

La protección jurídica del concebido. El feto como paciente

Carlos María Romeo Casabona

Catedrático de Derecho Penal Universidad de La Laguna (España)

I. Tradicionalmente la protección del concebido, ya sea un embrión o un feto, se ha considerado suficiente mediante la sanción del delito de aborto y de la utilización de los demás instrumentos jurídicos que proporcionan otras ramas del Derecho. Sin embargo, el derecho a la vida, con todas sus connotaciones de calidad, de vida digna, de individualidad e igualdad (dejando a salvo la diferente valoración jurídica que merezcan la vida humana dependiente e independiente), son asimismo predicables respecto de la vida del embrión o del feto, sin perjuicio del reconocimiento del derecho al aborto y de su plasmación legal, y precisamente con independencia de que ese embrión o feto vaya a llegar a término (llegue a convertirse en vida humana independiente, en persona desde el punto de vista jurídico) o vaya a producirse su destrucción espontánea o amparada en la ley.

Determinadas nuevas situaciones, propiciadas en la mayor parte de los casos, una vez más, por los adelantos científicos, muestran que tal derecho no es o no puede ser siempre realizado plenamente en favor del feto, y que los instrumentos tradicionales de protección del mismo a través del delito de aborto son claramente insuficientes para enfrentarse a esa doble vertiente, casi siempre inherente a los progresos de las ciencias biomédicas en los últimos tiempos: junto a sus innegables ventajas para el bien de la humanidad nos encontramos con nuevos peligros que la misma debe arrastrar y medir, particularmente cuando afectan al concebido, mucho más vulnerable por

la protección limitada de que suele gozar. Ello ha de conducir a la fijación de un estatuto jurídico del embrión y del feto¹.

II. Los descubrimientos en genética humana están permitiendo la determinación del patrimonio genético fetal, y gracias a ellos, en parte, se están abriendo por este camino las puertas a medidas terapéuticas de diversa incidencia también en el feto. A ello está contribuyendo la técnica conocida como "diagnóstico prenatal". Por diagnóstico prenatal podemos entender el conjunto de procedimientos de que dispone la medicina para recoger elementos de información sobre el feto². Por medio de esta técnica se puede detectar la presencia de una enfermedad o una malformación en el feto, e incluso predecir el sexo del mismo, lo que, por otro lado, tiene también interés para descubrir enfermedades hereditarias vinculadas al sexo. Cuando se trata de parejas con alto riesgo de descendencia con anomalías, sirve al mismo tiempo para confirmar o descartar la presencia de alguna de ellas en el feto. El feto es, en consecuencia, el sujeto del diagnóstico prenatal, a diferencia del diagnóstico preconcepcivo, utilizado para establecer la presencia de una indicación de esterilización por razones eugenésicas, en el que los sujetos del mismo son los miembros de la pareja consultante³. El diagnóstico prenatal conduce por lo general, al igual que aquel, al consejo genético.

Son diversas las técnicas de que dispone hoy la medicina para detectar precozmente anomalías fetales de diferente naturaleza: ecografía, fetoscopia, embrioscopia, radiografías, coriocentesis, extracción directa de sangre fetal, amniocentesis⁴.

La amniocentesis es la que permite en la actualidad diagnosticar un mayor número de enfermedades congénitas, debidas o aberraciones cromosómicas, desequilibrios metabólicos, enfermedades genéticas no hereditarias, vinculadas al sexo, situaciones de predisposición de enfermedades que aparecerán en la infancia o en la edad adulta, etc.

Las principales manifestaciones de esta naturaleza son el mongolismo, alteraciones en el tubo neural (espinas bifidas), de la alfa-proteína (muerte del feto, isoinmuni-

¹ Aunque para evitar confusiones por lo general se utilizan en el texto ambas expresiones de forma conjunta, cuando no se procede así la palabra feto cubre también al embrión, salvo otra indicación. Por el contrario, la palabra embrión empleada aisladamente, se refiere únicamente a esta realidad biológica.

² Véase a JOSÉ M. CARRERA (ed.) y otros, *Diagnóstico prenatal*, Instituto Dexeus, Barcelona, Salvat Editores, 1987, págs. 1 y ss.; a CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, en "La Ley", núm. 1751, 6 (1987); y a MARIE CHOQUETTE, *Nouvelles technologies de la reproduction (Étude des principales législations et recommandations)*, Gouvernement du Québec, Conseil du statut de la femme, Québec, 1986, pág. 29.

³ Cf. ROMEO CASABONA, *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, cit., págs. 1 y ss.

⁴ Véase más ampliamente, sobre todo, a J. M. CARRERA, *Diagnóstico prenatal*, cit., págs. 161 y ss.; Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et la Santé, *Rapport: le diagnostic prénatal et perinatal. Le diagnostic d'une prédisposition*, Paris, 1985, págs. 4 y ss.; a CLARKE FRASER, *Diagnostic prénatal des désordres génétiques* en "Cahiers de Bioéthique", núm. 2, Québec 1980, págs. 3 y ss.; y a JOSÉ A. USANDIZAGA, *Consejo genético y diagnóstico prenatal: problemas éticos*, en "Dilemas éticos de la medicina actual", Madrid, 1986, págs. 301 y ss.

zación, etc.). El procedimiento consiste en la extracción de líquido amniótico, normalmente a partir de la decimosexta semana del embarazo, mediante una punción lumbar en la cavidad abdominal y el subsiguiente cultivo de las células fetales contenidas en dicho líquido. Esta técnica presenta ciertos riesgos, como son el aborto espontáneo, perturbaciones neonatales, complicaciones al término del embarazo (desprendimiento prematuro de la placenta, ruptura precoz de aguas, hemorragia *postpartum*). No obstante, se va perfeccionando constantemente y reduciendo progresivamente estos peligros inherentes a la prueba⁵.

Dado el amplio campo de posibilidades diagnósticas que cubre o está en vías de ofrecer el diagnóstico prenatal, señalemos las siguientes finalidades a que puede servir principalmente: a) tranquilizar a los padres con alto riesgo, en cuanto a que el feto no presenta malformación o enfermedad alguna; b) permitir el tratamiento (quirúrgico, medicamentoso) del feto para curar o paliar ciertas anomalías que presente, o terapia fetal; c) indicar el modo de realizar el parto, de acuerdo con las malformaciones que presente el feto (p. ej., una cesárea); d) determinar el tratamiento que se deba seguir con el recién nacido una vez que se haya producido el parto; e) adoptar la decisión del aborto eugenésico cuando esté permitido por la ley, como lo está en el derecho español (art. 417 bis núm. 1. 3ª del Código Penal) y en aquellos países que han adoptado el sistema de las indicaciones o el de los plazos o una combinación de ambos; f) decidir el aborto como método de selección del sexo, si está permitido por la ley (no lo está en el derecho español, pero es compatible con el sistema de los plazos); g) asumir el hijo que probablemente presentará anomalías, o preparar los trámites legales para su adopción por terceros o su ingreso en una institución para niños abandonados⁶. La decisión sobre estas opciones dependerá de las convicciones personales de los padres y de la situación legal en relación con alguna de ellas, en concreto, del aborto, según las condiciones vigentes en nuestra legislación⁷.

No hay inconveniente en calificar el diagnóstico prenatal como medida terapéutica, al igual que cualquier otro procedimiento diagnóstico, desde el momento en que va encaminado al *tratamiento* del feto en la medida de lo posible⁸. Habrá que considerarlo, por consiguiente, penalmente atípico, en el sentido de que no se dan los elementos —del tipo— del delito de lesiones corporales en relación con las posibles actuaciones en el cuerpo de la madre o del embrión para obtener el diagnóstico, en cuanto suponen un beneficio potencial para aquella o este, o para

⁵ Véanse sobre estos aspectos las citas de la nota anterior.

⁶ Cf. TABITHA M. POWLEDGE / JOHN FLETCHER, *Recommandations concernant les problèmes moraux, sociaux et juridiques relatifs au diagnostic prénatal*, en "Cahiers de Bioéthique", núm. 2, Québec, 1980, pág. 92.

⁷ Véase sobre ellas, a LUIS ARROYO ZAPATERO, *La indicación eugenésica*, en "Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 12, págs. 47 y ss. (1986), y a ROMEO CASABONA, *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, cit., págs. 6 y ss.

⁸ En este sentido, ALBIN ESER, *Genética humana desde la perspectiva del derecho alemán*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 351 (1985).

ambos. Para ello será necesaria la comprobación de la indicación del diagnóstico, con la correspondiente ponderación de riesgos y ventajas, y la actuación conforme a la *lex artis*. Dentro de esta noción se entienden incluidas las técnicas diagnósticas que poseen todavía un cierto componente experimental (experimentación terapéutica), como pudiera suceder hasta cierto punto con la amniocentesis, en consideración a los riesgos ya descritos que todavía implica.

III. El previsible desarrollo futuro de las posibilidades terapéuticas en el feto abre nuevas perspectivas, como la de que disminuyan los abortos por razones eugenésicas, al poder ser corregidas ciertas anomalías que padece el feto⁹, lo que nos lleva de la mano a la singular situación de encontrarse los médicos entonces ante un nuevo 'paciente' que, a diferencia de los enfermos habituales, presenta la particularidad de hallarse en el cuerpo de otra persona: el de la madre; por ello, de un modo u otro las acciones terapéuticas fetales deberán practicarse inevitablemente siempre a través del cuerpo de ella¹⁰. De ahí que el significado de *paciente* aplicado al feto tenga unas implicaciones jurídicas muy peculiares y distintas, en particular en lo relativo a las lesiones corporales que se infligen a la madre (p. ej., si hay que practicar una cesárea u otra intervención quirúrgica en ella para llegar al feto; pero también si se le administran medicamentos), o a los riesgos que este tratamiento puede acarrear para su vida o su salud, y en el consentimiento de esta en un tratamiento que no la beneficia a ella directamente (aunque no es infrecuente que la madre presente a su vez algún cuadro patológico), sino al ser que alberga en su seno. Y no hay que olvidar tampoco que la terapia fetal puede dar lugar a lesiones en el feto, que se manifestarán después del nacimiento, o que, incluso, como consecuencia de ellas el niño nazca muerto o fallezca poco después de nacer.

En cualquier caso, y con independencia de cuál sea la solución más adecuada a estos problemas, no cabe la menor duda de la licitud de cualquier acción terapéutica en el feto que le ofrezca razonables perspectivas de mejora, al igual que decíamos respecto a las pruebas diagnósticas previas a ella.

Aunque en la actualidad son situaciones todavía excepcionales, en el futuro habrán de irse presentando con toda seguridad. En los últimos años se han descrito algunas de las terapias fetales ya disponibles: administración de medicamentos a la madre durante el embarazo (p. ej., de glucocorticoides dados a la madre antes del nacimiento en el caso de deficiencia pulmonar surfactante, que conduce a inmadurez pulmonar y posible muerte tras el nacimiento: *distress* respiratorio del recién nacido), inducción del parto y corrección del defecto *ex utero* (p. ej., hidronefrosis obstructiva, hidrocefalia obstructiva, gastrosquisis), provocación del parto mediante

cesárea (p. ej., gemelos unidos, hidrocefalia severa, linfagioma quístico grande, onfalocele gigante o roto), intervención quirúrgica *in utero* (hidronefrosis bilateral)¹¹.

La particularidad de la situación salta a la vista, pues el mero hecho del nacimiento modifica radicalmente los presupuestos: los riesgos para la madre desaparecen por completo y el consentimiento en el tratamiento se verá regido por las reglas generales aplicables en los supuestos de las personas sin capacidad para consentir; en ellos serán los padres quienes deban decidir, siempre en el mejor interés del niño, y si hubiera un rechazo abusivo al tratamiento por parte de ello, terceras personas podrán intervenir (la autoridad judicial requerida por el médico), también en el mejor interés del paciente menor¹².

IV. Como sabemos, la vida del concebido es un bien protegido por el derecho con independencia de la madre, en concreto, castigando como delito el aborto doloso (y en algún caso también el culposo, art. 412 del C. P.), aunque admite las consabidas excepciones legales que permiten la interrupción del embarazo y la consecuente destrucción del feto. Sin embargo, en sentido estricto el derecho penal no protege la salud o la integridad corporal del feto (salvo que afecte a su viabilidad, es decir, a su vida en cuanto tal), lo que condicionará la respuesta jurídica a los conflictos que puedan originarse al pretender iniciar una terapia fetal. No obstante, convendrá recordar que en el plano internacional ha habido algún pronunciamiento al respecto, como la *Declaración de los Derechos del Niño*, de 1959, que, con su alcance jurídico limitado, reconoce el derecho al tratamiento, incluso antes del nacimiento (art. 4º).

Por otro lado, la indicación eugenésica del aborto requiere en nuestro país la presunción de que el feto nazca con *graves taras* físicas o psíquicas (art. 417 bis núm. 1.3ª del C. P.). Pues bien, en mi opinión su sentido hay que encontrarlo en la importancia y perdurabilidad de esas graves taras, así como en el grado de su reparabilidad, es decir, que no deban ser fácilmente reparables, lo que se refiere no solo a la acción curativa dirigida al feto en sí mismo, sino, además, que no suponga graves riesgos para la madre. Si existe tal reparabilidad en el sentido apuntado, no concurrirá la indicación del aborto, aunque las taras sean materialmente graves en sí mismas; mientras que si el tratamiento fetal implica graves riesgos existirá la indicación y la madre podrá solicitar el aborto. Sin embargo, hay que convenir que en este punto existe una mayor flexibilidad interpretativa en la regulación española que la utilizada por la de otros países, como, por ejemplo, en el Código Penal alemán (§218 a 11 núm. 1)¹³, que requiere expresamente la no eliminabilidad del daño, condición no establecida de modo expreso en nuestro estatuto punitivo.

⁹ Algún autor señala, incluso, que en el futuro desaparecerán las indicaciones del aborto, al poder ser tratado fuera del cuerpo de la madre, al igual que si el embarazo implica un peligro para esta, cuando se desarrollen las placentas artificiales, a donde se trasladarán los fetos, de forma que la interrupción del embarazo podrá ser lícita siempre, al no implicar ya necesariamente la interrupción de la vida del concebido. Véase a LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Bioética, potere, diritto*, en "Giustizia", 21 (1984).

¹⁰ Cf. V. WOLFGANG KAPP, *¿Der fötus als Patient?*, en "Medizinrecht", 276 (1986).

¹¹ Cf. JOHN A. ROBERTSON, *The right to procreate and in utero fetal therapy* en "The Journal of Legal Medicine", 343 (1982); CARRERA, *Diagnóstico prenatal*, cit.

¹² Véase al respecto a CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal, 1. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, 1981, págs. 314 y ss.

¹³ Véase al respecto a ALBIN ESER, *Indikation zum Schwangerschaftsabbruch*, en "Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch", Stuttgart, 1980, pág. 157.

Los problemas empiezan cuando se ha superado el plazo para abortar de acuerdo con la indicación eugenésica (veintidós semanas), por ejemplo, si las anomalías de las que es portador el feto se detectan o se producen después de ese momento (situación no querida o tal vez no prevista por el legislador español), o cuando tales anomalías no son calificables de graves —pero también si se entiende incorrecto el criterio propuesto de reparabilidad—, pues en ambos casos están ausentes los presupuestos de la indicación que permite acogerse al aborto. De todas formas, lo normal, lo frecuente, es que la madre, una vez que ha excluido voluntaria o forzosamente el camino del aborto, desee hacer todo lo posible para que su hijo nazca en condiciones óptimas de salud y quiera colaborar en todo lo necesario para conseguirlo; pero no hay que descartar la hipótesis de que lo rechace, como podría suceder si, por ejemplo, aparte de su propia salud se ven amenazadas sus convicciones religiosas. En cualquier caso, resulta complejo proponer una solución jurídica adecuada para cada situación (piénsese, p. ej., hasta dónde puede llegar la dificultad, si el tratamiento no ofrece muchas garantías de éxito e implica al mismo tiempo grandes riesgos para la madre), y deberé conformarme por tal motivo con sugerir unas directrices provisionales plenamente abiertas a discusión.

En cuanto a la primera situación, que las anomalías sean graves (partiendo ya siempre de la hipótesis acabada de plantear de que el aborto eugenésico está descartado), es fundamental valorar la existencia de riesgos para la madre. Si estos son médicamente confirmados, la decisión debería quedar en manos de esta, sin imponerle coactivamente el tratamiento¹⁴, que podría dar lugar a un delito de lesiones corporales, apoyándonos en que precisamente el conflicto actual¹⁵ entre la salud de la madre y la vida del feto lo resuelve el derecho español en favor de aquella (indicación terapéutica del aborto, art. 417 bis núm. 1. 1ª del C. P.); en este grupo se encontrarían determinadas intervenciones quirúrgicas en la madre para acceder al feto y los tratamientos todavía en fase experimental, de los que no resultara fácilmente prever las consecuencias tanto para el feto como para la propia madre. En el caso de que no envuelvan peligro alguno para ella y, por el contrario, se halle en peligro la vida del feto, se podría alegar estado de necesidad (art. 8º núm. 7 del C. P.) para intervenir en favor de este. De todas formas, no sé hasta qué punto esta solución sería compatible con la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia sobre el aborto, de 11 de abril de 1985, la cual, por supuesto, no se ocupa en absoluto de esta cuestión, pero sí establece un rango ya conocido entre los intereses en conflicto que afectan a madre y concebido, en especial la

¹⁴ En este sentido, KAPP (*Der Fetus als Patient?*), cit., pág. 280), aunque no descarta la intervención del Tribunal Tutelar de Menores apoyado en el estado de necesidad.

¹⁵ Entendiendo por 'actual', en sus justos términos, no solo que se haya manifestado ya la enfermedad en la madre, sino el riesgo concreto y determinado de que en un futuro más o menos próximo se produzca un menoscabo grave en la salud de la embarazada, según se deduce de la expresión "grave peligro" que utiliza el C. P. en el art. 417 bis núm. 1. 1ª. Por otro lado, en la hipótesis planteada en el texto el conflicto surgirá únicamente desde el momento en que se inicie la terapia fetal peligrosa para la salud o la vida de la madre.

intimidad y la dignidad de la madre frente a la vida del feto, que en la situación que estamos comentando pueden estar también presentes.

Falta por ver, por último, si no existe un peligro de semejante entidad para el feto ni riesgos para la madre. En esta hipótesis resulta conflictivo imponerle a la madre acceder al tratamiento, puesto que 'solo' se halla en juego la salud del feto, aunque la acción curativa sea decisiva y adecuada para corregir los defectos que se hayan diagnosticado, y aunque el sentido común la debiera imponer. En efecto, si bien tampoco está en principio descartado en este caso la entrada en juego de la eximente de estado de necesidad, al bastar para su apreciación la existencia de un conflicto de intereses (la libertad personal o de conciencia de la madre y la salud del feto) protegidos por la Constitución o por cualquier rama del derecho¹⁶, la solución de tal conflicto no es fácil. Por lo pronto, creo que puede entenderse que la Constitución española garantiza no solo la protección de la vida del feto, a la vista de lo declarado por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes mencionada, sino también su salud, pues no olvidemos que el art. 15 de nuestra Ley Fundamental señala que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral ..."; si la primera parte (la vida) de tal reconocimiento comprende tanto a los nacidos como a los concebidos según la interpretación del Tribunal Constitucional, lógicamente esta segunda (la integridad en sentido amplio, incluyendo también la salud) debe abarcar del mismo modo a unos y otros, aceptando no obstante también en este caso las diferencias valorativas ya conocidas, según se trate de vida humana independiente o dependiente. Sin embargo, esta diferenciación valorativa la encontramos plasmada en otros sectores del ordenamiento jurídico y resuelta en favor de la madre, pues solo los intereses de esta se hallan protegidos penalmente (los del feto lo estarían por el Código Civil, art. 29: "... el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables ..."), por lo que el mal causado sería mayor que el que se trata de evitar, es decir, el atentado contra la libertad de la madre sería más grave que los daños diagnosticados en la salud del feto, cuya producción se quiere evitar; en consecuencia, no se darían los presupuestos de aplicación del estado de necesidad exigidos por la ley.

V. Pudieran parecer exóticas, por improbables, las hipótesis planteadas. Sin embargo, contamos ya con ejemplos en derecho comparado. Así, los tribunales de justicia de los Estados Unidos de América han conocido y decidido sobre algún caso relacionado con estos problemas. En el primero de ellos (caso *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital versus Anderson*) el tribunal ordenó someter a la madre a una transfusión de sangre con el fin de preservar la vida del concebido y de la propia madre, quien rechazaba la transfusión dada su pertenencia al grupo religioso de los "Testigos de Jehová". En el segundo caso (*Jefferson versus Griffin Spalding County Hospital Authority*), la madre, embarazada de treinta y nueve semanas, padecía de caída de placenta que obstruía la salida del feto, con un riesgo de un 99% de muerte para este si se intentaba un parto natural y de un 55%

¹⁶ En este sentido, JOSÉ CERREZO MIR, *La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español*, en "Estudios Penales y Criminológicos", X, Santiago de Compostela, págs. 58 y ss. (1987).

para la madre; por el contrario, las perspectivas eran excelentes para ambos si se practicaba una cesárea, a la que se oponía la madre por motivos religiosos. El Tribunal Supremo del Estado de Georgia, asumiendo la doctrina del Tribunal Supremo Federal sobre el aborto (s. de 22 de enero de 1973), afirmó que el Estado tiene un interés especial en la vida del concebido a partir del momento de su viabilidad, lo que permite la intromisión en los derechos de la madre con el fin de proteger al feto, y ordenó consecuentemente las acciones terapéuticas solicitadas por los médicos (cesárea, sonograma y transfusión de sangre)¹⁷.

De todas formas, ninguno de los dos casos refleja con toda nitidez el problema planteado —aunque es importante resaltar que el segundo basa claramente su argumento en la protección del feto—, pues si bien se ordena la intervención en beneficio del feto, también se encontraba en peligro la vida de la madre, que hubo de contar asimismo en la decisión judicial.

VI. Me quiero referir a continuación a la posible responsabilidad del médico (u otros especialistas o profesionales sanitarios) por su deficiente actuación en la realización del diagnóstico prenatal o en la apreciación de la indicación del mismo en su paciente, así como en relación con otros supuestos, tales como someter a la madre en gestación a tratamiento medicamentoso nocivo para el feto, sea con fines curativos o de realización de ensayos clínicos (experimentaciones), o a radiaciones o intervenciones quirúrgicas; o, por último, cuando es sometido a tratamiento o a experimentación del embrión o feto. En concreto, cuando ello es debido al incumplimiento de los deberes de cuidado que son exigibles a la actividad desarrollada por estos profesionales. Con este análisis se pretende poner de relieve no tanto esos aspectos específicos de responsabilidad como ciertas situaciones vinculadas con ella, en las que el concebido (embrión o feto) se encuentra desprotegido y en qué medida parece aceptable, así como comprobar la particular incidencia de lesiones en el feto que, no afectando a su viabilidad, se manifestarán en el niño una vez ocurrido el nacimiento¹⁸.

Veamos qué sucede si, como consecuencia de la toma de muestras o de las pruebas realizadas por el especialista para elaborar el diagnóstico, o del tratamiento o de la experimentación fetal, se produce la muerte del feto. Los peligros derivados de la propia naturaleza de la prueba (p. ej., la amniocentesis) hay que entenderlos incluidos dentro del riesgo permitido —siempre que se haya procedido a la adecuada ponderación de riesgos y ventajas que incidan en el caso concreto—, y no se habrá producido la inobservancia del deber de cuidado objetivo, elemento que configura el —tipo del— delito culposo. Si el facultativo actuó, por el contrario, infringiendo tal deber de cuidado (por actuación negligente o falta de preparación para realizar las pruebas) se plantea la cuestión de un aborto culposo.

¹⁷ Cf. ROBERTSON, *The right to procreate and in utero fetal therapy*, cit., págs. 355 y ss.; JEFFREY LENOW, *The Fetus as a Patient. Emerging Rights as a Person?*, en "American Journal of Law and Medicine", vol. 9, núm. 1, págs. 1 y ss. (1983).

¹⁸ Cf. HANS LÜTTGER, *Geburtsbeginn und prenatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen*, en "Vorträge und Abhandlungen", Berlín, 1986, pág. 139.

Como es sabido, el Código Penal español, al igual que sucede en derecho comparado, no prevé la punición del aborto culposo más que en supuestos excepcionales, en concreto, el ocasionado violentamente, a sabiendas del estado del embarazo de la mujer, cuando no haya habido propósito de causarlo (art. 412). Si no concurren los elementos (del tipo) de esta modalidad de aborto culposo, y presumiblemente no se darán en la hipótesis que estamos contemplando, la respuesta jurídica será la absolución por atipicidad de la conducta, pues se entiende por la doctrina que la existencia de esta figura especial de aborto culposo implica la exclusión de la aplicación de las cláusulas generales de imprudencia del art. 565 y concordantes del Código Penal¹⁹.

También puede suceder que el feto no muera, pero que se le causen lesiones, las cuales se manifestarán una vez que haya nacido, o incluso que este muera al poco de nacer. Del mismo modo que se expuso más arriba, debemos decir que se trata de una conducta impune por atípica —es decir, no prevista como delito en el C. P.—, pues los delitos de lesiones corporales y de homicidio requieren en el Código Penal que se hayan infligido a una persona²⁰⁻²¹. Téngase en cuenta que el resultado *se manifiesta* o se produce después del nacimiento, pero la *agresión* —la acción— recae en el feto, que es un bien jurídico distinto; la singularidad de que hay una evolución, un tránsito de un bien jurídico a otro, no debe apartarnos de quién es en realidad el que sufre la agresión, pues el momento del nacimiento, en el que se produce el cambio del objeto de la agresión (del feto al individuo), determina un corte en cuanto a la consideración del bien jurídico protegido (vida humana dependiente e independiente, respectivamente). Se plantea en esta hipótesis, como en la anterior (la del aborto culposo), la cuestión de la oportunidad, como consideración *de lege ferenda*, de su incriminación para eliminar esta laguna o vacío legal²². Por razones de política criminal evidentes la punición del aborto culposo con carácter general debe de ser descartada, puesto que la primera perjudicada sería la madre, que se vería constreñida a limitar sustancialmente su modo de vida durante todo el proceso del embarazo, pero creo que debería reflexionarse sobre ello en relación con el aborto y con las lesiones permanentes o muerte del recién nacido como consecuencia de una grave o burda infracción del deber de cuidado

¹⁹ Véase, por ejemplo, a MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de derecho penal, parte especial. Delitos contra las personas*, Madrid, 1986, pág. 147; y a FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, 6ª ed., Sevilla, 1985, pág. 73.

²⁰ Pues en este sentido se interpreta unánimemente la palabra "otro" que utiliza la ley, y no solo en el delito de lesiones corporales (art. 420 del C. P.: "El que hiriere, golpear o maltratare de obra a otro"), sino también en el de homicidio, donde es más claro.

²¹ Cf. HANS LÜTTGER, *La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso "Contergan"*, en "Medicina y Derecho Penal", Madrid, 1984, págs. 76 y ss.

²² Del mismo parecer, ARMIN KAUFMANN, *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan Verfahren*, en "Juristenzeitung", págs. 571 y ss. (1971); LÜTTGER, *La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso "Contergan"*, cit., pág. 80; ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal*, 1, cit., págs. 269 y ss. y 279 y ss.; TEPPERWIEN, *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Korperverletzung?*, Tübingen, 1973, págs. 143 y ss.

por parte de los profesionales médicos o sanitarios²³, si tenemos en cuenta, por un lado, que el diagnóstico prenatal (y por tanto, las exploraciones y pruebas fetales que implica su obtención) está en vías de convertirse en un recurso generalizado, sobre todo cuando se abarate su costo y aumente su fiabilidad, y, por otro lado, que las experimentaciones en el feto requieren una mayor ponderación de los riesgos y las ventajas que pueden afectarle. Si llegamos a esta conclusión, en sentido afirmativo, sobre la penalización de esas lesiones o muerte producidas culposamente, con mayor razón deberían castigarse si las mismas se producen dolosamente²⁴, y en este caso sin admitir, en mi opinión, excepción alguna por razón del autor. Y a pesar de que son hipótesis todavía infrecuentes en la vida real, no debe ser obstáculo para que queden cubiertas por la ley penal.

Un suceso de gran magnitud y trascendencia —el llamado ‘caso Contergán’—, tanto para el ámbito del derecho (pues se pusieron de manifiesto sus insuficiencias, pero gracias a ello se suscitó una viva y fructífera discusión entre los especialistas) como para el de la biomedicina (se constató una vez más la ambivalencia de sus progresos, en este caso, en el área de la farmacología), corroboró —por desgracia— en la vida real que no es ocioso tratar estos problemas. Aunque conocido, tiene interés recordarlo en este contexto: en los años sesenta se suministró a numerosas mujeres embarazadas de Europa y Norteamérica un analgésico —talidomida—, supuestamente inocuo para el estado de preñez. Sin embargo, miles de niños nacieron con terribles deformidades, que en muchos casos llegaban a la carencia o atrofia de las extremidades superiores o inferiores. Hubo varios procesos, algunos de ellos dramáticos (como el de Lieja, Bélgica, en el que cuatro miembros de una familia y su médico fueron acusados y absueltos de eutanasia practicada a un recién nacido con anomalías de esta clase). De todas formas, las cuestiones jurídico-penales más importantes cuando se planteó el caso en Alemania fueron establecer la relación de causalidad, o, lo que es lo mismo, probar que el referido medicamento había sido la causa real de esas taras que presentaron los niños (al igual que hoy se plantea semejante problema en nuestro país en relación con el llamado ‘síndrome tóxico’, en el proceso contra los implicados en las adulteraciones del aceite de colza), y la tipicidad de esas conductas, esto es, si eran susceptibles de castigo por algunos de los delitos existentes en el Código Penal alemán. El Tribunal de Aquisgrán, de la República Federal Alemana, se ocupó de este asunto, y determinó la subsunción en el delito de homicidio culposo (§ 222 del C. P. alemán) de las acciones prenatales imprudentes con el resultado de muerte postnatal, y en el delito de lesiones corporales culposas (§ 230 del C. P.) los daños culposos prenatales en el feto con efectos postnatales subsistentes²⁵. Como fácilmente se deduce de las reflexiones anteriores, esta sentencia fue muy criticada por los autores. Sin embargo, en una sentencia muy posterior (22 de abril de 1983) del Tribunal Supremo Federal de ese mismo

país, se llega a la conclusión, en un caso semejante, de la impunidad, debido a la existencia de una laguna legal, únicamente subsanable mediante la intervención del legislador²⁶.

VII. De la misma naturaleza son los problemas derivados de la realización del diagnóstico prenatal que da unos resultados equivocados. Si el error consiste en no detectar anomalías que realmente presenta el feto y la madre decide continuar el embarazo (si aceptamos la hipótesis de que en caso contrario habría decidido acogerse al aborto eugenésico), pero aquel nace con taras importantes, queda excluida la imputación de cualquier clase de responsabilidad penal. Debe recordarse de todas formas que al médico se le reconoce en su actividad diagnóstica un margen de error mayor (y debe admitirse más aún en el diagnóstico prenatal), y aunque se equivoque no podrá sostenerse en un buen número de casos que ha infringido sus deberes de cuidado. La responsabilidad civil en esta clase de negligencia enlaza con lo que se conoce en la praxis jurídica norteamericana como *wrongful life* (cuando el hijo nacido deforme reclama al médico porque su negligencia en informar adecuadamente a los padres ha causado su nacimiento) y *wrongful birth* (cuando los padres reclaman al médico por haberles informado erróneamente sobre los riesgos considerables de tener un hijo con anomalías genéticas)²⁷. Si, finalmente, el error diagnóstico consiste en asegurar la presencia de malformaciones realmente inexistentes que conducen a que otro médico practique el aborto de acuerdo con el art. 417 bis 1. 3ª (hipótesis infrecuente, puesto que el dictamen ha de ser emitido por dos especialistas), la solución será nuevamente la impunidad del que emitió el dictamen por ser atípico el aborto culposo. En cualquier caso, del propio art. 417 bis se deduce el reconocimiento implícito de un cierto margen de error y no solo de incerteza, al decir “que se presume”²⁸.

VIII. En algunos de los casos analizados quedaría de todos modos abierta la posibilidad de responsabilidad civil contractual o extracontractual (a tenor de lo dispuesto en los arts. 1101 y ss. y 1902 y ss. del Código Civil, respectivamente), al igual que en el supuesto de no ofrecer la opción del diagnóstico prenatal a mujeres embarazadas con alto riesgo conocido —en ellas mismas o en su pareja—, impidiendo así adoptar medidas preventivas o curativas en favor del concebido o la decisión del aborto eugenésico.

IX. Las anteriores reflexiones y otras relativas a determinadas acciones no terapéuticas que pueden ser practicadas en el concebido (o que le afectan a él) de la mano del progreso científico y en ocasiones precisamente como soporte de dicho progreso, deben llevarnos a la conclusión de que es necesaria una mayor protección

²³ También restrictivo en cuanto a los sujetos activos del delito, KAPP, *Der Fötus als Patient?*, cit., pág. 280.

²⁴ Sobre la cuestión, véase a TEPPERWIEN, *Prönatale Einwirkungen als Totung oder Körperverletzung?*, cit.

²⁵ Según relata LÜTTGER, *Geburtsbeginn und prönatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen*, cit., pág. 150.

²⁶ Cf. LÜTTGER, *últ. lug. cit.*, págs. 139 y ss.

²⁷ Cf. THOMAS DE WITT ROGERS, *Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counseling and prenatal testing*, en “South Carolina Law Review”, vol. 33, págs. 713 y ss. (1982).

²⁸ Véase a ROMEO CASABONA, *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, cit.

jurídica del feto²⁹, incluida la penal, y establecer lo que se ha llamado “un estatuto jurídico del embrión y del feto”³⁰. Esta orientación, aunque de modo parcial, está ya presente de forma indudable en los proyectos de ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos” y sobre “técnicas de reproducción humana asistida”, presentados en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista, que está siendo objeto de discusión parlamentaria en estos momentos, y prevé también la protección del embrión fruto de las técnicas de reproducción humana asistida antes de su implantación en una mujer, asunto del máximo interés, pero que desborda los planteamientos de esta exposición.

²⁹ De las situaciones que revelan una clara desprotección jurídica de la vida humana no nacida me he ocupado en otro lugar: *El derecho a la vida*, Madrid, Ed. Alhambra, (en prensa); y en *El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, cit., págs. 8 y ss.

³⁰ Véase, por ejemplo, a BARTHA KNNOPERS, *Le statut juridique du fœtus: du droit comparé au droit en devenir*, en “Cahiers de Bioéthique”, núm. 2, Québec, 1980, págs. 205 y ss.