

LAS LESIONES AL FETO

Carmen M^ª García Miranda

Facultad de Derecho de la Universidad de A

Coruña.

Situación anterior

El Código Penal actual viene a dar respuesta a la situación de incertidumbre anterior que se originaba en los supuestos en que se inferían lesiones en el concebido y no nacido, de suficiente entidad para causar un menoscabo grave de su integridad o salud física o psíquica, pero sin que la conducta lesiva llegara a causar la interrupción del embarazo, por lo que no podía ser tipificada como delito de aborto. Las referidas lesiones podían perdurar después del nacimiento, o incluso manifestarse con posterioridad al mismo, originándose la contradicción de que la acción que había provocado tal grave perjuicio en el ser nacido y en su familia, no era subsumible, en sentido estricto, en ninguno de los tipos penales existentes. Nos encontramos con un vacío o laguna legal, que si bien, ante la entidad del daño, los propios Magistrados se resistieron a admitir, por lo que, en una línea jurisprudencial en la que destaca la STS de 5 de abril de 1995, argumentaron la punibilidad de tales lesiones en base a una construcción jurídico-penal que permitiera concebir las lesiones graves inferidas al feto como conducta tipificable en el tipo delictivo de lesiones, en el que se castigaba a quien causase un menoscabo en la integridad corporal o salud física o mental de "otro". El problema hasta ahora era el de cómo debían entenderse la expresión dañar a

"otro", pues diversos autores, entre ellos MUÑOZ CONDE, la identificaban con el causar daño a "otra persona", y aplicando la ficción civilista de considerar que la personalidad viene determinada por el nacimiento, excluían de la aplicación del tipo penal de lesiones al concebido y no nacido.

La situación de contradicción legal era además claramente advertible si tenemos en cuenta que en nuestra tradición jurídico-penal el delito de aborto siempre tuvo una tipificación jurídica autónoma del delito de homicidio, por lo que la protección del valor de la integridad y salud del feto también debería contar con una tipificación específica y claramente diferenciable de la conducta de lesiones al nacido. No obstante, entendemos que la referida STS estuvo acertada en su consideración de que en defecto de previsión autónoma de la conducta lesiva sobre el feto, a éste le era aplicable el tipo de las lesiones originadas al dañar a "otro", al estimar que esta expresión de el "otro" no era equiparable con la de "persona nacida", pues ha de tenerse en cuenta que el propio Código Civil exige que al concebido se le tenga por nacido para todos los efectos que le sean favorables, "y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica". Además, sigue señalando la Sentencia, supondría desconocer la realidad el no tener en cuenta los nuevos avances científicos reveladores de la diferente entidad ontológica del *nasciturus* en relación a su madre, con un código genético y un sistema inmunológico independiente y propio, por lo que resulta hoy insostenible negar al feto "condición humana independiente y alteridad".

Pero, si bien los avances de la ciencia revelan como innegable la consideración *del nasciturus* como ser humano independiente de su madre, sí es verdad que hasta la aparición de las nuevas técnicas que hacen factible la intervención directa sobre el feto, como las propias de la reproducción asistida o de la manipulación genética, las lesiones que el *nasciturus* podía sufrir eran siempre inferidas a través del cuerpo de la madre, de ahí que el legislador penal no se planteara la necesidad de tipificación independiente. Sin embargo, la no regulación específica de las conductas lesivas sobre el feto originó la paradójica situación de que aun habiéndose probado que las taras o deficiencias físicas o psíquicas graves manifestadas en el nacido eran consecuencia de que su normal desarrollo prenatal había sido truncado por la intervención u omisión imprudente de un tercero, normalmente un facultativo en sus actuaciones durante la gestación o en el parto, las mismas quedaban sin represión penal. Así, invocando el principio de legalidad, importantes sectores doctrinales y jurisprudenciales consideraron que la conducta era impune, pues no era encajable en ninguno de los tipos penales existentes, al tiempo que reclamaban la modificación del Código Penal para evitar la incoherencia de que en el mismo se tutelase la salud del nacido, y sin embargo no se otorgase protección jurídica a la salud en el momento que precede al nacimiento.

Situación actual

La situación de perplexidad anterior en relación a si las lesiones al feto eran o no tipificables como delito de lesiones por daño a "otro", se solucionó en el nuevo Código

Penal, aprobado el 23 de noviembre de 1995, en el que ya desde el primer Proyecto, en 1992, existió un acuerdo unánime acerca de la necesidad de tipificación específica del delito de lesiones al feto, como respuesta a las voces doctrinales y jurisprudenciales que se alzaron al respecto. Además, los nuevos progresos técnicos que permiten incidir sobre la salud e integridad del feto, con fines de investigación, terapéuticos o de otra índole, a través tanto de medios técnicos como con el suministro de fármacos, aumentan las posibilidades de que las actuaciones sobre el feto se realicen no sólo por imprudencia o negligencia profesional, sino también de forma dolosa, por ejemplo a través de lesiones originadas al *nasciturus* si se manipulan genes cuya función sea desconocida, o como consecuencia de actividades experimentales. En la actualidad, ambos tipos subjetivos, imprudente y doloso, se contemplan en el Código Penal. Si bien, lo más frecuente es que la comisión del delito de lesiones al feto se realice por impudencia, especialmente por actuaciones u omisiones de los profesionales de la salud, al tener más posibilidades de incidir sobre el feto directamente o a través del cuerpo de la madre, así como por su especial deber de cuidado del proceso de gestación.

En cuanto a la concreta regulación actual del delito de lesiones al feto, señalar que la propia utilización del término "feto", ha originado problemas interpretativos. Por una parte se encontrarían las posiciones de los autores que son partidarios de otorgar al mismo el sentido restrictivo empleado por la Ley 35/1988, que regula las Técnicas de Reproducción Asistida Humana, y la Ley 42/1988, sobre Donación y Utilización de

Embriones o Fetos Humanos, o de sus Células, Tejidos u Órganos, pues en ambas Leyes, como se explica en la Exposición de Motivos de la primera de ellas, se concibe al "feto" como una tercera fase del desarrollo embrionario, precedida por los estadios de "preembrión" y "embrión". Sin embargo, otro sector doctrinal estima que dicha clasificación de las etapas embrionarias no resulta aplicable a efectos penales, pues tradicionalmente el Derecho Penal ha utilizado el término de "feto" como equivalente al de "*nasciturus*". Nuestra posición al respecto es la de que resultaría absurdo considerar que las lesiones causadas al *nasciturus* y que alterarán su normal desarrollo sólo serían punibles si se han inferido a partir de los tres meses aproximadamente desde el momento de la concepción, cuando los órganos humanos son diferenciables y hay apariencia humana, que es cuando, según la Ley de Reproducción Asistida, nos encontramos en la fase "fetal", y sin embargo quedarían impunes las lesiones causadas al *nasciturus* con anterioridad, aunque el resultado lesivo sea de igual o incluso mayor entidad.

Es preferible interpretar así que la nueva figura delictiva viene a consolidar la tendencia de la legislación a considerar que el ser humano, en todas sus fases de desarrollo, es merecedor de tutela penal, por lo que ha de protegerse no sólo su vida, sino también su salud e integridad. Se trata de preservar al *nasciturus* de toda injerencia directa o a través del cuerpo de su madre, que pueda menoscabar de forma grave su integridad o salud física o psíquica, cuando la lesión sea originada en el período comprendido entre la concepción y el parto, aunque el menoscabo

sólo se conozca o se manifieste con posterioridad al nacimiento. Aunque existen autores como DIEZ-RIPOLLÉS que estiman que la conducta lesiva sólo será punible cuando el menoscabo a la salud o integridad corporal persista después del nacimiento, consideramos más acorde con la letra de la ley, que lo que se penaliza es el hecho de que se haya inferido la lesión grave con anterioridad al nacimiento, por lo que también serán punibles las conductas lesivas que no obstante, apreciadas las lesiones en el *nasciturus*, sean curadas o aliviadas con anterioridad al nacimiento, de modo que el nacido no padezca el menoscabo grave a su salud o integridad. Asimismo, también entendemos que sería encuadrable en el tipo delictivo las lesiones graves que, ocasionadas al feto, fuesen determinantes para que la madre decidiese interrumpir su embarazo al encontrarse dentro del plazo en que se exime de punibilidad al aborto por el denominado "motivo eugenésico". El autor de las lesiones graves al feto, aunque el embarazo hubiese sido interrumpido voluntariamente por la madre, habría de ser condenado por las lesiones inferidas. El bien jurídico protegido es así la salud e integridad del feto, no la del ser humano nacido, aunque en la mayor parte de las ocasiones el menoscabo sólo sea perceptible después del nacimiento. Incluso puede ocurrir que las lesiones, sobre todo de carácter psíquico, no se detecten inmediatamente después del nacimiento, sino transcurrido un cierto tiempo. El problema aquí vendrá determinado por la prueba de la relación de causalidad, pero si esta resulta acreditada habrá de considerarse que integran el tipo delictivo de lesiones al feto, aunque haya

transcurrido un largo periodo de tiempo desde la comisión del hecho delictivo. Si bien estimamos que el legislador debió haber previsto específicamente esta posibilidad, y haber aminorado la pena cuando la lesión se manifieste en un momento relevantemente posterior al nacimiento, pues una represión penal de la misma intensidad no sería igualmente justificable.

En todo caso, para que la conducta lesiva sea constitutiva de delito, el Código Penal requiere que sea de entidad tal que perjudique gravemente el normal desarrollo del feto. El problema aquí, como ocurre en tantas ocasiones en nuestro Derecho, es que al no especificar la Ley nada acerca de la valoración de tal gravedad, se produce una situación de incertidumbre a la que tiene que hacer frente el juzgador, omisión que además supone una vulneración del principio de seguridad jurídica, ante la imposibilidad de conocimiento por parte de los ciudadanos e incluso de los profesionales sanitarios de las actuaciones que realmente acarrearían la comisión del tipo penal.

En cuanto al sujeto activo del delito, puede ser cualquiera que realice la conducta típica de causar en el feto una grave enfermedad o tara física o psíquica. Lo más frecuente es que la conducta típica la realicen profesionales sanitarios, que son los que en su actividad cotidiana tiene posibilidades de incidir sobre el cuerpo de la mujer embarazada o directamente sobre el feto *in vitro* o en el útero de su madre. Sin embargo, no toda actuación que realice el profesional sanitario sobre el feto y que le ocasionen lesiones graves ha de entenderse como consumación del tipo delictivo, puesto que en esta materia

existen causas de justificación, operativas siempre que la actuación se lleve a cabo con fines terapéuticos, comprobando rigurosamente los presupuestos que aconsejen la intervención, que habrá de ser practicada con arreglo a la *lex artis*, las reglas de buena práctica médica, y mediando el previo consentimiento informado de la embarazada. Otras causas de justificación estarían amparadas en el estado de necesidad, en el supuesto de que a la embarazada haya de suministrársele algún fármaco o se le practique una intervención quirúrgica, que produzca efectos lesivos sobre el feto, y no exista otro medicamento o técnica alternativa no lesiva.

También en relación al sujeto activo del delito de lesiones al feto, es destacable que, al igual que en la nueva tipificación del aborto por imprudencia, la embarazada nunca será castigada aunque resulte probado que su conducta imprudente ha generado lesiones graves en el feto. Sin embargo, esta cláusula no exime de responsabilidad a la madre por su conducta imprudente, pues a ésta le es exigible siempre el actuar con la debida diligencia en la preservación de la vida y de la salud física y psíquica de su hijo; sino que la exoneración de la pena se debe exclusivamente a razones de política-criminal. Pese a que se ha planteado el que al ser la madre la primera que debe cuidar de que su hijo nazca en óptimas condiciones, quizá debería ser sancionada penalmente en supuestos realmente graves de imprudencia, el legislador ha considerado preferible eximir de pena a la embarazada, probablemente en atención a que no puede haber mayor castigo para la madre que la que su propia imprudencia le ha ocasionado al ser ella misma la causante de las lesiones de su

hijo. Otro motivo a favor de la cláusula de exoneración sería el de que supondría un excesivo paternalismo intervencionista sobre la conducta de la madre durante el embarazo, el que se intentara reprimir incluso penalmente actuaciones de grave riesgo para el feto como fumar, beber alcohol, ser drogodependiente o realizar prácticas de riesgo sexual. Represión que, por otra parte no alcanzarían probablemente el resultado disuasorio perseguido y no sería justificable desde el punto de vista político-criminal.

La embarazada resultaría también impune del delito de lesiones al feto, en el supuesto de que, conociéndose las lesiones graves antes del parto, se negase a que se administrase a través de su cuerpo fármacos o se practicase cualquier intervención técnica, que el facultativo nunca podía haber realizado sin su consentimiento. No obstante, ha de plantearse si la conducta de la madre, que pese a saber que el feto necesitaba especiales cuidados médicos, o del facultativo, que conociendo la necesidad de actuación urgente, no toman las medidas adecuadas, podían incurrir en un delito de omisión del deber de socorro o de omisión de asistencia sanitaria, respectivamente. En el caso de la embarazada, aunque infringiendo su especial deber de cuidado diligente sobre sus hijos, no se encontraría su conducta inmersa dentro del tipo de omisión del deber de socorro, por existir otro precepto penal más específico que, sin embargo, la exonera de castigo por las razones de política-criminal ya señaladas. En cuanto a la responsabilidad del facultativo, la misma se limitaría a informar a la madre de la entidad de las lesiones y del tipo de intervención practicable, así como de los

resultados previsibles de la misma, habiendo de proceder a actuar de acuerdo con su pericia profesional sólo en caso de autorización de la madre, a quien corresponde otorgar el consentimiento informado.

Por último, señalar que la pena prevista para la comisión del tipo delictivo de lesiones al feto es la de prisión de uno a cuatro años, si la conducta se realiza con dolo, y la de arresto de siete a veinticuatro fines de semana, cuando las lesiones son resultado de una imprudencia grave. Además, cuando tales conductas delictivas se practiquen en el ejercicio de una profesión, para el tipo doloso se acompañará la pena privativa de libertad con la de inhabilitación para el ejercicio de la profesión sanitaria, mientras que para el tipo imprudente la inhabilitación se extiende a cualquier actividad profesional, oficio o cargo, y no sólo a los propios del ámbito sanitario, puesto que, por ejemplo, resultarían inhabilitados los empresarios que sometieran a sus trabajadoras embarazadas a condiciones insalubres que originen lesiones graves en el feto. También llama la atención el que si bien se imponga a los profesionales sanitarios la pena de inhabilitación cuando han causado lesiones graves al feto por dolo o imprudencia grave, no ocurre lo mismo cuando éstos infieren las mismas lesiones a una persona ya nacida, pues en este caso, paradójicamente, el Código Penal no contempla la inhabilitación.

Datos de la autora: Carmen M^a García Miranda. Doctora en Derecho e investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña. Autora del libro: "Perspectiva ética y jurídica del Proyecto Genoma Humano. Especial referencia a la patentabilidad de genes humanos" (1997).