidades al profesor E. I. H. R. y luego coge un cuchillo y lo apuñala en varias oportunidades para después lanzarlo al piso, la profesora mencionada, ante esos sucesos y al observar a un ciudadano ajeno a los hechos a unos 10 metros, le pide ayuda, pero esa persona, ante la magnitud del suceso y la agresión con arma de fuego, no puede hacer absolutamente nada; el agresor procede a dispararle a L. M. D. L. en 3 oportunidades e igualmente la apuñala y la lanza al piso, y ésta cae con la moto. Que la persona que observó los hechos fue amenazada por el mismo sujeto armado, procediendo el testigo a retroceder su moto y esconderse en los matorrales. Los autores de la conducta punible montaron en la moto y huyeron del lugar.

Personas que se asomaron luego de los disparos, procedieron a trasladar a la profesora L. M. D. L. al hospital, al observar que se encontraba en estado de embarazo, que su vientre se movía y con la idea de salvar el feto, sin lograrlo.

Señala la Agencia Fiscal que la probable causa de la muerte de los señores E. I. H. R. y L. M. D. L. fue shock hipovolémico por múltiples lesiones de órganos internos por trauma penetrante de tórax debido a proyectil de arma de fuego y arma cortopunzante.

Fundamentos de derecho:

Advierte que demostrará que el señor E. A. D. es el responsable directo de esos hechos a través del procedimiento que se adelantará, en calidad de coautor del delito de homicidio establecido en el Código Penal, Libro Segundo, Título I, delitos contra la vida y la integridad personal, artículo 103 “el que matare a otro incurrirá en prisión de 208 a 450 meses, con circunstancias de agravación punitiva de los numerales 6 y 7 del artículo 104 del Código Penal, con pena de 400 a 600 meses, porque la conducta se cometiere con sevicia y colocando a la víctima en estado de situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación, con la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58 del Código Penal, numeral 10, obrando en coparticipación criminal, en concurso homogéneo y sucesivo con homicidio agravado bajo las mismas circunstancias de agravación y heterogéneo sucesivo con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones con pena de prisión de 4 a 8 años, la que se duplicará por el numeral 1 del artículo 365 del Código Penal modificada por el artículo 39 de la Ley 1142 de 2007, y por lesiones al feto agravadas por el posterior homicidio del feto, establecido en el Código Penal Artículo 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 dos (2) a cuatro (4) años. 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.

3.- Resolución:

PRIMERO: CONDENAR a E. A. D., identificado con la cédula de ciudadanía No. 87.062.280 expedida en Pasto-Nariño y demás condiciones personales referenciadas en la presente sentencia, a la pena principal de SETECIENTOS VEINTE (720) MESES DE PRISIÓN (60 AÑOS), por ser considerado coautor responsable de la comisión de las conductas punibles de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo con homicidio agravado y heterogéneo sucesivo con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones agravadas y lesiones al feto, según hechos que tuvieron ocurrencia en la ciudad de Valle del Guamuez – La Hormiga (Putumayo) conforme a las circunstancias temporomodales y espaciales de que dan cuenta los autos, en los que dieron muerte a los educadores E. I. H. R. y L. M. D. L., afiliados a la organización sindical ASEP.

De los delitos por los que se procede trata el Código Penal en su Libro Segundo, Título I, Capítulo II, artículos 103 y 104 –6 y 7-, capítulo V, artículo 125, y Título XII, capítulo II, artículo 365.

SEGUNDO: CONDENAR a E. A. D. a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período VEINTE (20) AÑOS, de conformidad con lo establecido en los artículos 51 y 52 del Código Penal.

TERCERO: DECLARAR que operó la caducidad dentro del presente caso para la presentación de la solicitud del trámite especial del incidente de reparación dentro del proceso penal para quienes se consideren víctimas por los hechos que generaron la presente sentencia.

CUARTO: NO CONCEDER a E. A. D. los mecanismos sustitutivos de SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA ni de PRISIÓN DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PRISIÓN al establecer que no concurre, para ninguna de las dos figuras, el aspecto objetivo que los artículos 63 y 38 de la Ley 599 de 2000 exige.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de la presente sentencia, una vez ejecutoriada, al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Mocoa Putumayo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38, 41, 42, 459 y ss de la Ley 906 de 2004.

SEXTO: SE ORDENA remitir la presente carpeta al Juzgado Promiscuo del Circuito Reparto de Puerto Asís Putumayo, una vez en firme esta sentencia, por ser el Juez natural en el presente caso, dado que este Despacho actuó dentro del mismo en atención al programa de descongestión establecido en el Acuerdo 4959 de 2008, cuyo cometido ya fue cumplido por el Juzgado que descongestiona.

SÉPTIMO: Contra esta sentencia procede el recurso de apelación que debe ser presentado dentro de la audiencia en curso de lectura del fallo, el que se concedería para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá conforme al programa de descongestión contenido en el Acuerdo 4959 de 2008 del Consejo Superior de la Judicatura, concordante con el artículo 177 de la Ley 906 de 2004.

OCTAVO: Ofíciase al INPEC para que regrese al condenado a la cárcel de origen, por hallarse en la Cárcel Modelo de Bogotá en calidad de Guardado.

4.- Comentario del autor:

Dados los fundamentos de hecho planteados por la fiscalía FISCALÍA CUARENTA Y OCHO ESPECIALIZADA DH Y DIH que fueron suscitados el 1 de abril de 2008, indicando que a eso de las 7:20 a. m, los profesores E. I. H. R. y L. M. D. L., se dirigían a cumplir con su deber cuando fueron abordados por dos individuos que los esperaban, quienes les hicieron la parada, luego uno de los otros individuos se bajó de la moto en que se movilizaban y después de un altercado y cambio de palabras, le dispara en 3 ó 4 oportunidades al profesor E. I. H. R. y luego coge un cuchillo y lo apuñala en varias oportunidades para después lanzarlo al piso, luego, el agresor procede a dispararle a L. M. D. L. en 3 oportunidades e igualmente la apuñala y la lanza al piso, y ésta cae con la moto. Posteriormente los autores huyen del delito en moto. Es importante mencionar que personas que se asomaron luego de los disparos, procedieron a trasladar a la profesora L. M. D. L. al hospital, al observar que se encontraba en estado de embarazo, que su vientre se movía y con la idea de salvar el feto, sin lograrlo. Dados éstos hechos comparto opinión con la sentencia emitida, ya que enfocando el hecho de las lesiones al feto producto de los disparos de arma de fuego realizado a la madre, a quien remató con arma cortopunzante y a consecuencia de su muerte sobrevino el deceso del feto, se configura el delito de lesiones al feto, ya que es pertinente precisar que para la consumación del delito no es necesario que el producto de la concepción nazca vivo, pues bien puede ocurrir que sufra una lesión dolosa o culposa dentro del vientre materno capaz de alterar su desarrollo normal, lo cual con la ciencia actual es constatable a través de procedimientos tales como las ecografías, ahora si dichas lesiones

son causa del deceso del feto, también se comete el delito de aborto, por ende mediante el concurso de delitos, de tipo ideal, se llevaría a sancionar con la pena del delito más grave.

Por lo tanto, estoy de acuerdo con la resolución emitida por la fiscalía FISCALÍA CUARENTA Y OCHO ESPECIALIZADA DH Y DIH, donde lo penalizan mediante la acumulación de penas e individualizando el delito de lesiones al feto con SETECIENTOS VEINTE (720) MESES DE PRISIÓN (60 AÑOS), por ser considerado coautor responsable de la comisión de las conductas punibles de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo con homicidio agravado y heterogéneo sucesivo con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones agravadas y lesiones al feto, según hechos que tuvieron ocurrencia en la ciudad de Valle del Guamuez.

Caso No.3

1. Datos referenciales:

Juicio No: 3823/1997

Actor: Ministerio Fiscal- A. y G.

Procesado: Í.

Acción: Recurso de Casación- Lesión por imprudencia grave al feto

Juzgado: Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal

Fecha: 22 de enero de 1999

2. Antecedentes:

El Juzgado de Instrucción número 2 de Alicante instruyó Procedimiento Abreviado con el número 93/96, y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de dicha capital que, con fecha 23 de octubre de 1997, dictó

sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "PRIMERO.- Sobre las 6 de la tarde del día 22 de Septiembre de 1994, en la Clínica Vistahermosa, de esta capital y asistida por Dr. Í. , médico-ginecólogo, G. , casada con A. , dio a luz a un niño que precisó de inmediata asistencia, para su reanimación, con intubación del médico anestesista, Dr. Á. -que se la prestó- y de la urgente y posterior atención que recibió -previo el correspondiente traslado en ambulancia en la Sección de Neonatología de Hospital General de San Juan de Alicante, pese a todo lo que dicho niño viene padeciendo una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, secundaria a factores de hipoxia-isquémica cerebral en periodo prenatal.- SEGUNDO.- Dicha señora G. , había ingresado, en la tarde del anterior día 20, en la referida clínica, por indicación del Dr. Í. -quien venía asistiéndola de su embarazo- por quejarse aquella de fuertes dolores lumbares que, en principio, dicho doctor diagnosticó como propios de un cólico nefrítico, por el que fue atendida y tratada en la meritada clínica, donde quedó internada, en la tarde de aquel mismo día, como una enferma más, pese a que su embarazo -que , en principio, fue gemelar- alcanzaba ya las 38 semanas de gestación, aproximadamente.- TERCERO.- Aunque, además de análisis de orina y de sangre, se la practicó una ecografía obstétrica (indicativa de una marcada disminución de líquido amniótico) y obra abdominal y de gestación (indicativa de "trabajo de parto"), el Dr. Í. -que la visitó varias veces, la última, sobre las 3 de la tarde del siguiente día 22 -insistió en su inicial diagnóstico y no le practicó reconocimiento ginecológico alguno, el que sí le realizó, a instancias de la Sra. G. , una matrona de la clínica, sobre una hora

después, comprobando que aquella se hallaba ya en con una avanzada dilatación, por lo que la envió enseguida, al paritorio de la clínica, donde se produjo -y con asistencia del Dr. Í. - el expresado parto, en apenas media hora, aunque con ayuda de ventosa, sin ninguna complicación en el trance de expulsión y sin que se haya acreditado si el niño llegó a llorar o no, antes de ser sometido a su apuntada reanimación.-CUARTO.- El día 21 de Septiembre de 1995, el citado Sr. A. , presentó la querrela inicial del presente Procedimiento Abreviado, imputando al Dr. Í. de un delito de imprudencia temeraria, con resultado de lesiones como presuntamente ocasionada, antes de nacer, a su hijo, con el retraso de atender a su esposa, en la situación de parto en que ya se encontraba anteriormente y con el consiguiente padecimiento fetal; imputación reiterada, después, en su escrito de acusación y en sus conclusiones definitivas de esta causa, y con la se alineó, en los mismo trámites, el Ministerio Fiscal".

2. La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos absolver y ABSOLVEMOS a D. Í. , del delito de imprudencia por el que, en esta causa, fue acusado; declarando de oficio todas la costas:- Notifíquese esta resolución conforme lo establecido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

3. Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Único.- En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 152.1.2º y 3º, en relación con el artículo 149 del Código Penal de 1995.

El recurso interpuesto por la Acusación Particular en nombre de Armando se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Único.- En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 565, párrafo 5º del Código Penal de 1973, en relación con el artículo 152.1.2º y 3º y artículo 149 del Código Penal de 1995.

5.Instruidas las partes recurridas de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 12 de mayo de 1998, habiéndose dictado Autos que prorrogan el término para dictar sentencia.

3.- Resolución:

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Dr. Í. como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones por imprudencia grave, cometido por imprudencia profesional, a la pena de un año de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica por un periodo de un año, al pago de las costas, incluidas las de la acusación particular ocasionadas en la instancia, y a que indemnice a A. y G. , en su condición de

padres del niño víctima de los hechos, en treinta millones de pesetas por las secuelas padecidas por su hijo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Penal AUTO Nº de Recurso: 3823/1997 Fecha Auto: 17/02/99 Ponente Excmo. Sr. D.: C. G. P. Secretaría de Sala: Sr. P. F.-Viña Escrito por: JLA * Aclaración Recurso Nº: 3823/1997 Ponente Excmo. Sr. D.: C. G. P. Secretaría de Sala: Sr. P. F.-Viña TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal AUTO Excmos. Sres.: D. J. M. M.-P. R. D. -C. G. P. Dr. A. P. de O. y T.. En la Villa de Madrid, a diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y nueve. I. HECHOS PRIMERO. - En los recursos de casación por infracción de Ley interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, los componentes de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, en su sentencia 726/1998, de 22 de enero de 1999, han declarado haber lugar al recurso de ocasión interpuesto, anulando la sentencia de instancia. SEGUNDO. - Que, por el Procurador Dr. A. R. R. L., en nombre y representación de Dr. Í., en escrito presentado ante esta Sala, se solicita aclaración de sentencia respecto a la pena de inhabilitación especial que en la sentencia se dice para la profesión médica y en las acusaciones se refieren a la especialidad en obstetricia y ginecología.

4.- Comentario del autor:

Respecto al estudio de este caso se puede evidenciar que existe resolución por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ante los recursos de

casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la Acusación particular en nombre de A., padre de la criatura afectada. Como primero debemos mencionar que el Juzgado de Instrucción número 2 de Alicante instruyó Procedimiento Abreviado con el número 93/96, y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de dicha capital, la misma que fallaron absolviendo al Dr. Í. del delito de imprudencia en base a la inexistente tipificación penal de las lesiones por imprudencia causadas a un ser humano antes de su nacimiento en el Código Penal de 1973, dados los siguientes hechos: Primero la Sra. G. había ingresado, en la tarde del anterior día 20, en la referida clínica, por indicación del Dr. Í. -quien venía asistiéndola de su embarazo- por quejarse aquella de fuertes dolores lumbares que, en principio, dicho doctor diagnosticó como propios de un cólico nefrítico, por el que fue atendida y tratada en la meritada clínica, donde quedó internada, en la tarde de aquel mismo día, como una enferma más, pese a que su embarazo -que , en principio, fue gemelar- alcanzaba ya las 38 semanas de gestación, aproximadamente. Aunque, además de análisis de orina y de sangre, se la practicó una ecografía obstétrica (indicativa de una marcada disminución de líquido amniótico) y obra abdominal y de gestación (indicativa de "trabajo de parto"), el Dr. Í. -que la visitó varias veces, la última, sobre las 3 de la tarde del siguiente día 22 -insistió en su inicial diagnóstico y no le practicó reconocimiento ginecológico alguno, el que sí le realizó, a instancias de la Sra. G. , una matrona de la clínica, sobre una hora después, comprobando que aquella se hallaba ya en con una avanzada dilatación, por lo que la envió enseguida, al paritorio de la clínica, donde se produjo -y con asistencia del Dr.

Í. - el expresado parto, en apenas media hora, aunque con ayuda de ventosa, sin ninguna complicación en el trance de expulsión y sin que se haya acreditado si el niño llegó a llorar o no, antes de ser sometido a su apuntada reanimación con intubación del médico anestesista, Dr. Á. -que se la prestó- y de la urgente y posterior atención que recibió -previo el correspondiente traslado en ambulancia en la Sección de Neonatología de Hospital General de San Juan de Alicante, pese a todo lo que dicho niño viene padeciendo una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, secundaria a factores de hipoxia-isquémica cerebral en periodo prenatal. Ahora y dados los hechos acontecidos es preciso acotar que las aceptaciones de los recursos de casación interpuestos no vulneran el principio de legalidad ante la inexistencia del delito de lesiones por imprudencia al feto, ya que en armonía con los avances científicos, que el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero, conforme a las técnicas más recientes- de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento, negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea preterida de la "mulieris portio", es desconocer las realidades indicadas, y es así como afirmado como una necesidad real el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o, atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y

penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad. Igualmente, es preciso mencionar que el Tribunal Constitucional de España, en su Sentencia 53/1985, ha declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando cuerpo y que la gestación ha generado un "tertium" existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta; de esta manera se le brinda al feto una categoría de tercera persona, solo que alojada en el seno de su madre. Por último, es preciso mencionar que debe tenerse en cuenta que la agresión propia de un delito contra las personas no requiere que la acción u omisión lesiva se produzca mediante actuación directa sobre la víctima, es perfectamente posible que la acción u omisión que crea la situación de riesgo o peligro para el bien jurídico protegido se produzca a través de otra persona u objeto, entonces la madre es el medio para cometer el delito contra el feto. En la misma línea de lo establecido, estoy de acuerdo con el fallo emitido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ya que la culpabilidad del presunto se basa en los siguientes puntos: primero que dentro del tipo objetivo del delito de comisión por comisión se encuentra la posición de garante del recurrente, que en los hechos enjuiciados aparece incuestionable por cuanto estaba encargado y asumió la asistencia en el embarazo y en el parto de la Sra. G. Tampoco ofrece cuestión que el acusado omitió varias acciones que le eran debidas; así, en primer lugar, prescindió de consultar con un urólogo u otro especialista respecto a las molestias de que se quejaba la embarazada y ello le llevó, por dos veces, a hacer una

diagnóstico equivocado, atribuyendo a un inexistente cólico nefrítico lo que eran dolores lumbares propios de "trabajo de parto"; igualmente omitió el deber que le era inexcusable de reconocer ginecológicamente a la embarazada, especialmente ante los resultados que presentaban los análisis y la ecografía practicada; y en definitiva, omitió atender un parto en el momento en el que todos los síntomas lo hacían necesario. Por ende, el resultado producido en el niño, consistente en el padecimiento de una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomatriz, es concreción de la situación de peligro para la producción de ese resultado que supuso la omisión, por parte del recurrente, de los deberes de cuidado que le incumbían respecto a la asistencia ginecológica a la embarazada. Puede afirmarse, pues, la imputación objetiva de ese resultado.

6.4. Análisis de Datos Estadísticos

Para el desarrollo del presente sub tema se procede a descargar información y datos estadísticos acerca de defunciones fetales en Ecuador en los años 2009 a 2020 y defunciones fetales por semanas de gestación, periodo 2020, obtenidos de la página electrónica: <https://n9.cl/2zhot> del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, para lo cual se procede realizar el respectivo análisis e interpretación.

6.4.1. Registro Estadístico de Defunciones Fetales, años 2009 a 2020



Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos-Ecuador 2009-2020

Autor: Dennis Fabián Narváez Celi

6.4.2. Análisis del Autor

Como se evidencia el gráfico en lo concerniente a defunciones fetales en Ecuador en los años 2009 a 2020, entre las causales de defunción tenemos enfermedades, estados morbosos o lesiones que causaron la muerte o que contribuyeron a ella y las circunstancias del accidente o de la violencia que produjo dichas lesiones, en el año 2009 hubo 1916 muertes fetales, en el año 2010 hubo 1815 casos dando como resultado una disminución de muertes fetales, en el año 2011 hubo 1672 casos dando como resultado una considerable disminución de muertes fetales, en el año 2012 hubo 1717 casos dando como resultado un aumento de muertos fetales, en el año 2013 hubo 1643 casos dando como resultado una disminución de muertes fetales, en el año 2014 hubo 1613 casos dando como resultado una disminución de muertes fetales, en el año 2015 hubo 1829 casos dando como resultado un

aumento considerable de muertes fetales, en el año 2016 hubo 1796 casos dando como resultado una disminución de muertes fetales, en el año 2017 hubo 1872 casos dando como resultado un aumento de muertes fetales, en el año 2018 hubo 1840 casos dando como resultado una leve disminución de muertes fetales, en el año 2019 hubo 1782 casos dando como resultado una disminución de muertes fetales, y en el año 2020 hubo 1437 casos dando como resultado una considerable disminución de muertes fetales.

6.4.3. Defunciones fetales por semanas de gestación, periodo 2020



Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos-Ecuador 2020

Autor: Dennis Fabián Narváez Celi

6.4.4. Análisis del Autor

Como se evidencia el gráfico en lo concerniente a defunciones fetales por semanas de gestación, periodo 2020, entre las causales de defunción tenemos enfermedades, estados morbosos o lesiones que causaron la muerte o que contribuyeron a ella y las circunstancias del accidente o de la violencia

que produjo dichas lesiones, tenemos que entre las 22 a 23 semanas hubo 310 muertes fetales, entre las 24 a 26 semanas hubo 169 muertes fetales, entre las 27 a 29 semanas hubo 136 muertes fetales, entre las 30 a 32 semanas hubo 192 muertes fetales, entre las 33 a 35 semanas hubo 184 muertes fetales, entre las 36 a 38 semanas hubo 269 muertes fetales, entre las 39 a 41 semanas hubo 172 muertes fetales, y en la semana 42 hubo 3 muertes fetales.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de los Objetivos

En el presente subtema se procede a analizar y sintetizar los objetivos planteados en el proyecto de tesis legalmente aprobado; existiendo un objetivo general y tres objetivos específicos que a continuación son verificados.

7.1.1. Verificación de Objetivo General

El objetivo general que consta en el proyecto de tesis legalmente aprobado es el siguiente:

“Realizar un estudio conceptual, doctrinario, jurídico y comparado de las lesiones ocasionadas al feto por profesionales de la salud en el régimen penal ecuatoriano”.

El presente objetivo general se verifica en la presente tesis, con el desarrollo de la Revisión de Literatura donde consta un marco conceptual, doctrinario, jurídico y derecho comparado, encontrando las siguientes categorías: en el

marco conceptual se analizan Derecho Constitucional, Integridad, Negligencia Médica, Lesiones, Nasciturus, Feto, Embrión, Neonato, Delito, Tipo Penal; en el marco doctrinario se desarrollan los temas acerca de: Reseña Histórica de las lesiones en Ecuador, Derechos fundamentales del feto, Lesiones al Feto, Diferencia entre embrión, feto y neonato, Diferencia entre tentativa de aborto y lesiones al feto, El estatus jurídico del feto, Sujetos activos del delito de lesiones al feto, Sujeto pasivo del delito de lesiones al feto, Lesiones al feto desde el enfoque de la medicina legal; en el marco jurídico se analizan e interpretan normas jurídicas relacionadas a las lesiones ocasionadas al feto por profesionales de la salud en el régimen penal, constantes en la Constitución de la República del Ecuador, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del niño, Código Orgánico Integral Penal, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Código Civil, Ley Orgánica de Salud, Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia; en el derecho comparado se procedió a analizar e interpretar normas jurídicas extranjeras acerca de las lesiones ocasionadas al feto por profesionales de la salud en el régimen penal, procediendo a realizar el estudio comparado y estableciendo las semejanzas y diferencias en relación con la ley ecuatoriana, utilizando las legislaciones de Código Penal de España, Código Penal de Colombia, Código Penal de El Salvador, y Código Penal de Nicaragua.

7.1.2. Verificación de los Objetivos Específicos

En el proyecto de tesis se plantearon tres objetivos específicos, que a continuación se proceden a verificarlos:

El primer objetivo específico es el siguiente:

“Demostrar que la negligencia médica contra la mujer embarazada afecta a la integridad de la embarazada y el feto”.

Este objetivo se logra verificar al momento de analizar las noticias que constan en el estudio de casos, caso número SP8344-2015 con fecha 1 de julio de 2015 emitido por el Juzgado Tercero Penal de Valledupar, caso número 80160/2008 con fecha 6 de octubre de 2008 emitido por Juzgado Cincuenta Y Seis Penal Del Circuito De Bogotá, y caso número 3823/1997 con fecha 22 de enero de 1999 emitido por el Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal, donde se demuestra la negligencia médica contra la mujer embarazada afecta a la integridad de la embarazada y el feto, observándose que los profesionales de la salud cometen acciones de negligencia médica contra la integridad del feto a través de la madre y datos estadísticos en lo concerniente a defunciones fetales en Ecuador en los años 2009 a 2020, el cual, entre las causales de defunción tenemos enfermedades, estados morbosos o lesiones que causaron la muerte o que contribuyeron a ella y las circunstancias del accidente o de la violencia que produjo dichas lesiones.

Así mismo se verifica con la aplicación de la segunda pregunta de la entrevista, que consiste en ¿Considera usted que la lesión al feto puede ocasionarle problemas graves para un normal desarrollo de su vida?, donde respondieron que si puede ocasionar daños irreversibles, inclusive desde algo leve que puede ser algo emocional hasta la muerte del feto, pues sabemos que dentro de las consecuencias tenemos medicamentos como por ejemplo los antiinflamatorios (aines) como son las aspirinas, los ansiolíticos, los

antidepresivos, los analgésicos, protectores gástricos, los anticonvulsivantes, todos éstos fármacos si causan lesiones al feto, sobre todo tenemos que saber que los fármacos en una mujer embarazada como por ejemplo el ibuprofeno causa cuando el feto es de sexo femenino posterior al parto daños en la fertilidad cuando sea adulta, además que al exponer a alguna dosis de radiación puede desencadenar algún tipo de malformación en el feto.

El segundo objetivo específico es el siguiente:

“Enfatizar las necesidades de garantizar los derechos de las mujeres embarazadas y el feto con la tipificación del delito de lesiones al feto por negligencia médica”.

Se verifica el objetivo específico con los derechos reconocidos por la Constitución en su artículo 45, el cual establece “El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”. Por ende, en el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 152 solo determina el delito de “Lesiones” de manera general, es decir con sujeto pasivo dirigido a “otra persona” y no específicamente dirigido al “feto”. Por lo tanto, el derecho penal al ser aplicado de manera objetiva, no se presta para interpretaciones, por ende, es de suma necesidad la tipificación del delito de lesiones al feto en específico y especial referencia.

Así mismo se verifica con la aplicación de la quinta pregunta de la entrevista, que consiste en: ¿Considera usted que al no existir tipificado el delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, se está vulnerando los derechos a la vida, cuidado y protección al feto consagrados en el artículo 45

de la Constitución?, donde respondieron que básicamente el derecho a la vida se lo ha garantizado a través del delito de aborto, sin embargo, si es necesario que es estipule en cuanto a lesiones o daños que se pueda ocasionar al feto y que al momento no se encuentra previsto en nuestra legislación penal. Además, si lo vemos desde la parte médica la vida empieza desde la concepción, en la cual dependiendo el desarrollo normal o evolución van a empezar a formarse los órganos del embrión para posteriormente hacerlo de una forma completa, entonces, cualquier tipo de situación que ocurriera en lo que es el embarazo va a estar sobre todo en los primeros tres meses va a estar asociado a abortos o inclusive malformaciones de los embriones, por ello al no tener una forma de garantizar de manera jurídica se estaría llegando según mi criterio a vulnerarse los derechos de los no nacidos.

El tercer objetivo específico es el siguiente:

“Elaborar un proyecto de reforma al Código Orgánico Integral Penal para tipificar el delito de lesiones al feto por negligencia médica y derogación del último inciso del artículo 152, con la finalidad de garantizar el derecho a la vida e integridad de la mujer embarazada y el feto”.

Se verifica el objetivo específico con la quinta pregunta de la encuesta, que consiste en: ¿Considera usted necesario la reforma al Código Orgánico Integral Penal para tipificar el delito de lesiones al feto por negligencia médica y derogación del último inciso del artículo 152, con la finalidad de garantizar el derecho a la vida e integridad de la mujer embarazada y el feto?, donde respondieron que si consideran necesario la reforma al Código Orgánico

Integral Penal para tipificar el delito de lesiones al feto por negligencia médica y derogación del último inciso del artículo 152, con la finalidad de garantizar el derecho a la vida e integridad de la mujer embarazada y el feto, además que tipificando el delito de lesiones al feto se garantiza y protege a la mujer embarazada y el feto que está por nacer, igualmente se hace prevalecer el derecho a la vida y a la salud consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, Convenios Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, garantizando el cuidado por parte del médico, así mismo manifiestan que la vida es la garantía más grande del ser humano y velar por la misma nos conduce a una mejor forma de reformar políticas públicas, aparte debe existir norma expresa para sancionar de manera individual éste tipo de infracciones, también porque la aplicación del principio de necesidad es un procedimiento médico no puede quedar a criterio abierto del médico, de igual manera es latente el vacío legal existente en la legislación ecuatoriana respecto a la protección del feto, y de ésta manera se estaría frenando un delito grave que está quedando en la impunidad, además que todos somos parte de una sociedad la cual debe estar en constante evolución y por ende debemos buscar mejorar el entorno jurídico de las personas como sociedad, por último manifiestan que al estar garantizada constitucionalmente la vida desde la concepción y al ser necesario en el derecho penal la existencia de normas claras, ya que no es posible utilizar analogías o interpretar libremente la ley.

Así mismo se verifica con la aplicación de la sexta pregunta de la entrevista, que consiste en: ¿Qué sugerencia podría establecer usted, para la no

vulneración de los derechos a la vida, cuidado y protección del feto, reconocidos por la Constitución en su artículo 45?, donde respondieron que es necesario que se establezca o introduzca una norma que esté orientada a proteger, sancionar y prevenir el tipo de acción que pueda afectar la integridad del no nacido. Así mismo manifiestan que se debe trabajar en una legislación seria que vaya encaminada en base a estudios que determinen que efectivamente hay este tipo de acciones y con una legislación apropiada e idónea poder tipificar una mala práctica médica que vulnere la integridad del feto.

7.2. Contrastación de Hipótesis

La hipótesis propuesta en el proyecto de tesis es el siguiente:

“La falta de tipificación como delito autónomo las lesiones al feto por negligencia médica, produce graves vulneraciones a los derechos constitucionales de la mujer embarazada y al feto”.

Se verifica la hipótesis con la tercera pregunta de la encuesta, que consiste en: Al no estar tipificado el delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, ¿Qué derechos constitucionales cree usted que se están vulnerando?, donde quince personas que equivalen al 50% de los encuestados eligieron derecho a la vida, Ocho personas que corresponden al 26.66% escogieron el derecho a la salud, Seis personas que representan el 20% optaron por el derecho a la integridad personal, y finalmente una persona que constituye el 3.33% manifestó que otro derecho vulnerado al no estar

tipificado el delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal es el de la Tutela Judicial Efectiva.

Así mismo se verifica con la aplicación de la cuarta pregunta de la encuesta, que consiste en: ¿Está usted de acuerdo en garantizar los derechos de las mujeres embarazadas y el feto con la tipificación del delito de lesiones al feto por negligencia médica?, donde respondieron que si están de acuerdo en garantizar los derechos de las mujeres embarazadas y el feto con la tipificación del delito de lesiones al feto por negligencia médica, porque es un ser vivo y se lo debe proteger y mejorar el sistema de justicia para las generaciones presentes y futuras, de igual manera el derecho está en continua evolución y el propósito del mismo debe de ser mejorar los derechos del ser humano, aparte con la tipificación del delito de lesiones al feto se estaría protegiendo el derecho a la vida tanto del que está por nacer como de la mujer embarazada, de la misma manera se estaría singularizando el hecho delictivo, del mismo modo son seres vivos vulnerables y deben ser protegidos como lo manifiesta la Constitución, en la misma línea la Constitución es la norma suprema y rige a las demás normas de jerarquía inferior, también el vacío legal es existente sobre la protección al feto con la falta de tipificación del delito de lesiones al feto por negligencia médica.

De igual manera se verifica la hipótesis con la doctrina que manifiesta que la vida, la misma que es la puerta de acceso a la integridad física o corporal ha constituido el objeto de protección en el que siempre han coincidido doctrina y jurisprudencia en el delito de lesiones, además que la consideración de la salud como bien jurídico protegido permite incorporar al ámbito de protección

las alteraciones morbosas que no supongan una afección a la integridad anatómico-funcional, incluyendo las de naturaleza psíquica. Los mismos que tienen su fundamentación en el Ecuador a raíz del reconocimiento de derechos como la vida, cuidado y protección desde la concepción, establecidos en el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador; por ende, al no existir un tipo penal específico que proteja éstos bienes jurídicos se presentan graves vulneraciones a los derechos constitucionales de la mujer embarazada y el feto.

De la misma manera se verifica la hipótesis con la aplicación del derecho comparado, cuyas legislaciones protegen los bienes jurídicos del feto como la vida e integridad física y psíquica en la normativa penal mediante la tipificación del delito de lesiones bajo las modalidades culposa como dolosa, entre las legislaciones encontramos el Código Penal de España, Código Penal de Colombia, Código Penal de El Salvador, y Código Penal de Nicaragua.

7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal

Es importante empezar abarcando desde el enfoque doctrinario lo que respecta los derechos fundamentales y el principio de igualdad, por lo que el autor Jorge Aquino establece que finalmente, no hay fundamentos suficientes como para sostener que la calidad de persona se adquiere gradualmente, ya que el hombre no cambia de especie en ningún momento de su desarrollo. El cigoto es tan individuo de la especie humana (persona) como un niño o un adulto: la calidad de individuo no admite grados. Con la lógica de la gradualidad un bebé de 2 meses sería menos persona que un niño de 6 años, cuya conectividad funcional con la corteza prefrontal está mejor establecida.

Además es necesario precisar que para la consumación del delito no es necesario que el producto de la concepción nazca vivo, pues bien puede ocurrir que sufra una lesión dolosa o culposa dentro del vientre materno capaz de alterar su desarrollo normal, lo cual con la ciencia actual es constatable a través de procedimientos tales como las ecografías, ahora si dichas lesiones son causa del deceso del feto, también se comete el delito de aborto, por ende mediante el concurso de delitos, de tipo ideal, se llevaría a sancionar con la pena del delito más grave.

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 1 manifiesta que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, en la misma línea en el artículo 11 menciona que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios, y en su numeral dos establece que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, en su numeral nueve dispone que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, así mismo en el artículo 45 inciso primero establece que el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción; como se ha logrado apreciar en éstos artículos mencionados la prioridad del Estado es hacer respetar su estatus de Estado constitucional de derechos y de justicia y a través del principio de igualdad enfoca que todos somos iguales en derechos sin dar lugar a la discriminación a ningún grupo rezagado y vulnerado, por ende el Estado ecuatoriano al ser garantista de derechos es su máximo deber el hacer respetar lo dispuesto por la máxima norma jerárquica que es la Constitución mediante la tipificación del delito de lesiones al feto con

afán de evitar que se sigan vulnerando los derechos fundamentales que el mismo Estado le reconoce al feto desde la concepción.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 1 reza que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; es así que las Naciones Unidas contemplan los derechos en igualdad que gozan todas las personas, pero en especial hay que mencionar a las mujeres embarazadas, debido a los distintos modos de en los cuales se ven vulneradas, y ante lo cual deben ser protegidas y más si llevan dentro de ellas un nuevo ser humano en desarrollo, es por ello, que el Estado ecuatoriano en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos debe tomar todas las medidas tanto constitucionales como penales y abarcar aspectos como la protección de la vida del feto.

La Convención Americana de Derechos Humanos en su numeral 1 del artículo 4 pone en manifiesto el derecho a la vida, el mismo reza que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. Por ende, en la oración primera la Convención establece y declara la existencia del derecho a la vida, en la segunda y de nuestra importancia declara la protección a la vida desde la concepción, dicho en otras palabras este derecho existiría pese a no estar protegido por el Estado, además, al usar las expresiones “ por la ley” y “a partir del momento de la concepción”, hace mención que el Estado no puede proteger la vida de cualquier modo, sino que debe hacerlo por la ley, así mismo, el legislador no puede a su libre elección decidir un momento

específico del desarrollo humano para iniciar con la protección, debido a que está obligado a hacerlo desde el momento de la concepción como regla general.

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 152 tipifica el delito de lesiones, el mismo reza que la persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas, y en su inciso final manifiesta que 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; de esta manera el Código Orgánico Integral Penal establece el delito de lesiones, pero lo hace dirigido hacia “otra persona”, por ende, no abarca y no especifica las lesiones dirigidas al feto, ya que solo divide y clasifica las lesiones, todo esto de la mano de la gravedad y determinando su tiempo de incapacidad o enfermedad ocasionadas, quedando ese vacío donde se ve notoriamente vulnerado el feto; además, en su último inciso y de una gran relevancia da libre arbitrio al profesional de la salud para que pueda excusar sus actos bajo el principio de necesidad, permitiendo de tal manera que los profesionales actúan de acuerdo al estado de necesidad que requiera la paciente, ya que, al ponderar los bienes jurídicos protegidos, siempre va a prevalecer la jerarquía de los mismos, es decir, que prevalece el derecho a la vida sobre el derecho a la integridad personal, por ende, se elimina la antijuricidad del acto.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 2 establece que las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad; así

también en su artículo 20 reza que 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; entonces, de manera taxativa el cuerpo normativo presente dentro de los sujetos protegidos por el cuerpo legal establece e incluye la protección al que está por nacer desde su concepción, entonces, en la legislación nacional el Estado les otorga la mayor protección bajo el principio de interés superior del niño, así mismo, el principio mencionado implica un estándar objetivo de cumplimiento de derechos que no puede estar otorgado a la subjetividad de cada persona. En la misma línea de lo anteriormente establecido, el derecho a la vida al ser la puerta de acceso a los demás derechos fundamentales es de protección obligada e inmediata por parte del Estado, y más, si se trata de seres vivos tan delicados y los cuales necesitan máxima protección como es el feto; sin embargo, dentro de este cuerpo normativo no se menciona nada al respecto de las lesiones que se causaren al feto y su posterior sanción al sujeto activo de la conducta delictiva, no obstante, este cuerpo normativo si tiene el espíritu de protección al feto.

Respecto a lo que es el derecho comparado dentro de este trabajo corresponden a los países de España, Colombia, El Salvador y Nicaragua donde se consideró más completa la normativa de la legislación colombiana, y específicamente la norma empleada fue el Código Penal Ley 599-2000, el mismo que determina el delito de lesiones al feto bajo las modalidades tanto culposa como dolosa, determinando de manera clara las actuaciones

delictivas que llevan a configurar el tipo penal y en concordancia de sanciones apropiadas para cada modalidad de tipo.

Con los resultados obtenidos de la investigación de campo se puede mencionar que dentro del 100% de encuestas realizadas, el 83.33% señalan que, si consideran necesario la reforma al Código Orgánico Integral Penal para tipificar el delito de lesiones al feto por negligencia médica y derogación del último inciso del artículo 152, con la finalidad de garantizar el derecho a la vida e integridad de la mujer embarazada y el feto, además que tipificando el delito de lesiones al feto se garantiza y protege a la mujer embarazada y el feto que está por nacer, igualmente se hace prevalecer el derecho a la vida y a la salud consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, Convenios Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, garantizando el cuidado por parte del médico, así mismo manifiestan que la vida es la garantía más grande del ser humano y velar por la misma nos conduce a una mejor forma de reformar políticas públicas, aparte debe existir norma expresa para sancionar de manera individual éste tipo de infracciones, también porque la aplicación del principio de necesidad es un procedimiento médico no puede quedar a criterio abierto del médico, de igual manera es latente el vacío legal existente en la legislación ecuatoriana respecto a la protección del feto, y de ésta manera se estaría frenando un delito grave que está quedando en la impunidad, además que todos somos parte de una sociedad la cual debe estar en constante evolución y por ende debemos buscar mejorar el entorno jurídico de las personas como sociedad, por último manifiestan que al estar garantizada constitucionalmente la vida

desde la concepción y al ser necesario en el derecho penal la existencia de normas claras, ya que no es posible utilizar analogías o interpretar libremente la ley, es necesario se haga esa puntualización respecto del feto. Por otro lado, el 16.66% mencionan que no consideran necesario la reforma al Código Orgánico Integral Penal para tipificar el delito de lesiones al feto por negligencia médica y derogación del último inciso del artículo 152, con la finalidad de garantizar el derecho a la vida e integridad de la mujer embarazada y el feto, porque ya existe un delito que tipifica la negligencia médica, de igual manera manifiestan que ya existe la protección amparada en el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal; pero recordemos que la Constitución al ser la norma suprema otorga derechos pero no sanciona los actos delictivos y con respecto al tipo penal sobre homicidio culposo por mala práctica profesional, que protege su objetividad jurídica al derecho a la vida, y no protege el derecho a la integridad personal al feto ya que éste tipo penal tiene como sujetos pasivo a otras personas y el feto al no ser considerado como persona en nuestra legislación no lo protege.

En cuanto a las opiniones vertidas por los profesionales entrevistados supieron manifestar que se debe abrir un escenario administrativo donde se pueda debatir la mala praxis médica, pero con especialistas en la materia, y que no sean los jueces o fiscales quienes resuelvan sobre las situaciones de la mala práctica médica o negligencia, así también, se debe tipificar y agregar una nueva figura jurídica como lo es la tipificación del delito de lesiones al feto donde se lo reconozca como sujeto de derechos dentro del Código Orgánico

Integral Penal y así evitar libres interpretaciones lo cual en el Derecho Penal no compete, pues la materia penal se la debe interpretar al tenor literal de la misma, además de que el Estado Ecuatoriano efectivice los derechos ya reconocidos al feto desde la concepción en el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador.

El estudio de casos realizado permitió determinar que el delito de lesiones al feto es un hecho que se suscita en los juzgados, ya sea en casos comunes que se pueden presentar en la sociedad en general o en la práctica de los profesionales de la salud, ya que están propensos a cometer fallas, las cuales pueden ocasionar la pérdida de la vida de un ser vivo, ya sea bajo la modalidad culposa como dolosa, frente a ello es de suma necesidad la tipificación del delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, y de esa manera los juzgadores podrán reconocer al feto como sujeto de derechos dentro del Código Orgánico Integral Penal y así evitar interpretaciones confusas con otros delitos.

Frente a los datos estadísticos que se obtuvo se pudo constatar sobre las defunciones fetales en Ecuador en los años 2009 a 2020 que fueron 20.932 casos, datos que nos otorga el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, donde entre las causales se encuentran enfermedades, estados morbosos o lesiones que causaron la muerte o que contribuyeron a ella y las circunstancias del accidente o de la violencia que produjo dichas lesiones.

De lo expuesto se evidencia la necesidad de reformar el Código Orgánico Integral Penal respecto a la tipificación del delito de lesiones al feto, cuya

objetividad jurídica es el derecho a la integridad personal, pues sobre ello existe un vacío legal pese a que no hay fundamentos suficientes como para sostener que la calidad de persona se adquiere gradualmente, ya que el hombre no cambia de especie en ningún momento de su desarrollo y además que la Constitución de la República del Ecuador le reconoce derechos desde la concepción, es así que es deber del Estado ecuatoriano garantizar la aplicación de los derechos del feto y bajo el principio de igualdad reconocerlo como sujeto de derechos en el Código Orgánico Integral Penal.

8. CONCLUSIONES

Una vez desarrollada la revisión de literatura, analizado los resultados de campo y sintetizados la discusión de los resultados de la tesis, se llegan a las siguientes conclusiones:

Primera:

La negligencia médica contra la mujer embarazada afecta a la integridad de la embarazada y el feto, ya que puede ocasionar daños irreversibles por el uso inadecuado de fármacos o malas prácticas realizadas a la mujer embarazada.

Segunda:

Es necesario garantizar los derechos de las mujeres embarazadas y el feto mediante la tipificación del delito de lesiones al feto, y así evitar interpretaciones con diferentes tipos penales en el cuerpo normativo penal.

Tercera:

Es de vital importancia la reforma al Código Orgánico Integral Penal para tipificar el delito de lesiones al feto por negligencia médica y derogación del último inciso del artículo 152, de tal manera que el Estado ratifique su estatus de garantista de derechos por ser su máximo deber.

Cuarta:

Al no estar tipificado el delito de lesiones al feto se están vulnerando derechos constitucionales a la mujer embarazada y el feto, lo cual permite que normas de inferior jerarquía vayan en contradicción con la norma suprema.

Quinta:

En el derecho comparado se ha considerado más completa la normativa del Código Penal Ley 599-2000 de Colombia, ya que determina el delito de lesiones al feto bajo las modalidades tanto culposa como dolosa, determinando de manera clara las actuaciones delictivas que llevan a configurar el tipo penal y en concordancia de sanciones apropiadas para cada modalidad de tipo.

Sexta:

En el estudio de casos resulta evidente verificar que son hechos que se suscitan en los juzgados, ya sea en casos comunes que se pueden presentar en la sociedad en general o en la práctica de los profesionales de la salud, ya que están propensos a cometer fallas, las cuales pueden ocasionar la pérdida de la vida de un ser vivo, ya sea bajo la modalidad culposa como dolosa, frente a ello es de suma necesidad la tipificación del delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal.

Séptima:

En los datos estadísticos que se obtuvo se pudo constatar sobre las defunciones fetales en Ecuador en los años 2009 a 2020 que fueron 20.932 casos, datos que nos otorga el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, donde entre las causales se encuentran enfermedades, estados morbosos o lesiones que causaron la muerte o que contribuyeron a ella y las circunstancias del accidente o de la violencia que produjo dichas lesiones.

Octava:

Es evidente la necesidad de reformar el Código Orgánico Integral Penal respecto a la tipificación del delito de lesiones al feto, cuya objetividad jurídica es el derecho a la integridad personal, pues sobre ello existe un vacío legal pese a que no hay fundamentos suficientes como para sostener que la calidad de persona se adquiere gradualmente, ya que el hombre no cambia de especie en ningún momento de su desarrollo.

9. RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que se estima procedente exponer en la presente tesis son las siguientes:

Primera:

Se propone al Estado ecuatoriano a través de los diferentes canales de transmisión informativa de televisión e internet capacite a las mujeres embarazadas para que busquen recibir atención de profesionales en obstetricia y ginecología, los cuales se han formado para tratarlas y así lleven

un adecuado control de su embarazo, con la finalidad de evitar lesiones que perjudiquen la integridad del feto.

Segunda:

Al Estado ecuatoriano se aconseja proporcionar los insumos médicos adecuados y de calidad bajo la continua renovación de los mismos a las diferentes instituciones de salud, con la finalidad de garantizar un trabajo de calidad y eficaz por parte de los profesionales de la salud y así resguardar la vida e integridad de los pacientes.

Tercera:

Se recomienda a la Asamblea Nacional a través de la Comisión creadora de normas en materia penal tipificar el delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, de tal manera que exista una figura jurídica específica e independiente que reconozca al feto como sujeto de derechos y así evitar analogías y malas interpretaciones con otros tipos de delitos, ya que el derecho penal se lo debe interpretar al tenor literal de la norma.

Cuarta:

Se sugiere al Ministerio de Salud mantener en vigilancia constante la calidad de los profesionales de la salud, bajo la práctica de evaluaciones constantes y verificar el control de calidad de servicios que prestan los profesionales de la salud, para determinar la capacidad y competencia del talento humano como también mejorar la eficiencia y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Quinta:

A los jueces del área penal como a fiscales se les incita a capacitarse y conocer sobre los derechos fundamentales que posee el feto, ya que son protegidos a nivel Constitucional como a nivel Internacional, además de que los mismos sean considerados como sujetos de derechos dentro del cuerpo normativo penal.

Sexta:

Se sugiere a la Asamblea Nacional tome en cuenta el proyecto de reforma legal que se presenta para reformar el Código Orgánico Integral Penal e implementar el delito de lesiones al feto, garantizando de esa manera los derechos reconocidos por la Constitución y cumpliendo el máximo deber garantista del Estado ecuatoriano, el cual es velar por los derechos de los ecuatorianos bajo el principio de igualdad y no discriminación.

9.1. Proyecto de Reforma Legal

REPUBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

Que: el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

Que: los numerales 2 y 9 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador menciona: 2) Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. 9) El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Que: el Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador determina que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Que: el Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos garantiza que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y

derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Que: el numeral 1 del Art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Que: el Art. 2 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia manifiesta que las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código.

Que: el Art. 20 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia dispone que 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.

Que: el Art. 152 del Código Orgánico Integral Penal determina que la persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las reglas preestablecidas por la ley.

Que: el último inciso del Art. 152 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta que 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.

Que: existe un vacío legal dentro de éste cuerpo normativo que proteja específicamente al feto con la tipificación de un tipo penal y lo reconozca como sujeto de derechos.

En uso de las atribuciones que le confiere el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, a la Asamblea Nacional, Resuelve expedir la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL

Art. 1. En el capítulo II, sección segunda, crease los siguientes artículos innumerados:

Art. 152.1. Delito de 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 dos a cuatro años.*

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. 152.2. Lesiones culposas al feto. - *Si la conducta descrita en el Artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de uno a dos años.*

Si 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. 2. Deróguese el inciso final del Art. 152.

“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”.

Artículo final: Quedan derogadas las demás disposiciones legales que se opongan a la presente reforma.

Disposición final: La presente Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, ubicada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los 17 días del mes de septiembre del 2021.

F.....

Presidenta de la Asamblea Nacional

F.....

Secretario

10. BIBLIOGRAFIA

Obras Jurídicas

- AFANADOR. (2002). El derecho a la integridad personal- Elementos para su análisis.
- Barreto,J. (2008). Derecho Constitucional- Programa Administración Pública Territorial.
- BUSTOS. (2009). Lecciones de derecho penal.
- CABANELLAS, Guillermo. (1979). Diccionario Jurídico Elemental.
- CALVO, Alberto. (2004). El Nasciturus como Sujeto del Derecho. Concepto Constitucional de Persona Frente al Concepto Pandectista-Civilista
- CALZADA, Feliciano. (2010). Teoría Constitución-Cuarta edición. México.
- CHIRIBOGA, Galo & SALGADO, Hernán. (1995). Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana.
- CORREA, Patrocinio. (2016). Derecho Constitucional General-Teoría de la Constitución Política.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. (2000). Código de Procedimiento Penal del año 2000 .
- CÓDIGO PENAL. (1971). Código Penal de 1971.
- DIAZ. & MILAGROSA, María. (2002). La persona individual-Derecho Civil. Parte General.
- ESPINOSA, Eréndira. (2003). Negligencia Médica, cómo identificarla.

- FABRA, Jorge & GARCÍA, Leonardo. (2015). Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones Fundamentales.
- GALÁN, Fanny. (1981). Fecundación y Embarazo.
- GARCÍA, Manuel & MUNAR, Francisca. (2012). Peculiaridades del Paciente Pediátrico.
- GONZÁLES, Juan. (2005). Curso de Derecho penal español, Parte especial, tomo I.
- GONZÁLES, José(2008). Teoría del Delito.
- GUZMAN, José. (2007). El derecho a la integridad personal .
- GUZMÁN, Fernando & FRANCO, Eduardo & MORALES, Ana. (1996). Negligencia en medicina
- JIMÉNEZ, de Asúa. (1954). Principios de Derecho Penal-La Ley y el Delito.
- LISZT. (1945). Tratado de Derecho penal -tomo II.
- LÓPEZ, Natalia. (2004). La Realidad del Embrión Humano.
- MARTÍNEZ, José. (1991). El derecho a la vida, el primero de los derechos .
- MOORE, Keith. (2008). Embriología Clínica.
- NAVARRO, FA. (2008). Glosario de dudas y dificultades inglés-español para pediatras.
- O'DONELL, Daniel. (2004). Derecho internacional de los derechos humanos.
- OSSORIO, Manuel. (1994). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.

- PALADINO, Miguel & CANNIZZARO, Claudia. (2011). Fisiología y fisiopatología de la adaptación neonatal.
- PÉREZ, Rosa. (2013). Patología Forense.
- RODRÍGUEZ. (2013). Escritos de Derecho Natural-Tercera Edición.
- ROJAS, Nerio. (1963). Lesiones.
- SALÁS, Josep. (2005). El Concepto de feto en el Código Penal Español.
- SARMIENTOS, Amarelys & LORENZO, Yuneidy & REYES, Yandy & HERNÁNDEZ, María & PÉREZ, Mayren. (2005). Infanticidio, tema de medicina legal.
- SOLER, Sebastián. (1992). Derecho Penal Argentino.
- TEKE, Alberto. (1993). "Medicina Legal", Santiago de Chile Mediterráneo,1993.
- VALDIVIESO, Gabriela. (2008). La Protección Jurídica del Non Nato en el Ecuador.
- WELZEL, Hans. (1979). Teoría del Tipo Penal- Tipos abiertos y elementos del deber jurídico.
- ZAFFARONI, Eugenio (2006). Manual de Derecho Penal-Parte General
- ZAVALA, Carlos. (2005). El feto como paciente.
- ZÚÑIGA, Ledy. (2014). Serie Justicia y Derechos Humanos- Neoconstitucionalismo y Sociedad.

Leyes

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.
Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**
 Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Obtenido de: spn.pdf (ohchr.org)
- **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. (1969).**
 San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José). Obtenido de: XXXVIII Curso de Derecho Internacional 2011 (oas.org)
- **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (1989).**
 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Obtenida de: ACNUR - Convención sobre los derechos del niño
- **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. (2014).**
 Congreso Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. (2003).**
 Congreso Nacional. (2003). Código Orgánico De La Niñez Y Adolescencia. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- **CÓDIGO CIVIL. (2005).**
 Congreso Nacional. (2005). Código Civil. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- **LEY ORGÁNICA DE LA SALUD. (2006).**
 Congreso Nacional. (2006). Ley Orgánica De La Salud. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- **LEY DE MATERNIDAD GRATUITA Y ATENCIÓN A INFANCIA. (2006).**

Congreso Nacional. (2006). Ley De Maternidad Gratuita Y Atención A Infancia. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA.

Jefatura del Estado «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995
Referencia: BOE-A-1995-25444. Obtenido de: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (boe.es)

- CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA.

LEY 599 DE 2000 (julio 24) Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000.
Obtenido de: Leyes desde 1992 - Vigencia expresa y control de constitucionalidad [LEY_0599_2000] (secretariasenado.gov.co)

- CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR.

DECRETO N° 1030.- LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR (1998). Obtenido de: CÓDIGO PENAL (oas.org)

- CÓDIGO PENAL DE NICARAGUA . (2008).

LEY No. 641 Publicada en La Gaceta Nos. 83, 84, 85, 86 y 87 del 5, 6, 7, 8 y 9 de Mayo del 2008. Obtenido de: CÓDIGO PENAL (oas.org)

Linkografía

- Aquino. (2018). El embrión como ser humano. Obtenido de: El embrión como ser humano - Infobae
- Armaza, J.(2021). Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. lesiones al feto (Jurídico). Obtenido de: ENCICLOPEDIA de BIODERECHO y BIOÉTICA (enciclopedia-bioderecho.com)

- Domingo, A & Salvador, Z. (2018). Las diferencias entre 'cigoto', 'embrión' y 'feto' durante un embarazo. Obtenido de: Las diferencias entre 'cigoto', 'embrión' y 'feto' durante un embarazo (reproduccionasistida.org)
- Femenía, P. (2021). Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. embrión (Jurídico). Obtenido de: ENCICLOPEDIA de BIODERECHO y BIOÉTICA (enciclopedia-bioderecho.com)
- García, R. (2016). Definición recién nacido o neonato. Obtenido de: Definición de neonato o recién nacido- Al fin padres
- Rodrigo, A & Jiménez, S. (2018). Embarazo mes a mes: desarrollo del feto y cambios en la madre. Obtenido de: Embarazo mes a mes: desarrollo del feto y cambios en la madre (reproduccionasistida.org)
- UCHA, Florencia. (2010). Definición de Neonato. Obtenido de: Definición de Neonato » Concepto en Definición ABC (definicionabc.com)

11. ANEXOS

11.1. Cuestionario de Encuestas y Entrevistas



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO
ENCUESTA DIRIGIDA A ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO**

Estimado (a) Abogado (a) en libre ejercicio, por motivo que me encuentro realizando la Tesis titulada: **“LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE LESIONES AL FETO OCASIONADAS POR PROFESIONALES DE LA SALUD EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**, solicito a usted de la manera más comedida sírvase dar contestación a la siguiente encuesta, la misma que me permitirá obtener información que me servirá para la culminación del presente trabajo.

INSTRUCCIONES: El tema a tratar es el vacío legal que implica la no tipificación del delito de lesiones al feto para proteger su integridad, pese a que la Constitución le reconoce derechos desde la concepción: El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”. De acuerdo al último inciso del artículo 152 del COIP señala: *“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”*.

CUESTIONARIO

1. ¿Considera usted que la negligencia médica afecta a la integridad de la mujer embarazada y el feto?

SI () NO ()

¿Por **qué?**

.....

.....

.....

.....

5. **¿Considera usted necesario la reforma al Código Orgánico Integral Penal para tipificar el delito de lesiones al feto por negligencia médica y derogación del último inciso del artículo 152, con la finalidad de garantizar el derecho a la vida e integridad de la mujer embarazada y el feto?**

SI () NO ()

¿Por **qué?**

.....
.....
.....
.....

Muchas gracias por su cooperación



Universidad
Nacional
de Loja

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO**

Título:

**“LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE LESIONES AL FETO
OCASIONADAS POR PROFESIONALES DE LA SALUD EN EL CÓDIGO
ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**

ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES ESPECIALIZADOS

1. ¿Qué opinión le merece a usted que, según el COIP, al no ser punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente, no se cubre en su totalidad la vida y protección del feto?
2. ¿Considera usted que la lesión al feto puede ocasionarle problemas graves para un normal desarrollo de su vida?
3. En el ámbito de su profesión, ¿Usted ha podido constatar casos en los cuales se haya ocasionado lesiones al feto por negligencia médica?
4. De acuerdo a su experiencia, ¿Qué opinión daría usted, para evitar que se ocasionen lesiones al feto?

5. ¿Considera usted que al no existir tipificado el delito de lesiones al feto en el Código Orgánico Integral Penal, se está vulnerando los derechos a la vida, cuidado y protección al feto consagrados en el artículo 45 de la Constitución?

6. ¿Qué sugerencia podría establecer usted, para la no vulneración de los derechos a la vida, cuidado y protección del feto, reconocidos por la Constitución en su artículo 45?

11.2. Proyecto Aprobado.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA



CARRERA DE DERECHO

TÍTULO: “LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE LESIONES AL FETO OCASIONADAS POR PROFESIONALES DE LA SALUD EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”

POSTULANTE:

Dennis Fabián Narvárez Celi

LOJA-ECUADOR

2021

2.PROBLEMÁTICA

El 3 de septiembre del 2020 la Organización Mundial de la Salud al que Ecuador es partícipe, presentó en un seminario web los objetivos y metas de cobertura para 2025 del Plan de Acción “Todos los Recién Nacidos”, tiene como objetivo reducir las muertes fetales prevenibles, es así que para el año 2035 habrá 10 o menos muertes fetales por 1000 nacidos vivos y 14 en el 2020 a nivel mundial.

Los registros del Instituto Nacional de Estadística y Censos en Ecuador tienen como resultado que en el 2020 se registraron 265.437 nacidos vivos y 1.437 defunciones fetales.

De igual manera el Instituto Nacional de Estadística y Censos en Ecuador en el año 2019 dictó que la muerte por razón de mortalidad materna oscila entre 37.0 por 100.000 nacimientos.

Las lesiones durante el embarazo se producen en casos en los cuales se cause daño o se altere el desarrollo normal o provoque en él mismo una grave lesión física o psíquica del feto.

Las lesiones al feto es un problema realmente grave, debido a las lesiones ocasionadas al mismo, ya que pueden llegar a ser de carácter permanente, lo cual perjudicaría severamente su proyecto de vida.

En España con sentencia 2252 del 2001, se establece lo siguiente sobre la práctica profesional: *Cuando la culpa esté relacionada con la conducta de un profesional, que ha de tener saberes y posibilidades específicas de actuación preventiva de un daño, las reglas socialmente definidas alcanzan un más alto grado de exigencia pues no son ya las comunes que se imponen a cualquier*

persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación y titulación. La inobservancia de esas reglas determina un plus de antijuricidad.

Además, en la misma legislación española, con sentencia 1606 del 2005, en un extracto de sentencia habla sobre los malos diagnósticos en la práctica profesional: *A primera vista, resulta incompatible alegar error en el diagnóstico y calificar de falsedad la plasmación de dicho diagnóstico erróneo en un documento, en el que es posible que se hayan introducido elementos complementarios, que no afectan al contenido sustancial del informe. Este error, no intencional sino derivado de la falta de preparación técnica y profesional de la persona que realiza el diagnóstico, no es sino una confirmación plástica del error médico. No existe la más mínima posibilidad de construir un dolo falsario que solo puede existir si el sujeto introduce en el documento, a sabiendas de su falsedad, una serie de datos que sabe que no responden a la realidad.*

Es Ecuador, el artículo 43 de la Constitución del Ecuador garantiza los derechos de las mujeres embarazadas, el cual reza:

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.

Al incluir a la mujer embarazada dentro del grupo de atención prioritaria el Estado Ecuatoriano antepone su bienestar con el fin de que llegue a nacer un nuevo ser humano totalmente sano.

Es así, que, el artículo 45 de la Constitución del Ecuador en su inciso primero estipula: *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.*** Como se puede observar, claramente el Estado estipula el cuidado y garantiza a la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción, es así que el Estado debe dar respuestas y aplicar soluciones ante la problemática de la falta de tipificación específicas de delitos ante lesiones al feto por profesionales de la salud y por ende como resultado conllevan a lesiones del feto.

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 152, en su último inciso habla acerca de las lesiones: *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.* En su último inciso menciona sobre los casos en los cuales las lesiones no son penadas y surjan cuando son necesarias para precautelar la vida de la paciente, es así que se aplica la preferencia al bien jurídico más valioso que es la vida, pero

no se toma en cuenta los casos en los cuales se ocasiona lesiones sin estar en riesgo la vida y por un mal trato de atención prenatal y trabajo obstétrico.

Además, el artículo 2 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia respecto de los sujetos protegidos, reza lo siguiente: *Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código;* el Art. 20 señala sobre el derecho a la vida, en su inciso primero establece: **Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción.** Es importante hacer mención específica que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ya protege la vida del que está por nacer desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años.

Así mismo el Código Civil en su artículo 61, reza lo siguiente: El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Comparando la legislación Española el Código Español en el artículo 157 el determina: *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en*

clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

En comparación con la legislación ecuatoriana, nuestra legislación posee ese vacío legal tan necesario como lo es las lesiones al feto; el Código español estipula y hace referencia a los daños causados al feto cuya consecuencia provoque que su desarrollo no sea normal, tendrá una sanción de 1 a 4 años.

Además, el artículo 158 del Código Penal de España reza: *El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.*

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

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

El artículo 158 del Código Penal de España hace referencia a los daños causados en caso de imprudencia grave; donde si la imprudencia fue cometida en el ejercicio profesional, será penado con inhabilitación del oficio o cargo que ostente.

Ante lo manifestado en el presente texto, resulta una medida necesaria la derogación del último inciso del artículo 152 de lesiones dentro del Código Orgánico Integral Penal, y tipificación del delito de lesiones al feto por negligencia médica, como artículo siguiente innumerado al 152.

3.JUSTIFICACIÓN

El delito de lesiones al feto es una figura jurídica necesaria a tipificar dentro del Derecho Penal, el cual se encuentra regido dentro del Derecho Público, el mismo que se localiza dentro de la línea de investigación del control social de la criminalidad, en el campo sustantivo, adjetivo y ejecutivo penal.; por ende, cumple con lo establecido con el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, el mismo que regula la pertinencia del estudio de la investigación, y de esa forma optar por el Grado de Licenciado en Jurisprudencia, que me habilita para obtener el Título de Abogado de los juzgados y tribunales de la República del Ecuador.

La dialéctica del Derecho permite que el mismo sea partícipe de cambios constantes, ya que el cambio es lo único permanente en el tiempo, así el derecho debe estar en congruencia con la convivencia y cultura social, y por ende permita crear, entender y aplicar el derecho acorde a las necesidades de la sociedad.

Tal como manifestaba Georg Hegel la libertad permite la realización del espíritu subjetivo, asegurando que la verdadera misión del derecho se encuentra en estar al servicio de la realización de la libertad humana, y que la libertad humana es condición fundamental del derecho; de esta manera es necesario tomar las riendas necesarias de tipificar el delito de lesiones al feto, debido a que el mismo llena ese vacío legal existente en la actualidad, además que vulnera los derechos establecidos en la Constitución de la República como el art. 43, el cual establece *las garantías a las mujeres embarazadas y*

en periodo de lactancia; el art. 45, el cual establece en su primer inciso que - Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

En el Ecuador existe una necesidad legal de otorgarle una igualdad de derechos plasmados en la Constitución de la República en su artículo 45, el cual reza: *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.* Es así, que al no existir tipificado el delito de lesiones al feto se vulneran sus derechos constitucionales que el estado le reconoce al mencionar las palabras “*desde la concepción*” del artículo enunciado, fruto de este pronunciamiento es evidente la falta de ley que elimine la desigualdad de derechos entre el “nasciturus” y las personas “ya nacidas”.

Es así que plasmo la justificación del presente Trabajo de Investigación Jurídica que contiene aspectos e información trascendental e histórica para forjar cambios de suma relevancia e incentivar la aplicación del delito de lesiones al feto y así garantizar la integridad por parte del Estado para con el género femenino y feto, el cual atraerá grandes e importantes cambios en perspectiva de cada una de las mujeres y la sociedad hasta llegar a conjuntos núcleos de la sociedad como son las familias ecuatorianas.

4. Objetivos

4.1. Objetivo General

Realizar un estudio conceptual, doctrinario, jurídico y comparado de las lesiones ocasionadas al feto por profesionales de la salud en el régimen penal ecuatoriano.

4.2. Objetivos Específicos-

-) Demostrar que la negligencia médica contra la mujer embarazada afecta a la integridad de la embarazada y el feto.
-) Enfatizar las necesidades de garantizar los derechos de las mujeres embarazadas y el feto con la tipificación del delito de lesiones al feto por negligencia médica.
-) Elaborar un proyecto de reforma al Código Orgánico Integral Penal para tipificar el delito de lesiones al feto por negligencia médica y derogación del último inciso del artículo 152, con la finalidad de garantizar el derecho a la vida e integridad de la mujer embarazada y el feto.

5. Hipótesis

La falta de tipificación del delito de lesiones al feto por negligencia médica, produce graves vulneraciones a los derechos constitucionales de la mujer embarazada y el feto.

6. Marco Teórico

6.1. Derechos Constitucionales

Según Feliciano Calzada Padrón, el Derecho Constitucional tiene como finalidad específica la limitación de determinados poderes del Estado y

de sus auxiliares, mediante actos que entrañan efectos bilaterales; de modo que las normas constitucionales refuerzan una forma de vida plasmada en un orden institucional. (Calzada, 2010, pág. 18).

El autor nos manifiesta claramente que los derechos constitucionales son el límite a los poderes del Estado, de esta manera son éstos derechos plasmados en la constitución quienes refuerzan una forma de vida plasmada en un orden institucional de todos los ciudadanos. Es así, que los derechos plasmados en la Constitución son producto de la voluntad del pueblo, los cuales tienen grado superior del ordenamiento jurídico, entonces la Constitución de un país no es un acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye un gobierno.

Para los autores Jorge Luis Fabra Zamora y Leonardo García Jaramillo El argumento sustantivo se basa en la importancia de los derechos constitucionales, la cual surge del hecho de que son derechos que han sido incluidos en una constitución con la intención –subjetiva u objetiva– de transformar los derechos humanos en derecho positivo o, en otras palabras, con la intención de positivizar los derechos humanos en tanto son derechos morales. (Fabra-García, 2015, pág. 224).

Los autores nos mencionan que todos los derechos plasmados en la constitución tienen una intención tanto objetiva como subjetiva, de esta forma se transforman los derechos humanos en derecho positivo de cada estado para con sus ciudadanos. Los valores de libertad y respeto de los derechos humanos de un estado parte, proporcionan el medio natural para la protección

y la realización efectiva de los derechos humanos, y en el enfoque de preservar y priorizar la vida de las mujeres resulta infraconstitucional denigrar y limitar derechos humanos consagrados y dados desde que forman parte como seres humanos.

6.2. Negligencia médica

La negligencia ocurre cuando el médico no cumple con la obligación de emplear en forma adecuada los medios necesarios para atender a un paciente, es decir, cuando tiene los conocimientos y recursos necesarios para hacerlo y no los utiliza por descuido u omisión. Por otro lado, cuando al atender a un paciente el médico no posee los conocimientos técnicos y científicos que su preparación académica exige, se comete impericia, y se incurre en dolo cuando, por ejemplo, con el fin de obtener algún beneficio, el médico no informa claramente al paciente sobre los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que pueden emplearse en su tratamiento, lo que significa que quiere inducir a error al paciente o mantenerlo en él. (Espinosa, 2003, pág. 57)

La negligencia médica surge cuando el profesional de la salud tiene los conocimientos y recursos necesarios para hacerlo y no los utiliza por descuido u omisión, así pues, hay culpa cuando al atender a un paciente el médico no posee los conocimientos técnicos y científicos que su preparación académica exige y dolo cuando con el fin de obtener algún beneficio, el médico no informa claramente al paciente sobre los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que pueden emplearse en su tratamiento.

La negligencia o mala práctica médica es la negligencia de un médico o proveedor de atención médica que tiene como consecuencia la lesión o muerte de un paciente. Se comete negligencia cuando se hace un diagnóstico erróneo o cuando no se acatan las prácticas médicas estándar. No se puede responsabilizar a los médicos por una condición médica preexistente, aunque el agravamiento de una condición médica preexistente puede considerarse negligencia. (Institute, 2021, pág. 1).

En tal sentido la negligencia médica es producida por la negligencia de un médico, cuando teniendo el conocimiento, él mismo, comete errores en un diagnóstico erróneo o cuando no aplican las prácticas médicas adecuadas. En ese sentido, los profesionales que actúen con negligencia vulneran directamente los derechos constitucionales que el Estado le otorga a las mujeres embarazadas y nasciturus.

6.3. Lesión

Según la Enciclopedia Jurídica menciona que las lesiones son un hecho delictivo consistente causar un perjuicio o daño en la integridad corporal o salud física o mental de otra persona, siempre que dicha lesión necesite para su curación, además de una primera asistencia médica, un tratamiento médico o quirúrgico. Una simple vigilancia del curso de la lesión no significa que haya tratamiento médico. (Enciclopedia & Jurídica, 2020, pág. 1).

De ese se desprende, que las lesiones producidas por negligencia médica son hechos delictivos, además ésta definición general nos da

importantes aclaraciones como reparación la víctima debe recibir asistencia médica, un tratamiento médico o quirúrgico.

En efecto, el Diccionario panhispánico del español jurídico define las lesiones como: “Consecuencia de algunos delitos de lesiones que consiste en un menoscabo para la salud física o mental”. (Diccionario & jurídico, 2021, pág. 1). En igual sentido, éste diccionario enfoca la lesión como el menoscabo de la salud física o mental del sujeto pasivo, en un estado garantista de derechos tipificar este delito es reflejar el verdadero derecho en igualdad de condiciones.

6.4. Nasciturus

Guillermo Cabanellas su diccionario jurídico define al nasciturus como: “El que ha de nacer; el concebido y no nacido”. (Cabanellas G. , 1979, pág. 210). En efecto, el concebido como estipula el artículo 45 de la Constitución del Ecuador será sujeto protegido por el Estado desde su concepción hasta que pueda ejercerlos cuando nazca. La entrega de derechos al meramente concebido no es nula, sino que está sometida a la condición resolutoria del nacimiento.

El Diccionario Jurídico define al nasciturus como: El nasciturus es el concebido y no nacido al que en Derecho civil español se le conceden determinados derechos, tanto hereditarios, como la posibilidad de ser donatario (destinatario o beneficiario) en alguna donación. Jurídicamente se considera nasciturus al feto desde el momento de la concepción hasta su separación completa del cuerpo de la madre

mediante el corte del cordón umbilical. (Diccionario & Jurídico, 2019, pág. 1).

6.5. Tipificar

Según la Real Academia Española, define de la siguiente manera: “En la legislación penal o sancionatoria, definir una acción u omisión concretas, a las que se asigna una pena o sanción”. (Real Academia Española, 2020, pág. 1). Debido a esta definición establecida por la RAE, al referirnos a la palabra tipificar, estamos hablando de establecer dentro de los delitos una nueva figura, la cual es el delito de lesiones al feto con su respectiva sanción; dándole acciones u omisiones precisas para que se adecuen dentro del delito tipificado.

6.6. Integridad

Guillermo Westreicher define a la integridad como: “La integridad es la condición de un individuo u objeto de mantener todas sus partes. Esto no incluye solo lo físico, sino los valores y convicciones”. (Westreicher, 2020, pág. 1). Sin duda, salvaguardar la integridad de la mujer embarazada y del nasciturus es un deber fundamental de un Estado garantista de derechos, puesto que debe priorizar la integridad del que está por nacer.

6.7. Vulneración de derechos humanos a las mujeres

Las Naciones Unidas en su artículo 1 manifiesta que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. (Naciones Unidas, 2015, pág. 4). La libertad como derecho humano

pertenece a todo ser humano sin discriminación, por ende, no solo basta que el estado lo plasme en la constitución, sino que se lo aplique de manera igualitaria y sin disminución o jerarquía en los géneros femeninos y masculinos.

Las Naciones Unidas en su artículo 3 manifiesta que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. (Naciones Unidas, 2015, pág. 8). Tal como podemos evidenciar que las restricciones legales de acceso al aborto tienen un impacto catastrófico en el derecho a la vida de las mujeres, ya que restringiendo el acceso se obliga a las mujeres a atentar contra su vida ya que se someten a abortos completamente inseguros y como consecuencia obtienen la muerte.

6.8. Vulneración de derechos humanos del nasciturus

La Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 4, numeral 1 reza: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (Convención Americana de los Derechos Humanos , 1969, pág. 2).

Por lo antes señalado, cabe resaltar que los ordenamientos jurídicos en el transcurrir de los años se han ido perfeccionando para conseguir y lograr tutelar el derecho a la vida humana desde su concepción. Es así, que el Estado Ecuatoriano tiene el deber bajo el principio de igualdad de otorgarle

mayor protección, protección de la cual se fundamenta en el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador.

6.9. Legislación Ecuatoriana

Constitucional

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 43 establece y garantiza los derechos para mujeres embarazadas y periodo de lactancia: 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. (Constitución de la República del Ecuador , 2020, pág. 22).

Vinculado a lo anterior, el Estado garantiza los derechos de las mujeres embarazadas y las protege como parte del grupo de interés superior, el cual establece, primero a la no discriminación, segundo a la gratuidad de servicios de salud, tercero a salud integral durante, paro y posparto, y cuarto recuperación durante el periodo de lactancia.

La Constitución de la República del Ecuador en el inciso primero del artículo 45 lo siguiente: 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 , 2020, pág. 23).

De las evidencias anteriores se desprende los reconocimientos que el Estado le ha dado al concebido, ya que le reconoce y garantiza el derecho a la vida, al cuidado y protección; dando consigo una necesidad latente de equiparar en igualdad de derechos esa protección para el nasciturus.

Penal

El Código Orgánico Integral Penal en el último inciso del artículo 152 establece en los casos de lesiones que intervienen profesionales de la salud, el cual reza: 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 Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 58).

Tal como se evidencia en lo pronunciado, este tipo de lesiones no son punibles, ya que 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, se tiene la integridad física y por otro lado la vida, y como consecuencias obvias es necesario lesionar el primer bien protegido para que de esa manera prevalezca el segundo.

6.10. Derecho Comparado

El Código Penal de España en su Título IV-De las lesiones al feto, en su artículo 157 mencionan que: El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que

perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años. (Código Penal de España, 2021, pág. 60).

En la legislación española, el delito de lesiones al feto fue tipificado por primera vez al modificar el Código Penal en el año 1995, con la finalidad de llenar una laguna jurídica. Con lo enunciado en el artículo anterior, en la legislación ecuatoriana existe una desprotección de la salud e integridad física del no nacido. Ya que, si la Constitución en Ecuador protege la vida tanto del nacido como la del que está por nacer, es evidente que se debe hacer lo mismo con respecto de la salud e integridad física.

El Código Penal de España en su artículo 158 reza lo siguiente: El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

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

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

El Código Penal de España agrega una pena agravada al facultativo, ya que encuentra su fundamento en lo que respecta el deber objetivo de cuidado del facultativo donde la infracción agrava el desvalor de su conducta. Siguiendo la línea de lo establecido, la mujer embarazada tiene un tratamiento diferenciado en lo que respecta a las lesiones imprudentes, ya que no hay imputación a título de culpa para ella.

7. METODOLOGÍA

7.1. Métodos

Dentro de éste proyecto de investigación socio- jurídico se aplicará los siguientes métodos:

Método Científico: El método científico es un método de investigación usado principalmente en la producción de conocimiento en las ciencias.

Para ser llamado científico, un método de investigación debe basarse en lo empírico y en la medición, y estar sujeto a los principios específicos de las pruebas de razonamiento. (Labajo, 2016, pág. 4)

Método Inductivo: Este método permite pasar de los hechos particulares a los principios generales. Consiste en partir de la observación de múltiples hechos o fenómenos para luego clasificarlos y llegar a establecer las relaciones o puntos de conexión entre ellos, pudiendo concluir en una teoría. (Hurtado-Toro, 2005, pág. 84)

Método Deductivo: es un proceso mental o de razonamiento que va de lo universal o general a lo particular. Consiste en partir de una o varias premisas

para llegar a una conclusión. Es usado tanto en el proceso cotidiano de conocer como en la investigación científica.

(Hurtado-Toro, 2005, pág. 82)

Método Analítico: Es un método que descomponen la realidad en múltiples factores o variables cuyas relaciones y características son estudiadas mediante fórmulas estadísticas. Muchas veces estudian sólo partes de la realidad, determinada población, sólo ciertas variables. Determinar el área que abarcará el estudio, la población y las variables de las que se ocupará es lo que se hace cuando se delimita el problema. (Hurtado-Toro, 2005, pág. 96)

Método Exegético: El Método exegético es el estudio de las normas jurídicas civiles artículo por artículo, dentro de éstos, palabra por palabra buscando el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador. (Machicado, 2011, pág. 1)

Método Hermenéutico: El método hermenéutico es una forma de análisis que tiende a la interpretación, se aplicó inicialmente al estudio de textos, pero posteriormente a lo largo del tiempo se ha aplicado en diferentes contextos. En su esencia la hermenéutica y el método hermenéutico reconoce en todo texto, objeto, palabra y acción un sentido doble: El literal, y un sentido pragmático, analógico o alegórico. (Arango, 2021, pág. 1)

Método Mayéutica: La mayéutica es un método o una técnica que consiste en realizar preguntas a una persona hasta que ésta descubra conceptos que estaban latentes u ocultos en su mente. El cuestionario es desarrollado por

un maestro que debe encargarse, con sus preguntas, de guiar a su discípulo hacia el conocimiento no conceptualizado. (Pérez-Merino, 2014, pág. 1)

Método Comparativo: Este método consiste en equiparar las instituciones y acontecimientos de un país con otro, a efecto de trasladar o exportar a otros países, instituciones, medidas y preceptos que hayan acreditado su bondad y efectividad en un país dado. (Fernández, 2011, pág. 224)

Método Estadístico: El método estadístico consiste en una secuencia de procedimientos para el manejo de los datos cualitativos y cuantitativos de la investigación. Dicho manejo de datos tiene por propósito la comprobación, en una parte de la realidad, de una o varias consecuencias verificables deducidas de la hipótesis general de la investigación. (Reynaga, 2021, pág. 17)

Método Sintético: es un proceso de análisis de razonamiento que busca la forma de reconstruir un acontecimiento de manera resumida, valiéndose de los diferentes elementos fundamentales que estuvieron presentes en el desarrollo del acontecimiento. (Pacheco, 2019, pág. 1)

7.2. Procedimientos y técnicas

Técnicas de acopio teórico documental: Los mismos que sirven para la recolección de todas las identificaciones que se puedan lograr como: datos bibliográficos, fichas bibliográficas, y, fichas nemotécnicas.

Técnicas de acopio empírico: Las cuales además son conocidas como técnicas de campo.

Observación documental: Es el estudio de documentos que aportaran a la investigación.

Encuesta: La cual consiste en la elaboración de un cuestionario, el cual debe contener preguntas claras y concretas para obtener respuestas con la finalidad de recolectar datos y según los resultados de la tabulación poder conocer la opinión pública sobre la problemática planteada. Los resultados se conocerán luego de plantear 30 encuestas.

Entrevista: La entrevista consiste en un dialogo entre el entrevistador y el entrevistado sobre aspectos puntuales de la problemática de estudio, la misma que se realizará a 10 personas especialistas conocedoras de la problemática.

Herramientas: Zoom, grabadora, cuaderno de apuntes, computadora, video llamada por una red social.

Materiales: Libros, diccionarios jurídicos, leyes, artículos, revistas.

Los resultados que se obtengan de la investigación se presentarán en tablas, barras o gráficos y en forma detallada con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirven para la construcción del marco teórico, verificación de los objetivos, planteamiento de la hipótesis, y culminar con las conclusiones y recomendaciones enfocadas a la solución del problema planteado.

7.3. Esquema Provisional del Informe Final

El informe final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento del Régimen Académico, en actual vigencia que señala: Resumen en Castellano y Traducido al inglés; Introducción, Revisión de literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Discusión; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía; y, Anexos.

Sin perjuicio de dicho esquema, es necesario que, en este punto de metodología, se establezca un esquema provisional para el informe final de la investigación socio-jurídica propuesta, siguiendo la siguiente lógica:

Acopio Teórico

- a) Marco Conceptual:** Derecho Constitucional, Negligencia médica, Lesión, Nasciturus, Tipificar, Vulneración de derechos humanos a las mujeres, Vulneración de derechos humanos del nasciturus, Legislación Ecuatoriana, Derecho Comparado.
- b) Marco doctrinario:** Consulta de autores nacionales y extranjeros referentes a la problemática propuesta.
- c) Marco jurídico:** Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Código Penal de España, Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos.
- d) Derecho comparado:** Código Penal de España, Código Penal de Colombia (ley 599-2000).

Acopio empírico:

- a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas.
- b) Presentación y análisis de los resultados de las entrevistas.
- c) Estudio de casos.
- d) Análisis de datos estadísticos

Síntesis de la investigación jurídica:

- a) Indicadores de verificación de los objetivos.
- b) Contrastación de las hipótesis.
- c) Concreción de los fundamentos jurídicos para la propuesta de reforma.
- d) Deducción de conclusiones.
- e) El planteamiento en el que estará la propuesta de la reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

8. Cronograma

ACTIVIDADES 2021	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre
Elaboración del Proyecto de investigación.	x							
Aprobación del Proyecto de Investigación.		x						
Revisión de Literatura.		x						
Elaboración del Marco Doctrinario, Jurídico.		x						
Resultados de Investigación.		x						
Tabulación de Datos, verificación de objetivos, contrastación de hipótesis.			x					
Recomendaciones y conclusiones, propuesta de reforma.			x					
Entrega de Borradores de Tesis, revisión y Corrección				x				
Elaboración informe final				x				
Trámites de Aptitud Legal.					x			
Designación del Tribunal					x			
Sesión Reservada						x		
Sustentación de Tesis.							x	
Grado Oral por materias								x

9. Presupuesto y Financiamiento

9.1. Recursos Humanos

Director de Tesis: Por designarse

Entrevistados: 10 profesionales especializados en el tema.

Encuestados: 30 profesionales del derecho y medicina

Ponente del Proyecto: Dennis Fabián Narváez Celi

9.2. Recursos y Materiales

Descripción	Valor USD
Trámites Administrativos	\$100,00
Materiales de oficina	\$100,00
Bibliografía. (libros, códigos, etc.)	\$200,00
Herramientas Informáticas	\$100,00
Internet	\$150,00
Elaboración del Proyecto	\$200,00
Reproducción ejemplar del borrador	\$150,00
Reproducción tesis	\$150,00
Transporte	\$200,00
Total	\$1350,00

9.3. Financiamiento

El presupuesto para el desarrollo del presente proyecto de investigación, estarán a cargo de sus familiares y del postulante, donde el monto total es de mil trescientos cincuenta dólares americanos.

10. Bibliografía

Obras Jurídicas

CALZADA Padrón F. (2010). Teoría Constitución-Cuarta edición. México

FABRA, J. GARCÍA, L. (2015). Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones Fundamentales.

ESPINOZA, E. (2003). Negligencia Médica, cómo identificarla.

CABANELLAS, G. (1979). Diccionario Jurídico Elemental

NACIONES UNIDAS. (2015). Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

PACTO DE SAN JOSÉ. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos

Leyes

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Decreto Legislativo 0 Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008 Ultima modificación: 12-mar.-2020

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, COIP Ley 0 Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014 Ultima modificación: 17-feb.-2021

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos

Código Penal de España. (2021)

Linkografía

FACULTAD DE DERECHO DE CORNELL. (1992). shorturl.at/nJT79

ENCICLOPEDIA JURÍDICA. (2020). shorturl.at/ciFV7

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2020). shorturl.at/fpBEJ

DICCIONARIO JURÍDICO. (2019). shorturl.at/fpqtR

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2020). shorturl.at/gqxX0

ECONOMIPEDIA. (2021). shorturl.at/mqrNQ

INDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DE LA AUTORA, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
ESQUEMA DE CONTENIDOS.....	VII
TÍTULO.....	1
RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	3
INTRODUCCIÓN	4
REVISION DE LITERATURA	8
Marco Conceptual.....	8
Derecho Constitucional.....	8
Integridad	10
Negligencia Médica	12
Lesiones	15
Nasciturus.....	18
Feto	20
Embrión	22
Neonato	25
Delito	27
Tipo Penal	29
Marco Doctrinario	31
Reseña Histórica de las lesiones en Ecuador	31
Derechos fundamentales del feto.....	35
Lesiones al Feto	38
Diferencia entre embrión, feto y neonato	40
Diferencia entre tentativa de aborto y lesiones al feto	43
El estatus jurídico del feto.....	46

Sujetos activos del delito de lesiones al feto	48
Sujeto pasivo del delito de lesiones al feto	51
Lesiones al feto desde el enfoque de la medicina legal	53
Marco Jurídico	54
Constitución de la República del Ecuador	54
Declaración Universal de Derechos Humanos	60
Convención Americana de Derechos Humanos	61
Convención sobre los Derechos del niño	63
Código Orgánico Integral Penal	63
Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia	66
Código Civil	68
Ley Orgánica de Salud	70
Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia	74
Derecho Comparado	75
Código Penal de España	75
Código Penal de Colombia	77
Código Penal de El Salvador	79
Código Penal de Nicaragua	81
Cuadro Comparativo de los elementos del tipo penal del delito de lesiones al no nacido-feto entre las legislaciones de Nicaragua, El Salvador, Colombia, España, y Ecuador.	84
MATERIALES Y MÉTODOS	89
Materiales Utilizados	89
Métodos	90
Técnicas	93
Observación Documental	94
RESULTADOS	95
Resultados de las encuestas	95
Resultados de las entrevistas	110
Estudio de Casos	136
Análisis de Datos Estadísticos	154
Registro Estadístico de Defunciones Fetales, años 2009 a 2020	155
Análisis del Autor	155
Defunciones fetales por semanas de gestación, periodo 2020	156
Análisis del Autor	156

DISCUSIÓN	157
Verificación de los Objetivos	157
Verificación de Objetivo General	157
Verificación de los Objetivos Específicos	158
Contrastación de Hipótesis	163
Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal	165
CONCLUSIONES	173
RECOMENDACIONES	175
Proyecto de Reforma Legal	178
BIBLIOGRAFIA	182
ANEXOS	188
Cuestionario de Encuestas y Entrevistas	188
Proyecto Aprobado.	193
INDICE	221