

PROBLEMAS ÉTICO-JURÍDICOS EN EL CONSUMO DE DROGAS DURANTE EL EMBARAZO

ETHICAL-JURIDICAL PROBLEMS IN RELATION TO DRUG ABUSE DURING PREGNANCY

María Falcón Romero y Aurelio Luna Maldonado

Universidad de Murcia. Facultad de Medicina.

E-mail: aurluna@um.es

Resumen

El consumo de drogas de abuso durante el embarazo supone una situación de riesgo objetivo sobre la salud del feto que difícilmente puede justificarse desde una perspectiva basada únicamente en la libertad de la embarazada. Desde un análisis ético-jurídico parece razonable instaurar una política de prevención basada en la protección de los derechos del ser más vulnerable, en este caso el embrión o el feto.

La libertad de decisión supone la capacidad de asumir riesgos de carácter personal, pero no debería suponer la posibilidad de imponer esos riesgos a terceras personas y más aún cuando estos carecen de la capacidad de elegir.

Palabras clave: drogas de abuso, embarazo, feto.

Abstract

Drug abuse in pregnancy supposes a objective situation that place the fetus at risk of harm and difficultly can be justified from a perspective based only on the freedom of the pregnant woman. From an ethical-juridical analysis it seems reasonable to establish a prevention policy to ensure that the best interests of the embryo-fetus are served.

The freedom of decision supposes the capacity to assume risks of personal character but it should not suppose the possibility to impose those risks to third people and even more when they are unable to choose.

Key words: abuse drugs, pregnancy, fetos.

Muchos son los aspectos estudiados en el complejo mundo del consumo de las sustancias psicoactivas. Basta un simple vistazo a las revistas especializadas o a la larga lista de libros publicados para tener una idea aproximada del volumen de publicaciones y conocimientos generados y por otro lado sobre los aspectos más debatidos. Sin embargo, resultan relativamente escasos, en comparación con el resto, los trabajos relacionados con los problemas éticos y jurídicos del consumo de las sustancias denominadas drogas de abuso.

Los problemas a analizar gravitan sobre los límites de la capacidad de decisión sobre uno mismo, las circunstancias y los motivos que pueden legitimar el riesgo objetivo sobre la propia salud, la justificación jurídica y ética de la norma jurídica, la fundamentación ética de los programas de reducción de daños y la imposición de medidas terapéuticas^{1, 2, 3, 4}.

1 Sagoff, M. «Paternalism and the regulation of drugs» *International Journal of Applied Philosophy* 2, (1984), 43-58.

2 De-Marneffe, P. «Do We have a Right to use Drugs» *Public Affairs Quarterly* 10, (1996), 229-247.

3 Ten, H. and Henk A.M.J. «Drug Addiction, Society and Health Care Ethics» en *Principles of Health Care Ethics*, Gillon R. (ed.) Wiley and Sons, New York, 1994.

4 Lester, B.M. and cols. «Substance use during pregnancy: time for policy to catch up with research» *Harm Reduction Journal* 1, (2004).

El concepto de riesgo implica dos factores esenciales, el de la probabilidad de producción del daño y el de la magnitud del mismo. Es decir que si hablamos de riesgo para la salud, nos referimos a la probabilidad de sufrir un daño en la misma y a la intensidad y magnitud del mismo. Teniendo presente que no son dos elementos con el mismo peso en la ecuación, ya que un daño mínimo o de escasa entidad, muy probable o cierto, no es equiparable a un riesgo de muerte o de lesión grave pero con menor probabilidad.

Nuestra cultura asume la existencia de riesgos permitidos en base al ejercicio de la libertad de decisión de la propia persona:

- Deportes de riesgo (carreras de fórmula uno, motociclismo, etc.)
- Espectáculos donde el riesgo es un elemento esencial (boxeo, trapeartistas, corridas de toros, etc.)
- Actividades en situaciones especialmente arriesgadas (bomberos, cuerpos policiales, etc.)

En las actividades anteriores existen legitimaciones para la actividad de riesgo que incluyen desde el ejercicio de la libertad justificada por el placer o la satisfacción (deportes de riesgo) hasta el

ejercicio de solidaridad hacia los demás (actividades de salvamento, etc.). La búsqueda de la felicidad y del placer son tan antiguos como la existencia misma, asumimos que nuestra existencia implica un conjunto de riesgos, que evaluamos como riesgos asumibles: la conducción de un coche implica un riesgo objetivo que no nos impide el decidir desplazarnos con el mismo, y existen una serie de normas que intentan reducir el riesgo aun cuando sea imposible anularlo. La búsqueda del placer nos puede situar en el riesgo objetivo de sufrir un contagio por SIDA, se recomiendan una serie de medidas de precaución que pueden limitar el riesgo, pero no existe una norma objetiva que defina en términos de norma jurídica que relación sexual libremente aceptada debe ser permitida o no.

¿Por qué imponer una norma específica de control social al consumo de sustancias?, y ¿por qué estructurar un sistema normativo que sanciona el uso de determinadas sustancias? El concepto de defensa social desde Beccaria, ha sufrido una serie de interpretaciones y aplicaciones que nos permiten comprender y establecer la fundamentación jurídica de las normas penales en relación con el consumo y distribución de sustancias tóxicas. Los daños a la salud, el deterioro de la convivencia, los costes sociales, etc. son algunos de los argumentos que lo justifican.

En el ordenamiento penal español el consumo de drogas no está castigado, pueden aplicarse sanciones administrativas, pero no existe como delito el consumo. Se castiga el tráfico, la distribución

y venta o la promoción del consumo en el epígrafe de delitos contra la salud pública, se trata de un delito de riesgo, donde el bien jurídico protegido es la salud pública.

Suele ser un recurso fácil el plantear como cuestión de fondo, por qué algunas sustancias están prohibidas y otras con una toxicidad demostrada, no lo están (tabaco, alcohol, etc.), incluso se permiten niveles de sustancias cancerígenas en un cigarrillo destinado obviamente al consumo humano (benzopirenos, cromo, etc.), que están estrictamente prohibidas en sustancias destinadas al consumo humano. Pensar que lo que legitima es la libertad del consumidor para elegir o no el riesgo, choca con la prohibición de otras sustancias donde no se permite al consumidor el decidir por sí mismo el dintel de riesgo.

El derecho penal supone la mejor expresión de la ética social de mínimos; desde la conocida expresión de Jellinek de que el derecho penal supone el mínimo ético, hasta el análisis de los bienes jurídicos protegidos, nos movemos en el umbral de tolerancia social hacia determinadas conductas que pueden afectar o vulnerar los derechos de la persona y la convivencia social ordenada.

En nuestro ordenamiento penal el consumo no se considera un delito, prevalece el ámbito de libertad personal de decisión. El eje de la actuación penal se centra en los daños sobre la convivencia y la estructura social, situamos las conductas sancionables en los delitos contra la salud pública. La evolución de los problemas de la dependencia de las drogas de abuso

desde el concepto de vicio o de «anomalía moral» a principios del siglo XX, pasando por el de enfermedad, que dio lugar a una medicalización del problema, hasta el concepto de «enfermedad social», con un tratamiento multidisciplinario, expresa el desarrollo de una perplejidad creciente ante el descubrimiento progresivo de la complejidad del problema, al final subyace la necesidad o no del ser humano de utilizar una sustancia que por sus efectos le facilite la búsqueda del placer o la superación de sus conflictos.

Si analizamos todas las implicaciones y escenarios posibles del consumo de sustancias, podemos observar una gran diversidad de situaciones y de consecuencias tanto en el plano individual como en el social. El tupido entramado de factores económicos, culturales, de estructura social, etc., hacen que para una misma sustancia química las consecuencias reales de su consumo sean totalmente diferentes en dos contextos sociales con una estructura diferente. El problema jurídico es relativamente sencillo desde el objetivo esencial de proteger el orden social y la convivencia de las consecuencias nocivas del consumo de una sustancia; sin embargo, un problema diferente es la eficacia de la norma penal.

Un problema especial hace referencia a la situación del consumo de sustancias tóxicas por parte de la mujer embarazada y las posibles soluciones a la protección efectiva de la salud del feto. Aquí entran en conflicto una serie de derechos y convierten el análisis ético-jurídico en el paradigma de las contradicciones de las estrategias normativas actuales. En

el consumo de sustancias psicoactivas con fines recreativos o bien dentro de un patrón adictivo por parte de la mujer embarazada, existe una confrontación evidente de derechos, por un lado los derechos de la madre y por otro los del feto, pero además entran en conflicto los posibles derechos de la madre sobre el embrión y el feto, y el tratamiento jurídico de los derechos de estos últimos.

Los primeros análisis publicados sobre este problema se realizaron en el ámbito de los EEUU, y han estado centrados tanto en los aspectos estrictamente morales del problema como en sus implicaciones sociales y jurídicas^{5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13}.

5 Nolan K. «Protecting Fetuses from Prenatal Hazards: Whose Crimes? What Punishment?» *Criminal Justice Ethics* 9, (1990), 13-23.

6 Steinbock B. «The Relevance of Illegality» *The Hasting Center Report* 22, (1992), 19-22.

7 Johnson L. «The legal implications of abuse of the unborn foetus» *Medicine and Law* 13, (1994), 19-27.

8 Lupton M.L. «Is the foetal alcohol syndrome child protected by South African law» *Medicine and Law* 13, (1994), 79-94.

9 Capen K. «Mother's rights can't be infringed to protect fetus, Supreme Court's landmark ruling states» *Canadian Medical Association Journal* 157, (1997), 1586-1587.

10 MacEnzie T. y cols. «When a Pregnant Women Endangers Her Fetus» *The Hasting Center Reports* 16, (1986), 24-25.

11 Robertson J.A. y Shulman J.D. «Pregnancy and Prenatal Harm to Offspring: The Case of Mothers with PKU» *The Hasting Center Reports* 17, 1 (1987), 23-33.

12 DeVille K.A. y Kopelman L.M. «Moral and social issues regarding pregnant women who use and abuse drugs.» *Obstetrics and Gynecology Clinics of North America* 25, (1998), 237-54.

13 Johnson D. «A New Threat to Pregnant Women's Autonomy» *The Hasting Center Report* 17, (1987), 33-40.

Nos encontramos ante una situación de daño real, la primera causa de retraso mental no genético es el síndrome alcohólico fetal, es decir un daño cierto a la salud del recién nacido, provocado por el consumo de alcohol por parte de la madre, se trata de un daño previsible y fácilmente evitable. Por otra parte son muy bien conocidos los problemas de salud del feto derivados del consumo de algunas sustancias durante el embarazo (tabaco, opiáceos, cocaína, etc.).

Las razones que justificarían una intervención social serían:

- a) Desde la perspectiva de la salud pública, los costes sociales y sanitarios, nos encontramos ante un problema previsible y evitable que supone un coste sanitario por la intervención y el uso de recursos limitados y que supone un coste social para subvenir a las necesidades del recién nacido con una deficiencia psíquica severa que requiere el apoyo y el soporte social continuado.
- b) Desde la perspectiva de la salud del feto nos encontramos ante un ser especialmente vulnerable que sufre la acción imprudente de la madre que genera no ya una situación de riesgo, sino un daño directo sobre la salud del mismo.
- c) Si consideramos que la adicción es una situación patológica, con una alteración de la voluntad y una pérdida de la libertad de decisión, que limita la responsabilidad penal, en base a este hecho podría

intervenirse para evitar un daño a la salud propia de la misma embarazada y del feto. Más complejo sería el caso del consumo ocasional fuera de un patrón de dependencia, como ocurre en el caso del consumo recreativo del alcohol.

La primera cuestión sería establecer cuales son los límites de la disposición de la madre sobre el embrión y el feto. Existen diversas perspectivas según el enfoque cultural, ideológico y religioso del problema. No creemos sin embargo que en ciertos problemas uno pueda asumir la postura cómoda del respeto a ultranza de cualquier concepción religiosa, existen límites impuestos por el sentido común más elemental. No creemos que se pueda aceptar en nombre de la libertad religiosa la ablación del clítoris de una menor de edad o los atentados graves contra los derechos más elementales de la persona.

Colocar en los patillos de la balanza, por un lado el derecho a la salud del feto y del recién nacido y por otro la libertad de disposición de uno mismo para consumir sustancias (sin justificación terapéutica) cuyos efectos nocivos recaen en un ser especialmente vulnerable, plantean un desequilibrio entre los bienes jurídicos en conflicto, claramente desproporcionado.

Existe un riesgo que no queremos eludir, y sería la posible tiranía terapéutica sobre la conducta y la libertad de la embarazada, en base a la imposición de hábitos de vida y de alimentación para garantizar el mejor desarrollo posible del feto. Como siempre el sentido común supone la mejor vacuna para cualquier exceso. El título

IV del vigente código Penal español (Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre), establece como delito las lesiones al feto, en sus artículos 157 y 158:

Art. 157.

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será 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

Art. 158.

El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana.

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 periodo de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto

Como podemos ver la embarazada queda excluida del tipo penal, hecho fácilmente explicable desde la perspectiva de la eficacia de la norma y su aplicabilidad.

La pregunta sería, si el concepto de la intervención penal mínima y de la eficacia normativa se aplica por igual en otras circunstancias. La respuesta es tan evidente que merece una reflexión por parte de médicos y juristas.

Existen una serie de cuestiones que deberíamos responder: ¿Podríamos imponer de forma coactiva la abstinencia en el consumo de alcohol, tabaco u otras drogas por parte de la embarazada?; ¿Entenderíamos una norma que al igual que la obligatoriedad de uso del casco en las motocicletas, o la prohibición del consumo de alcohol y otras sustancias que afectan a la capacidad de conducción de un vehículo de motor, sancionara el consumo de estas sustancias por la embarazada?; ¿Sería posible la prescripción médica de una abstinencia forzosa en un centro especializado (si los hubiera) a una mujer embarazada?; ¿En que condiciones no deberíamos tener en cuenta la voluntad de la embarazada?; ¿Debemos medicalizar un problema que requiere una profunda reflexión jurídica previa, y que hunde sus raíces en el contexto cultural y socioeconómico?

Las políticas de reducción de daños han demostrado una evidente eficacia en la limitación y control de determinados efectos nocivos tanto en la salud individual como en los daños a la convivencia social, los programas de dispensación de metadona en nuestro medio han supuesto una caída espectacular en determinadas modalidades delictivas (robo de farmacias, etc.) y en las urgencias sanitarias por síndromes de abstinencia a opiáceos, la distribución de jeringuillas ha supuesto

una disminución en los contagios por SIDA y de Hepatitis (B y C).

¿Cómo se puede aplicar este principio en el caso de la mujer embarazada? Las alegaciones bienintencionadas sobre la información de los riesgos queda aplastada por la realidad, pues conocer los riesgos no supone una garantía eficaz de prevenirlos. Es evidente que la información es necesaria pero no suficiente. ¿Debería el médico que conoce el consumo de sustancias tóxicas por una embarazada adoptar la misma postura que ante los malos tratos a un menor de edad? Creo que si tras la información de los riesgos la embarazada no adopta una conducta adecuada, deberían imponerse medidas de control para evitar y/o minimizar los posibles daños.

El derecho trata de ordenar la convivencia y solucionar los conflictos que surgen en nuestra sociedad, hasta el momento la respuesta se ha caracterizado por situarse más en términos de ansiolítico social que en eficacia real. La presión cultural es y ha sido muy importante; si recordamos el camino a recorrer en la institucionalización del consumo de una sustancia y en el aprendizaje social e individual de los patrones de «consumo responsable», podemos observar el peso

significativo de los factores culturales y del entorno socioeconómico. Clásicamente se ha buscado eficazmente, a tenor de los resultados, contraponer en determinados conflictos, «la razón práctica» (eficacia) y la formulación teórica del problema, llevándonos a un escenario falso de confrontación.

Culpables como siempre, casi todos, en mayor o menor grado, de falta de valentía y decisión en algunos temas, exceso de improvisación y precipitación en otros, etc. Las asimetrías en las realidades nacionales expresan las peculiaridades socioeconómicas y culturales, y justifican las diferencias en la expresión de los problemas; sin embargo, existen elementos comunes en los problemas y en sus soluciones que nos obligan a plantear soluciones viables y lo mas amplias posibles. La globalización de los problemas implica la globalización y la integración de las soluciones. La reflexión crítica sobre nuestra realidad, nos permite afrontar una perspectiva de análisis mas amplio acerca de la necesidad de una estrategia global transnacional, con un punto de encuentro estructurado en el consenso sobre los objetivos y la fundamentación ética de los mismos, dejando a la técnica jurídica la elaboración de las normas.

Recibido: 14-02-2007

Aceptado: 23-04-2007

