

EL CONCEPTO DE FETO EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL

Josep Tomàs Salàs Darrochoa.

Abogado.

Doctorando Universidad Autónoma de Barcelona

INDICE_1.- INTRODUCCION 2.- CONCEPTO DE FETO: UNA PRIMERA APROXIMACION 3.- FETO Y ESTATUTO JURIDICO DE LA VIDA HUMANA ANTENATAL.- 4.- LIMITE INFERIOR DE LA PROTECCION PENAL A LA VIDA PRENATAL 5.- LIMITE FINAL DE LA PROTECCION PENAL DE LA VIDA HUMANA ANTENATAL 6.- CONCLUSIONES 7.- BIBLIOGRAFIA

SUMARIO.-

Se dirige el presente trabajo a indagar en el concepto del elemento típico feto contenido en diversos artículos del Código Penal de 1995 bajo dos premisas claras, tales que, el concepto a suministrar tiene que servir al unísono para los distintos delitos que lo contemplan -aborto, lesiones al feto y manipulaciones genéticas- y a su vez tiene que ser coherente con las distintas menciones al feto contenidas en un conjunto de normas jurídicas que agrupamos bajo la rúbrica común de Estatuto Jurídico de la Vida Humana Antenatal.

1.- INTRODUCCION

En el capítulo de novedades que el nuevo Código Penal español de 1996 incorpora respecto de la anterior regulación es obligado señalar los delitos previstos en los Arts. 157¹ y 158² -lesiones al feto- y los delitos de los

1 Reza este artículo:

" ... 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.

2 Reza la norma en cuestión:

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

Arts. 159 a 162 -en sede manipulaciones genéticas y de los que a efectos de nuestro trabajo nos centraremos en el tipo del Art. 159 CP³ -, así como admisión dentro de los tipos de aborto ex Art. 144⁴ a 146 del aborto imprudente, en tanto y cuanto no se corresponden a delitos ya previstos en la regulación derogada.

En este sentido, aún cuando la protección de la vida prenatal ya se venía acometiendo históricamente mediante los tipos de aborto -ejemplo paradigmático de derecho penal histórico-, es lo cierto que aquella lo era limitadamente por lo que la regulación acometida por el Legislador español no puede entenderse sino como parte del

profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto..."

3 Y este:

" ... 1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años..."

4 Artículo del tenor:

" ... El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho 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 tres a diez años. El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho 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 tres a diez años. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño..."

movimiento de protección integral del feto -o de la spes vitae en terminología de autores como Queralt Jiménez - que había venido siendo contemplado progresivamente por otras ramas del Ordenamiento Jurídico español que recogían a su vez iniciativas políticas y legislativos surgidas en Europa por una serie de factores heterogéneos - el asunto Contergan⁷, la masiva incorporación de la mujer al mercado laboral⁸, la por entonces incipiente preocupación biotecnológica⁹, -Línea de protección sociopolítica potenciada de diario por el progreso científico en materia de biotecnología y medicina⁹ que, amplia y pacíficamente asumido por la Comunidad -baste ver el impacto social y mediático de fenómenos como las Técnicas de Reproducción Asistida, Proyecto Genoma, Organismos Genéticos Modificados de los que nos ilustra el reciente estudio del CIS (nº 2412) respecto de las opiniones de los españoles ante la Biotecnología y del que se obtienen interesantes cuando y sorprendentes conclusiones¹⁰ - se retroalimenta generando una demanda de protección de los eventuales peligros y/o efectos indeseados de los mismos.

De ahí que uno y otro delito -por no mencionar el siempre polémico delito de aborto- susciten importantes cuestiones dogmáticas -cifra herencia genética como bien jurídico protegido, la existencia de un derecho a la reproducción con nomen proprio, la prevalencia en ciertos ca-

sos de la salud y/o integridad física sobre la propia existencia -principio de calidad de vida-, un posible nuevo concepto penal de lesión con entidad cualitativa antes que cuantitativa, la correcta resolución de las cuestiones concursales, ... - que por la extensión del presente trabajo no podemos mas allá que citar, pero si tratar limitadamente en cuanto a una de ellas a partir de la observación de que ambos delitos, junto con los de aborto ex Arts. 144 a 146 CP, comparten -terminológicamente, de manera explícita o implícita- el elemento típico¹¹ feto¹², cuyo estudio resulta especialmente relevante atendido que el mismo nos lleva sin solución de continuidad a la cuestión del inicio de la protección penal de la vida humana y en parte, sobre los "nuevos" límites del Derecho Penal.

Es por tanto sobre esta cuestión respecto de la que mediante el presente intentaremos suministrar ciertas ideas en orden a su interpretación y entendimiento, especialmente ante la necesidad de una sistemática intracódigo o en otras palabras, que el concepto de feto que se maneje no sea distinto en unos y otros delitos, sin perjuicio de las acotaciones que cada concreto tipo presente en el particular. Y si bien la cuestión no es novedosa en sí misma pues el concepto es preexistente el ACP, si lo es en cuanto a su necesidad interpretativa absolutamente condicionada por los nuevos delitos introducidos, pues de ordinario el delito de aborto no presenta una problemática tan grave al desempeñarse las conductas delictivas en momentos¹³ relativamente seguros en cuanto a la existencia de un feto.

⁵ Queralt Jiménez, J.J.- "Derecho Penal, Parte especial", 3ª ed., J.M. Bosch Editor, S.L., Barcelona, 1996, pág. 47.

⁶ Ramón Ribas, E.- "El delito de lesiones al feto. incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud", Ed. Comares, Granada, 2001, pág. 79, en la que el autor señala que hasta dicho hito no se advertía la existencia de una laguna de punibilidad en ese ámbito, actuando este como detonante de la asunción de protección del nasciturus.

⁷ El Consejo de la entonces CEE había adoptado la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre (LCEur 1992\3598) que contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia

⁸ Ya en 1988, la Comisión de Ciencia y Tecnología del Consejo de Europa propuso la elaboración de un instrumento que abordara la regulación de la tecnología humana. Idea reiterada en la Recomendación 1100 del Consejo (1989) y en la 17ª Reunión de Ministros de Justicia de la que deriva en 1991 la recomendación 1160 de la Asamblea del Consejo,

⁹ Entre otros hitos, la comunidad empieza a familiarizarse con la mención de terapias capaces de corregir los defectos genéticos que causan enfermedades, con tejidos y órganos para trasplante creados in vitro que alivien la escasez de donantes, con medicamentos diseñados a medida para cada paciente en particular, con robots que realicen cirugías actualmente impensables,...

¹⁰ Centro de Estudios Sociológicos.- Opiniones y actitudes de los españoles hacia la biotecnología.- Estudio 2412, Marzo de 2001

¹¹ El uso de este eufemismo es deliberado por cuanto no trataremos en el presente -al ser innecesario para su finalidad- si el feto es sujeto pasivo o mero objeto del delito, aun cuando tampoco prescindamos de dar nuestra opinión al respecto en favor de considerarlo sujeto pasivo del delito.

¹² Esto es así sin duda en los delitos de aborto y lesiones al feto y en parte en el delito de manipulaciones del Art. 159 del Código, cuya conducta puede realizarse, también, sobre las personas aunque intuitivamente se aprecia que, por la facilidad de la acción, este tendrá lugar de ordinario en las épocas mas tempranas de la vida humana -cuando no antes en el supuesto de acción sobre células germinales-. Por contra, mas allá de estos delitos entendemos que no cabe hablar de feto como elemento típico en ningún otro delito, lo que es especialmente criticable respecto de los delitos de riesgo previstos en el Tit XVII, entendidos como primera línea de defensa de la vida, salud e integridad de las personas y que por tal razón no son predicables respecto del feto.

¹³ Como se verá, los problemas mas difíciles se presentan en el margen de los primeros catorce días de vida humana, que normalmente no darán especiales problemas en sede de aborto, al desconocer normalmente la propia gestante su estado.

2.- CONCEPTO DE FETO: UNA PRIMERA APROXIMACION

Entrando en materia respecto de que es y que debe entenderse bajo la rubrica típica feto, entendemos necesario hacer ciertas precisiones previas en cuanto que contribuirán a centrar los términos dogmáticos y legales de la cuestión.

Así, existe práctica unanimidad doctrinal - embriología, fisiológica, biológica, ontogénica y jurídica- y jurisprudencial en definir al 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 aproximadamente¹⁴. Y si bien ambos límites son complejos y debatidos en su determinación, el problema ontológico que supone la determinación del inferior es de tal dimensión que lo reputamos señaladamente mas complejo y difícil que el límite superior.

Pero en todo caso resulta obligado - baste la mera contemplación del Ordenamiento Jurídico Español- advertir la existencia de regulaciones normativas de diferentes ámbitos de la vida fetal, de manera tal que permiten por inducción - como por otra parte es habitual en casi en todas las legislaciones - reconocer un completo estatuto jurídico del feto, aún cuando por algunos autores se nomina como del Embrión Humano - Femenia¹⁶, Moro Almaraz¹⁷, ... -, del Preembrión - Carcaba Fernán-

dez¹⁸ -, o del Embrión y del Feto - Romeo Casabona¹⁹ -, y que por nuestra parte, a fin de no exasperar²⁰ la taxonomía reputaremos de la vida humana antenatal²⁰. De ahí que entendamos necesario como primer paso y en aras a un principio de unidad del ordenamiento jurídico, coherente, en la medida de lo posible, cualquier concepto penal que se de de feto con lo que resulte de dicho Estatuto. E intimamente relacionado con lo expuesto y acorde con la idea dada de feto como producto de la gestación, entendemos necesario recordar que no debe confundirse la idea visual de feto con la funcional del mismo, o lo que es lo mismo, debe asumirse²¹ la naturaleza fetal de las envolturas fetales -placenta²² - y de los anexos fetales -saco vitelino²³, amnios y líquido amniótico²⁴, cordón umbilical²⁴ y alantoides²⁵ -, pues si bien en sentido estricta-

¹⁸ Carcaba Fernández, M.- " Los problemas jurídicos ... ", *ob. cit.* pág. 122

¹⁹ Romeo Casabona, C.M., " El Derecho y la Bioética ante los límites , *ob. cit.* pag. 409

²⁰ Esto es, como comprensivo de los distintos estadios que según se verá pueden desde un punto de vista científico, aun cuando es cierto que la parte mas importante y problemática del mismo venga -por la relevancia de las técnicas de reproducción asistida e ingeniería genética- referida a los que se conoce por periodo embrionario y preembriionario..

²¹ En forma sencilla, la placenta es un organo fetomaterno compuesto de dos partes, una fetal desarrollada a partir del saco corionico y otra mas pequeña conocida como materna y derivada del endometrio materno. Funcionalmente cumple tres funciones basicas: regular el metabolismo, proveer a los intercambios fisiologicos (agua, nutrientes, gases, residuos,...) entre madre y embrión y procurar una secreción endocrina adecuada. La afirmación de la placenta como organo fetal viene derivado del examen del funcionamiento inmunitario de dicho organo respecto de la madre y de supuestos como la enfermedad de Runt (limitación de peso de algunos fetos) originadas por un rechazo a la placenta por parte del sistema inmunologico de la madre. Un requisito básico para el normal desarrollo del feto es la correcta circulación sanguínea materno fetal que aporta oxígeno y nutrientes, por lo que la incidencia negativa en el desarrollo del feto de acciones sobre la placenta es evidente desde la Ciencia médica

²² El saco vitelino es una cavidad cística que se origina en la primera semana de desarrollo con la entrada de leche materna en el embrión, desarrollando funciones alimenticias (nutrición histotrofa). A partir de la sexta semana el feto prescinde de él, pasando una parte de él a formar parte del intestino del feto y otra queda atrofica.

²³ El amnios formará el saco amniótico dentro del cual se desarrollara el feto. Dicho saco queda lleno del liquido amniótico rodeando al feto. El liquido amniótico es esencialmente liquido presente en los tejidos maternos que se concentra por difusión y es en un 99% agua -también en pequeñas dosis resulta de otros componentes-. Su función es clave en la medida que el feto deglute ese liquido absorbiendolo mediante los aparatos respiratorio y digestivo y flota suspendido en él que actua como amortiguador de movimientos externos.

²⁴ El cordón umbilical conecta el feto con la placenta y sus dimensiones acostumbra a ser de 1 a 2 cms de diametro y unos 30 a 90 cms. de longitud.

²⁵ La alantoides es una pequeña continuación del saco vitelino que se forma durante la tercera semana de desarrollo y que tiene gran importancia en la formación de celulas sanguíneas en la creación de la vena y arterias umbilicales.

¹⁴ La sentencia del Tribunal Supremo de 5.4.1995 (RJ 1995\2882) alude al problema cuando cita:

"...pero puede afirmarse que, en estos supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción -en sentido lato- se intenta y realiza sobre una persona, la madre, y el resultado -demostrada la relación causal- trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento..."

¹⁵ Aun cuando deba reconocerse la existencia de intentos cabalmente dirigidos a regular exclusivamente sino todo el Estatuto si partes importantes del mismo, como por ejemplo, el Louisiana Statute on IVF & ET (Louisiana Revised Statutes Annotated n° 964) del Estado USA del mismo nombre que consituye un intento de regular completamente el estatuto del preembrión in vitro.

¹⁶ Femenia López, P., " ...Status jurídico del embrión humano ...", *ob. cit.*

¹⁷ Moro Almaraz, M.J., " Aspectos civiles de la inseminación ...", *ob. cit.* pág. 115, donde señalaba ya en 1988 la urgencia de dicho estatuto por cuanto " ...ciertas actividades de los científicos (.../...) ponen en peligro el respeto del embrión humano que pasa a ser un mero instrumento .."

mente-anatómico tan solo la alantoides y una pequeña porción del saco vitelino forman parte del feto siendo el resto expulsados en el parto, funcionalmente dichos órganos se configuran como esenciales para el desarrollo del feto y no son originariamente constitutivos de la madre en situación no gestaciones, de manera que un ataque sobre estas estructuras, capaz de concretarse en los resultados típicos, debe entenderse delictivo -especialmente, en cuanto al delito de lesiones al feto-.

3.- FETO Y ESTATUTO JURIDICO DE LA VIDA HUMANA ANTENATAL.-

Sin dejar de tener presente el apunte efectuado en cuanto a la multiplicidad de aspectos que regula este indicado estatuto -valga la obra de los autores citados anteriormente- de lo que resulta que su estudio completo rebasaría los límites de un estudio como el presente y que tan solo lo abordaremos de modo instrumental al presente trabajo, podemos considerar como parte integrante del mismo las siguientes normas o grupos de normas:

3.1.- Normas Internacionales:

Grupo en el que por haberlas ratificado España podemos incluir:

- La Declaración Universal de los Derechos humanos de 10.12.1948 -cuyo artículo 3º hace referencia a la protección de la vida -,
- El Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y Libertades Fundamentales de 4.11.1950 -cuyo Art. 2 atiende igualmente a la cuestión-
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16.12.1966 -cuyo Art. 6 afecta también a nuestro estudio- aun y cuando es cierto que es cuestionado en la doctrina que la protección a la vida que dispensan dichos Instrumentos alcance al periodo antenatal -por todos, Femenía López²⁶ -.

E igualmente debe mencionarse que España ha ratificado el Acta Final de Helsinki de 1.8.75 y la Declaración Internacional de Derechos del Niño de 20.11.1989 en cuyo Preámbulo se reconoce la protección jurídica del niño antes y después del nacimiento. Por su parte, el Par-

²⁶ Femenía López, P., " ...Status jurídico del embrión humano ..", ob. cit. pág. 126

lamento Europeo en Resolución de 6.10.1979 aprobó la "Declaración de los Derechos del niño no nacido" cuyos artículos 1 y 2²⁷ contienen un expreso reconocimiento de derechos para el feto, aun cuando carezca de carácter vinculante para los Estados.

3.2.- Constitución Española.-

Como no podía ser de otra manera, la Constitución Española es parte esencial del estatuto examinado. De su contenido, entendemos que son numerosas los principios y/o normas de las que puede ser destinatario y/o beneficiario el feto, pero de modo intuitivo en relación al presente estudio surge el examen del Art. 15 que consagra el derecho a la vida de todos con la fórmula aparentemente sencilla " ... todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral ... " .

Aparentemente sencilla -se enfatiza- por cuanto pudiere entenderse que precisamente con la noción " ... todos... " se da cobijo al Derecho a la vida y a la integridad del feto²⁸, pero que en realidad esconde un profundo debate del que en conclusión puede sentarse que esa protección se reconoce aunque con ciertas matizaciones. Esto no obstante, y concretada la cita del indicado precepto a la protección de la vida, salud e integridad del feto, esta debe, como regla general, proclamarse desde ese ámbito constitucional - y a diferencia de la dispensada a la vida, sin reserva de ningún tipo en cuanto a la de la salud e integridad-. Así resulta de la interpretación que el Tribunal Constitucional hizo de este precepto en la ya

²⁷ Este artículo reza:

" ... El niño que va a nacer debe gozar desde el momento de su concepción de todos los derechos enunciados en la presente declaración. Todos estos derechos deben ser reconocidos a todo niño que va a nacer sin ninguna excepción ni discriminación basada en la raza, color, sexo, lengua, religión, origen nacional o social, estado de desarrollo, estado de salud o las características mentales y físicas ciertas o hipotéticas y toda otra situación que le concierna o concierna a su madre y a su familia ... "

Y el Art. 2 por su parte reza:

"... La Ley debe asegurar al niño antes de su nacimiento con la misma fuerza que después, el derecho a la vida inherente a todo ser humano ... "

²⁸ Al hilo de la afirmación, es preciso recordar como en el Pleno del Congreso fue defendida una enmienda, después aprobada, que proponía utilizar el término «todos» en sustitución de la expresión «todas las personas» -introducida en el seno de la Constitución para modificar la primitiva redacción del precepto en el Anteproyecto por estimar que era técnicamente más correcta con la finalidad de incluir al nasciturus y de evitar, por otra parte, que con la palabra persona se entendiera incorporado el concepto de la misma elaborado en otras disciplinas jurídicas específicas, como la civil y la penal, que, de otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución.

aludida STC 53/85²⁹, en la que la protección de la vida e integridad del feto -reputado valor constitucional- solo admitía como excepción -y para la vida del feto y no su integridad- determinadas situaciones de conflicto con derechos e intereses de la madre.

3.3.- Código Civil.-

Se contienen en este cuerpo legal ciertas normas - Arts. 29, 30, 627 y 959 - por las que se determinan la personalidad tomando el nacimiento como base al que se anudan ciertas condiciones y se reconoce la figura del nasciturus³⁰ protegiéndolo en determinados supuestos, aunque sin reconocerle personalidad jurídica o una cierta forma de personalidad jurídica, echándose en falta en este sentido normas como las contenidas en el Art. 1 del Código Civil del Perú³¹ o en el Art. 70 del Código Civil³² de Argentina.

3.4.- Ley 35/88 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 22.11.88 y Ley 42/88 de Donación y Utilización de Embriones y Fetos de 28.12.1988

Leyes que a caballo entre el ámbito administrativo y el civil³³ son las que por su objeto contienen numerosos referentes validos para nuestra labor. Estas leyes que fueron promulgadas en idéntico marco temporal, tomaron

29

De la que deben a estos efectos entresacarse dos párrafos:

“... ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional...”

y

“... En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental (a la vida)...”

30

Este artículo es trasunto de la ley 3ª, Título 23 de la Partida 4ª que rezaba:

“... desmiente que estuviere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que faga o se diga a pro de ella, aprovechase ende, bien así como si fuese nacida, mas lo que fuese dicho o fecho a daño de su persona o de sus cosas, no le empece...”

31

Este artículo reza:

“... La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales esta condicionada a que nazca vivo...”

32

Este artículo reza:

“... Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido...”

33

Si bien es cierto que su regulación es esencialmente administrativa también lo es que contienen importantísimas normas sobre filiación.

como antecedente el Informe Palacios³⁴ y en su texto se aprecian las aportaciones de científicos procedentes de la Biología, Medicina, Genética y Ginecología al incorporar en su articulado conceptos médicos que por tal razón pasan a ser jurídicos y constituyen ciertamente la clave de bóveda del aludido Estatuto.

La primera de ellas -Ley 35/88 en lo sucesivo, TRA- intenta suplir esa carencia definiendo en parte un concreto estatuto jurídico de la vida embrionaria que asume la posterior Ley 42/88. Ya en la Exposición de Motivos de esa Ley se avanza :

“... Con frecuencia, se plantea la necesidad de definir el status jurídico del desarrollo embrionario, especialmente en los primeros meses, pero hasta ahora no se ha hecho o se hace de forma muy precaria, pues difícilmente puede delimitarse jurídicamente lo que aún no lo está con criterios biológicos, por lo que se presenta como necesaria la definición previa del status biológico embrionario, tal y como indica el Consejo de Europa en su Recomendación 1.046, de 1986...”

Según dicha norma y con un marcado carácter biológico³⁵ debe distinguirse en la vida antenatal un triple estadio: preembrión, embrión y feto que resultan delimitados y definidos respectivamente como:

- Preembrión -también denominado embrión preimplantatorio por corresponderse con la fase de preorganogénesis- recogido en los Arts. 12.1 y 13.1 de la Ley.

34

Informe Palacios o con mas propiedad “ Informe y trabajos de la comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, Congreso de los Diputados 1987”

35

Clasificación de marcado trasunto biológico que se corresponde esencialmente con la expuesta por Carrera -cif. Carrera Maciá, J.M.- “Embriopatología y diagnóstico prenatal” en “ Progresos en Diagnóstico Prenatal”, Vol. 6, nº 1, Enero-Febrero 1994, pág. 3- cuando distingue en la vida prenatal tres estadios

a) *Estadio Blastémico, que transcurre desde la concepción hasta la aparición del primer tono cardíaco -aproximadamente hacia la tercera semana post-concepción-*

b) *Estadio Embrionario, que comprende desde la cuarta semana hasta el final del cuarto mes y que es la fase donde se produce la organogénesis. El producto de la concepción recibe aquí el nombre de embrión.*

c) *Estadio fetal, que transcurre desde el inicio del quinto mes hasta el momento del nacimiento y que es la etapa en la que se produce el crecimiento y maduración del producto de la concepción, que recibe el nombre de feto.*

Aun cuando debe dejarse sentado que esta clasificación no es unánime por cuanto como recoge la Recomendación 1046/ 86 del Consejo de Europa no existe consenso sobre el status biológico de la vida humana dependiente siendo diversos los acercamientos a la figura según se hagan desde la Patología o la Clínica -que es desde la que la contempla el autor citado-

Resumidamente ³⁶, el óvulo fecundado por el espermatozoide o cigoto, normalmente situado en la ampolla de la trompa uterina, inicia una serie de divisiones mitóticas dando lugar a las células llamadas blastómeros. Cuando la compactación de estos supera las doce células pasa a conocerse como mórula, convirtiéndose en el blastocisto a su llegada al útero donde el objetivo será fijarse -implantarse- al endometrio, al que aproximadamente catorce días más tarde se estimará establemente anidado y en el que aparecerá la línea primitiva. Esta terminología es adoptada por los Consejos Europeos de Investigación Médica de Dinamarca, Finlandia, R.F.A., Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica) siendo importante señalar que esta fase puede darse biológica y legalmente en el útero de la mujer o in vitro -artificialmente-. Biológicamente, supone la salida del óvulo del ovario, su recorrido por la Trompa de Falopio, su fecundación al encuentro -fusión en un sentido gráfico- del gameto masculino y su llegada al útero o bien ³⁷ y entrando en el campo de la reproducción asistida: la introducción del semen del hombre en el aparato genital de la mujer mediante técnicas e instrumental adecuado (supuesto de inseminación artificial) la obtención ³⁸ de los gametos masculinos y femeninos y su puesta en contacto artificial para una vez fecundados o en su caso tras una pequeña fase de crecimiento -que supone las primeras divisiones del cigoto en ³⁹ blastómeros- in vitro, trasplantar el cigoto o estos al útero en espera de su anidación estable (supuestos de fecundación in vitro con o sin transferencia de embriones).

- Embrión propiamente dicho, recogido en los Arts. 12.2 y 13.2 de la Ley y por el que se entiende la fase de desarrollo que continuando la anterior señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de

³⁶ Un exhaustivo estudio del desarrollo humano semana a semana se encuentra en Moore, K y Persaud, T.N.V.- "Embriología Clínica", Ed. McGraw-Hill Interamericana, Mexico 1999

³⁷ Una exposición de dichas técnicas desde el punto de vista jurídico se halla en Herrera Campos, R.- "La inseminación artificial: Aspectos doctrinales y regulación legal", Ed. Comares, Granada, 1991.

³⁸ Un completo desarrollo médico de dichas técnicas puede verse en Bonilla Musoles, F.- y Pellicer, A.- "Desarrollo histórico y estado actual de la fertilización in vitro en el mundo". Clínica Ginecológica, Vol. 9 nº 2, Barcelona, 1985.

³⁹ Se utiliza el plural embriones por cuanto en la práctica médica se acostumbra a transferir varios embriones aumentando así la esperanza de embarazo. En este sentido, Dankedar, en un estudio de 1984, cifra el porcentaje de éxito en cuanto a embarazo en el 7%, 21% y 28% si se transfieren uno, dos o tres embriones

los órganos humanos y cuya duración es de dos meses o dos meses y medio. Criterio ampliamente difundido y homologable entre otros, con el Informe de la Comisión del Parlamento de la R.F.A para estudio de las "Posibilidades y Riesgos de la tecnología genética", con el Documento del CAHBI o Comité adhoc de Expertos sobre el proceso de las Ciencias Biomédicas de 5.3.1986 y con en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In vitro y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados antes indicado, e incluso, con la acepción lingüística del término según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua ⁴⁰

- Finalmente por feto se entiende la fase más avanzada del desarrollo intrauterino con el embrión adoptando apariencia humana y sus órganos formados que maduran paulatinamente asegurando la viabilidad y futura autonomía después del parto.

Es fundamental en la materia señalar que, a diferencia de la primera, las dos últimas fases solo se admiten legalmente in utero, por cuanto aún accesibles a la técnica en la modalidad in vitro la TRA lo prohíbe expresa y tajantemente. Esta distinción es recogida a su vez por la Ley 42/88 de Donación y Utilización de embriones y fetos humanos de 28.12.88, al regular la donación de células, tejidos u órganos de embriones y fetos, considerando a aquellos desde el momento en el que el óvulo fecundado -in vitro o in útero- se implanta establemente en el útero y establece una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante.

3.5.- Ley 31/1995 de 8 de Noviembre sobre Prevención de Riesgos Laborales modificada por la Ley 39/1999 de 5.11 de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Norma que en su Exposición de Motivos ya indica que viene a cubrir una laguna, previendo que en los supuestos de maternidad en los que, por motivos de salud de la madre o del feto se haga necesario un cambio de puesto de trabajo o función y este cambio no sea posible, se declare a la interesada en situación de riesgo durante el embarazo con protección de la Seguridad Social.

⁴⁰ Según la segunda entrada de dicho vocablo:

".. En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo..."

3.6.- Código Penal.-

Por razones metodológicas se ha dejado en último lugar este Texto. No cabe duda que el Código Penal forma parte de este estatuto en la medida que claramente protege -y lo hace con la más grave de las conminaciones posibles, la pena- la vida antenatal, pero esta aparente sencillez cesa cuando se llega al punto de dar respuesta específica a la cuestión fundamental de cuando entra en juego y termina la protección penal a la vida prenatal, que variará según se admita la plena coincidencia del elemento típico *feto* con toda la vida antenatal⁴¹ en el triple estadio examinado o tan solo con parte de ella.

Y en este sentido, aún cuando la reseña de este estatuto nos haya llevado a observar que algunas normas no penales se ocupen de la cuestión del inicio de la vida humana, nuestro juicio atiende a reconocer que el Derecho Penal es soberano para construir sus propios conceptos en tanto y cuanto sea preciso para dar efectividad a la protección decidida de ciertos bienes jurídicos seleccionados, aún cuando se insista en que el reconocimiento de aquel pretendido principio de unidad del ordenamiento jurídico y la propia inserción de los delitos estudiados en el estatuto en cuestión aconsejen que cualquier construcción de un concepto jurídico-penal de *feto* deba ser, por lo menos, coherente con la que se maneje globalmente a efectos de dicho estatuto.

4.- LIMITE INFERIOR DE LA PROTECCION PENAL A LA VIDA PRENATAL

Desde dichas premisas y siguiendo el iter metodológico apuntado, debe hacerse mención que, aún admitido de manera general en la actualidad que el proceso biológico de la vida humana se inicia en el momento de la fecundación -por todos Zarraluqui⁴²-, son muchas las posturas que bajo distintos razonamientos y terminologías - “fase subhumana”, “fase plenamente humana”, “nueva vida humana”, “ser humano”, “ser humanizado”, ... - difieren el reconocimiento de la nueva vida humana, y de ahí su protección, a momentos posteriores, de entre las que por tanto deberá hacerse una elección. Además, de la posición que se adopte dependerá la respuesta a

⁴¹ *Vida prenatal es como ya se ha indicado el calificativo que se estima más adecuado para esta etapa de la vida humana, ratificando lo ya dicho.*

⁴² Zarraluqui, L.- “...La naturaleza jurídica de los elementos genéticos, separata de la Revista General de Derecho, Valencia, junio 1986, p. 2461.

importantes hitos no ya jurídicos sino sociales -piénsese en el uso de ciertas técnicas contraceptivas como la píldora abortiva⁴³ o la necesidad de dar destino a los óvulos fecundados sobrantes de los procesos de reproducción asistida⁴⁴-. Un breve repaso de estas posiciones obliga a considerar:

1. Teoría de la fecundación.- Que es entre otras posiciones la actual posición oficial de la Iglesia Católica -superado el estadio histórico de teorías como la de la animación retardada⁴⁵- y de la que resulta que la nueva vida es tal desde el momento en que se constituye la realidad biológica del cigoto o célula-huevo, resultante de la fusión del óvulo y del espermatozoide. El cigoto así resultante tiene una relevancia equiparable a la del recién nacido pues aun cuando su apariencia externa sea equiparable al cigoto de otras especies animales, sin embargo la información genética existente en la célula-huevo es humana y solamente humana y en la misma se prefigura íntegramente el individuo humano que se va a desarrollar a partir de aquél de manera única e irrepetible. Sin dejar de reconocer que el nuevo ser es, durante el desarrollo embrionario, dependiente del organismo materno, se afirma al mismo

⁴³ *La píldora abortiva o RU486 -nombre del expediente del proyecto del laboratorio que la desarrolló- cuyo compuesto activo es la mifepristona tiene la aptitud para provocar un aborto sin necesidad de realizar intervención quirúrgica al interrumpir el desarrollo gestacional del endometrio e impedir la implantación del embrión en el útero materno. Su efecto es posible en los 2 primeros meses de embarazo y está aprobada en algunos países pero limitada al uso hospitalario, pues causa efectos secundarios serios con frecuencia (sangrado profuso, dolores) y se sospecha que pueda ser causa malformaciones fetales.*

⁴⁴ Según el periódico “La Vanguardia” (edición de 26.1.1998) solo en Cataluña se calcula que existen unos 8.000 embriones congelados de los que, unos 1000 ya habrían superado el límite de cinco años que marca la ley -hay que recordar que la Ley 35/1998 de Reproducción Asistida fijó un límite de cinco años para los embriones congelados por el temor a que una conservación que excediera los cinco años pudiera provocar una degeneración de las células-. El origen del problema deviene de la dificultad/imposibilidad de congelar ovulos lo que obliga a fecundarlos y congelar el embrión, permaneciendo en nitrógeno líquido a -196°. Como que la ley también pone límites temporales a la disposición de los embriones obtenidos en el proceso de la Fivet (dos años) y algunas parejas una vez logrado el embarazo no quieren someterse de nuevo a este proceso pero tampoco quieren donarlos se produce ese excedente de embriones que es regularmente noticia al no preveer la ley su destino.

⁴⁵ Como indica Rodríguez Devesa -cif. “Derecho Penal español, Parte Especial, 13ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1986, pág 79-, históricamente, durante los siglos XIII a XIX -básicamente por influencias aristotélicas (Política, Lib. VII c. 14, de animalium generationem, lib II, c.3; De animalium historia, lib VII, c.3) y tomistas-, se sostuvo la teoría de la animación retardada, según la cual el alma racional tomaba cuerpo no con la fecundación sino posteriormente. Desde el siglo XIX, la tesis contraria de la animación inmediata -que ya había comenzado a apuntar en el siglo XVII por influjo especialmente de algunos médicos: Fyens, Gassendi, Zacchia- se hace claramente dominante en la tradición católica.

- tiempo su autonomía y desde estas teorías se llama específicamente la atención sobre la continuidad del desarrollo del feto, que progresivamente irá alcanzando todas sus potencialidades. Esta teoría se correspondería con la fase nominada como preembrión en la Ley 35/88 TRA.
2. Teoría de la Concepción.- Existen posiciones para las que aún puede discriminarse más el fenómeno vital de la nueva vida humana, distinguiendo entre fecundación -en la que no se reconoce todavía la existencia de una nueva vida humana- y concepción. La base biológica de esta distinción se fundamenta en que la fecundación no es sino la penetración del espermatozoide en el óvulo, en tanto que la concepción llega tras la superación del estadio de singamia, en el que se produce el intercambio de información genética y la fusión de los dos pronúcleos de las células germinales dando lugar, ahora sí, a la formación del cigoto, proceso en el que en definitiva se han empleado unas 22 o 23 horas, e incluso posiciones más extremas sostienen que atendido que hasta el cuarto día del desarrollo embrionario no se da la expresión genética del padre al nuevo ser -hasta ese momento solo estaría actuando el material genético materno- no podría hablarse propiamente de comienzo de una vida humana sino desde este momento.
 3. Teoría de la anidación.- Para sus partidarios, ni la fecundación ni la concepción dan lugar a una nueva vida humana. Por el contrario, desde la constatación que tras dichos momentos biológicos y en un proceso que dura unos doce o trece días el cigoto avanza por las trompas, penetra en el útero y se implanta en el mismo mediante unas raicillas o villi que produce, que hasta dicho momento se mantiene abierta la posibilidad de división y de dar origen a gemelos monozigóticos idénticos - con lo cual, algo tan característico del ser humano como es su individualidad no está definitivamente determinado hasta aquel momento-, que existe un elevadísimo porcentaje de abortos espontáneos antes de finalizar la anidación de manera que en torno al 70% de los óvulos fecundados no llegan a realizar su implantación e, *in fine*, que la frontera de esos 14 días coincide también con la constitución de la línea primitiva o cresta neural -primer esbozo del sistema nervioso-, entienden que este es el momento desde el que cabe reconocer una nueva vida humana. Esta fase correspondería a la nominada como embrión en la Ley 35/88 TRA.
 4. Teoría de la actividad cerebral.- Ciertas opiniones sitúan el inicio de la vida humana en el momento de inicio de la actividad cerebral, hito que acontece entre los 43 y 45 días contados desde la fecundación, criterio que guarda relación con el históricamente sustentado por el judaísmo y el Islam.
 5. Teoría de la Tolerancia inmunológica.- Para esta postura, la vida humana se inicia en el momento de adquisición de su identidad genética, que no acontece con la fusión de los núcleos sino con la capacidad de distinguir inmunológicamente lo propio de lo extraño, datándolo en torno a la octava y duodécima semana de gestación.
 6. Teoría de la finalización de la organogénesis.- Para sus partidarios, el hito básico en la materia es la adquisición de apariencia humana, lo que acontece hacia los dos meses y medio de gestación, momento tenido en cuenta incluso por la medicina para dejar de hablar de embrión y hacerlo de feto. Específicamente, valoran el comienzo de la actividad eléctrica del cerebro del nuevo ser que relacionan, a su vez, con su carácter de nota distintiva del final de la vida en el otro extremo del ciclo vital. Esta teoría se identificaría con la fase propiamente fetal de la Ley 35/88 TRA.
 7. Teoría de la viabilidad extrauterina.- Entendida como momento en el que el nuevo ser alcanza la capacidad de poder vivir fuera del útero, que permite romper la nota de dependencia respecto de la madre..
 8. Teoría del nacimiento.- Postura del Derecho Civil - incluso con adiciones en forma de vida durante 24 horas como en el caso de Código Civil español-, que arranca a su vez del Derecho Romano, y para la que el nuevo ser es tal, cabalmente, desde que nace.
 9. Teorías relacionales.- Existen posiciones que no se conforman con las notas biológicas descritas hasta el momento, adicionando condicionantes como un mínimo proceso de socialización, la capacidad relacional con sus semejantes o la autoconciencia, entendida como capacidad discernimiento, razón y capacidad, que sitúan en torno a los 7 años de edad.
- Pero concretando aún más, esto es, respecto a cuando, por hallarnos ante el elemento típico feto debe otorgarse protección penal a esa vida humana, las posturas se reducen esencialmente a tres -sin perjuicio de que minoritariamente se continúen sosteniendo algunas de aquellas posturas- concretadas en los momentos o teorías de la fecundación, anidación y organogénesis. Ello es así, en

parte por consideraciones lógicas -en términos laxos, la distinción entre fecundación y concepción es mínima, como lo es la distinción entre actividad cerebral, inmunología y organogénesis, y en cuanto a las teorías del nacimiento y relacionales existe un consenso generalizado en rechazar el retraso de la protección a dicho momento-, y en parte por la influencia que en la materia ha tenido la terminología seguida por la Ley 35/88 de 22 de Noviembre TRA que como hemos visto acoge esa triple distinción, nominando a sus efectos a los distintos estados vitales como preembrión, embrión y feto y que actúa a modo de catálogo respecto del que se pronuncian la mayoría de los autores. En otras palabras y a modo de resumen, las posturas doctrinales pueden agruparse en tres posiciones, según que por feto se cobijen las tres fases descritas en la Ley 35/88 TRA, las dos finales (embrión y feto) o tan solo la última (feto).

La extensión a las tres fases del término típico feto - que supone por tanto equiparar feto a vida humana antenatal- por estimar originada la nueva vida humana en el momento de la fecundación es afirmada principalmente por Gracia Martín⁴⁶, que razona su posición aduciendo razones gramaticales -feto equivale a nasciturus- y normativo-teleológico-axiológicas - la protección a la vida debe ser íntegra-. En parecido sentido puede citarse a De la Cuesta Aguado⁴⁷, cuando resultante de sus razonamientos a propósito de las técnicas de reproducción asistida equipara fecundación y embarazo, y puede a nuestro juicio incluirse también en este grupo a Granados Pérez⁴⁸ cuando a propósito del delito de manipulaciones genéticas aboga por el reconocimiento de un posible estado o etapa de la vida humana que denomina de “ prefecundación “ a

⁴⁶ Gracia Martín, L.- “ Comentarios al Código Penal ” (Coord. J.L. Díez Ripollés), Ed. Tirant Lo Blanch Tratados y Comentarios, Valencia, 1999, pág. 619

⁴⁷ De la Cuesta Aguado, P.M.- “ La reproducción asistida humana sin consentimiento.Aspectos Penales”. Ed. Tirant Lo Blanch,1998,pág. 80 donde señala esta autora: “... No sucede lo mismo cuando se trata de reproducción asistida, donde cabra diferenciar temporalmente la acción de fecundar y la de embarazar dependiendo del procedimiento utilizado para obtener la reproducción asistida.Así, cuando se trata de una inseminación artificial o de una transferencia intratubárica de gametos, de la misma forma que en la reproducción natural, fecundar y embarazar no podrán ser considerados aisladamente ni existirá diferencia entre ambos. Fecundar a una mujer y embarazarla son sinónimos. Ahora bien, dejarán de ser sinónimos cuando se trate de Fecundación in vitro con transferencia de embriones. En este caso las fases de fecundación y embarazo son distintas y perfectamente separables, puesto que la fecundación se realiza temporalmente antes del embarazo y fuera del cuerpo de la mujer que solo quedará embarazada cuando los embriones sean implantados en su seno y acogidos en su cuerpo...”

⁴⁸ Granados Pérez, C.- “ Objeto material en los delitos contra las personas “ en “Delitos contra las personas “ Ed. CGPJ, 1999/3, Madrid, pág. 263

proteger penalmente -aunque no bajo la rubrica del Art. 157 CP- que le da pie a afirmar la íntegra protección penal de la vida prenatal. Es igualmente la postura de Carcaba Fernández⁴⁹ en materia civil, y la de algunos Pactos Internacionales suscritos por España⁵⁰, del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos⁵¹, de la Real Academia de Doctores de España⁵² y⁵³ de legislaciones civiles como la peruana y la argentina que se han ocupado de la cuestión expresamente.

Un segundo grupo de autores, sin negar la existencia de vida humana en el momento de la fecundación, abogan, normalmene al hilo del delito de lesiones al feto y bajo criterios de seguridad biológica y jurídica por iniciar la protección penal en el momento de la anidación, lo que implica por tanto la protección penal de las dos últimas fases TRA (embrión y feto)⁵⁴. En este grupo podemos encuadrar a Femenía López⁵⁵ -ceñido a sus construcciones civiles-, y en la doctrina penal a Bajo Fernández⁵⁶, Bustos Ramírez⁵⁷, Muñoz Conde⁵⁸, Flores Mendoza⁵⁹,

⁴⁹ Carcaba Fernández, M.- “ Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del pre.embrión) “ en “ la Filiación a finales del siglo XX”, Ed. Gobierno Vasco/Ed. Trivium, Madrid, 1988, pág. 394 .

⁵⁰ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, fue aprobada el 19 de marzo de 1984 y dispone en su art. 4º :

“ ... 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... ”

⁵¹ Informe de dicho organismo de 19.2.1983, aun cuando debe precisarse que el mismo no se refiere a la protección penal sino, stricto sensu, al inicio de la vida.

⁵² Informe de dicho organismo de 25.4.1983, con idéntica precisión a la hecha en la nota anterior.

⁵³ Reza el Art. 63 de la Constitución peruana:

“ ... Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno....”

Y reza el artículo 70 de la Constitución argentina:

“ ... Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

⁵⁴ Femenía López, P., “ ...Status jurídico del embrión humano ..”, ob. cit. pág. 9

⁵⁵ Bajo Fernández, M.- “ Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas “ , Ed.Ceura, Madrid, 1991, pág. 25

⁵⁶ Bustos Ramírez, J.- “ Manual de Derecho penal, parte especial “ , Madrid, 1989, pág. 59

⁵⁷ Muñoz Conde, F.- “Derecho penal. Parte especial”, ob. cit. pág. 87

⁵⁸ Flores Mendoza, F.- “El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995” en Actualidad Penal nº 43 (18 – 24 de Noviembre de 1996), pág. 846

Laurenzo Copello -a propósito del aborto-⁵⁹, García Álvarez⁶⁰, Granados Pérez⁶¹, Romeo Casabona⁶², Emaldi Cirión⁶³, Farré Trepát⁶⁴ y Huerta Tocildo -si bien con matizaciones-⁶⁵, autora que apoya su posición en la STC 53/85, desde la que afirma que puede distinguirse entre gestación y concepción y concluye que el preembrión queda fuera de la protección jurídica al feto. Mas prolijo en su explicación es Romeo Casabona a propósito del Art. 157 CP, cuando tras reconocer que la vida humana comienza con la fecundación⁶⁶ razona, con cita de Lacadena⁶⁷ y de Alonso y Céfalo⁶⁸ la conveniencia del inicio de la protección penal en el día decimocuarto de vida apuntando entre otras razones que mas del 50% de

⁵⁹ Laurenzo Copello, P.- "El aborto no punible", Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pag. 80

⁶⁰ García Álvarez, P.- "Lesiones al feto. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 1999", Cuadernos Jurídicos, 1996, pag. 13.

⁶¹ Granados Pérez, C.- "Objeto material en los delitos contra las personas" en "Delitos contra las personas" Ed. CGPJ, 1999/3, Madrid, pag. 257

⁶² Romeo Casabona, C.M.- "El Derecho y la bioética ...", ob.cit. pag. 151 y "Genética y Derecho" en "Biotecnología y Derecho: Perspectivas en Derecho comparado (ed. Carlos Romeo Casabona)", Ed. Diputación Foral de Vizcaya/Comares, Granada, 1998, pag. 47, donde el autor incide en parte en esta línea al manifestar que el embrión preimplantatorio obtenido in vitro y el embrión in tuero todavía no implantado en el endometrio precisan de una protección adecuada, incluso penal en los casos mas graves.

⁶³ Emaldi Cirión, Aitziber.- "El consejo genético y sus implicaciones jurídicas", Ed. Comares, Granada, 2001, pag. 211

⁶⁴ Farré Trepát, E.- "Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente", en "Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo", Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pag. 222

⁶⁵ Huerta Tocildo, S.- "De ciertas incongruencias y aparentes paradojas en los delitos de lesiones al feto", en Libro Homenaje al Profesor José Manuel Valle Muñiz, 2001, Ed. , pag. 1430, si bien esta autora admite la posibilidad, que contempla para embriones in vitro, que lesionados estos en dicha fase si transferidos alcanzan la implantación y se desarrollan lesionados nos hallemos ante un concurso ideal entre delito de alteración del genotipo y delito de lesiones al feto dolosas o imprudentes.

⁶⁶ Romeo Casabona, C.M.- "El Derecho y la bioética ...", ob.cit. pag. 148.

⁶⁷ Romeo Casabona, C.M.- "El Derecho y la bioética ...", ob.cit. pag. 149, donde citando a Lacadena distingue entre comienzo de la vida (fecundación) y comienzo de la vida humana (anidación)

⁶⁸ Romeo Casabona, C.M.- "El Derecho y la bioética ...", ob.cit. pag. 149 donde citando a Alonso y Céfalo afirma que el cigoto no contiene la totalidad de la información precisa para la embriogénesis que adquirirá con el tiempo y por interacción con otras moleculares, aunque si contiene la información genética específicamente humana y la información extra-cromosómica indispensable para dar comienzo al proceso de diferenciación.

los huevos fecundados abortan espontáneamente antes de la anidación, lo que da idea de la precariedad de la vida humana en esos momentos⁶⁹. Sin embargo nótese que este autor⁷⁰ cuando alude de lege ferenda al sujeto pasivo del delito de manipulaciones genéticas del Art. 159 incluye a los tres estadios biológicos descritos lo que da idea igualmente de la susceptibilidad de lesión - y de ahí la correlativa de protección- de la primera fase descrita.

En parecida línea argumentativa, Valle Muñiz⁷¹ razona que la admisión de la intervención penal a partir de la fecundación -que reconoce como momento inicial de la vida humana- se radicaría en términos de exceso e imposible adecuación social, y que, permitiendo la Ley 35/88 la destrucción de preembriones sobrantes no le es dable al Derecho Penal, en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico y de los principios propios de carácter fragmentario e intervención mínima, crear ilícitos penales allí donde existe licitud administrativa, concluyendo esta batería de razonamientos significando, a fortiori, que si que el Legislador prohíbe en la Ley 35/88 la realización de investigación o experimentación en preembriones vivos in vitro mas allá de los catorce días siguientes a la fecundación del óvulo, así como mantener in vitro los óvulos fecundados y vivos mas allá del día catorce al de su fecundación, debe inferirse que dicho límite es jurídicamente el determinante del transito a la vida humana, y como tal, protegible. Y en este mismo sentido favorable al momento de la anidación deben citarse el Informe Palacios⁷², el Tribunal Constitucional Alemán en STC de

⁶⁹ Como ya se ha indicado, parece existir un aborto selectivo natural en la medida que el 36% de los abortos espontáneos corresponden a gestaciones con anomalías cromosómicas y este porcentaje se eleva al 80% de contar tan solo los abortos producidos en las primeras seis semanas de gestación.

⁷⁰ Romeo Casabona, C.M.- "Los llamados delitos relativos a la manipulación genética: ¿Derecho Penal simbólico? en "Genética y derecho" (Dtor C.M. Romeo Casabona), Ed. Consejo General del Poder Judicial, Colección Estudios de Derecho Judicial, nº 36, Madrid, 2001. pag. 353

⁷¹ Valle Muñiz, J.M. (Coord)- "Comentarios al Código Penal" (Dtor. Quintero Olivares, G.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pag. 757

⁷² Este Informe, ya referenciado, aludió a la cuestión en relación a si la experimentación con embriones podía conllevar el sacrificio de vidas humanas individualizadas. En esta tesitura, la Comisión valoró que "vida humana" no es equivalente siempre y en todo momento a "ser humano individualizado", noción que requiere en este la doble condición de unicidad y unidad. Y estas condiciones tan solo se dan a partir de la aparición en el embrión del primer tejido nervioso que se produce precisamente en el día catorce de la gestación, tras la anidación.

25.2.75⁷³, en el Derecho comparado, el legislador alemán y en la Jurisprudencia, la STS 30.1.1984.

Finalmente, un tercer grupo de autores se manifiesta en favor de un radical sentido limitativo admitiendo la protección penal únicamente para la última fase contemplada en la Ley 35/88 TRA, en el que se incluyen Peris Riera⁷⁵, González Rus⁷⁶, Oraa González⁷⁷, Higuera Guimerá⁷⁸ y Latorre Latorre⁷⁹. La razón básica para estos autores es la estricta observancia del principio de legalidad que obliga a circunscribirse a esta fase del desarrollo humano, siendo su extensión al embrión o preembrión un supuesto de analogía in malam parte. Así, el feto se corresponde exclusivamente con la fase más avanzada del desarrollo embriológico, ya con apariencia humana y con órganos que maduran paulatinamente y que por tal razón⁸⁰ precisa su protección. Significadamente Peris Riera⁸¹, partiendo de la existencia de matizaciones o grados en la protección de la vida, las aplica en el caso concreto distinguiendo entre vida humana y vida humana en formación. Esto no significa⁸¹ -se apresuran a matizar autores como Higuera Guimerá⁸¹ - que el preembrión y el embrión queden puertas afuera del Derecho Penal, sino que su protección no lo será tomando como referencia su vida o integridad sino con fundamento en otros bienes

⁷³ Sentencia en la que el Tribunal en cuestión afirmó que según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación.

⁷⁴ Así lo hizo al hilo de la regulación del aborto al promulgar el párrafo 219 del Código Penal Alemán con el tenor:

“... Las acciones cuyo efecto tienen lugar antes de la terminación de la anidación del óvulo fecundado en el útero no tienen el carácter de interrupción del embarazo en los términos de esta Ley...”

⁷⁵ Peris Riera, J.M.- “La Regulación penal de la manipulación genética en España”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 106, donde el autor afirma: “...En la actualidad resulta incuestionable la barrera diferenciadora de carácter valorativo que marca la anidación del óvulo fecundado, o si es con técnicas de reproducción asistida, el momento de la transferencia del óvulo fecundado in vitro a la mujer gestante (que separa la fase de preembrión de la embrión)...”

⁷⁶ González Rus, J.J.- Curso de Derecho Penal Español, (Coord) M. Cobo del Rosal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 89

⁷⁷ Oraa González, J.- “Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995”, Revista la Ley, n.º 4044, 27.5.1996.

⁷⁸ Higuera Guimerá, J.F.- “El Derecho Penal y la Genética”, Ed. Madrid, 1995, pág. 324.

⁷⁹ Latorre Latorre, V.- “Lesiones al feto “ en Mujer y Derecho Penal : presente y futuro de la regulación penal de la mujer “ (Cord), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 104

⁸⁰ Peris Riera, J.M.- “La Regulación penal de la manipulación genética en España”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 134

⁸¹ Higuera Guimerá, J.F.- “Los delitos de lesiones al feto “ en Actualidad Penal, n.º 16, 17 a 23 de Abril de 2000, pag. 375

jurídicos –colectivos- y normalmente en sede de los delitos de manipulaciones genéticas o mediante las sanciones administrativas previstas en las leyes 35/88 y 42/88.

Por nuestra parte, nos decantamos con Gracia Martín por la primera de las opciones citadas, entendiendo por tanto que la norma del Art. 157 del Código protege la integridad de la vida humana desde el mismo momento de la fecundación de eventuales ataques de terceros. Entendemos por tanto que el elemento típico “...feto...” equivale a vida humana antenatal e incluye las tres etapas biológicas referidas en la Ley 35/88 TRA, aún cuando esta posición obliga a un esfuerzo dogmático sin duda superior al de otras opciones.

Explicitando nuestra posición, el rechazo implícito que se hace a la última de las posiciones recogidas -que entiende que el tipo protege exclusivamente a la última fase de desarrollo embrionario- se apoya en la limitada sistemática de esta posición. Así y en primer lugar, sus partidarios quedan obligados a utilizar un concepto distinto de feto para los delitos de aborto y lesiones al feto y manipulaciones genéticas -pues de utilizar el mismo quedarían fuera del delito de aborto y manipulaciones los que se ocasionaren en gestaciones por debajo del límite temporal que proclaman y por supuesto, supuestos e ataque *in vitro*, -tal⁸² y como entre otros autores⁸³ reconoce Higuera Guimerá⁸² o señala Lorenzo Copello⁸³ atentando con ello a la necesaria y exigible coherencia interpretativa intracódigo. Igualmente, se enfrentan a la limitación contenida en los Arts. 2.1.e)⁸⁴ y 6⁸⁵ de la Ley 42/88 en cuanto a que cualquier actividad sobre el embrión transcurridos catorce días de vida queda limitada a los muertos o clínicamente no viables -cuando de seguir su argumentación no habría inconveniente para ello- Y en último lugar, es idea recurrente en esta construcción la admisión -

⁸² Higuera Guimerá, J.F.- Ibidem, pág. 375.

⁸³ Lorenzo Copello, P.- “Comentarios al Código Penal, Arts. 114 - 148 “ (Dtor), 1997 pág. 292

⁸⁴ Reza este artículo:

“... La donación y utilización de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas para las finalidades previstas en esta Ley, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

E) Que los embriones o fetos objeto de la donación sean clínicamente no viables o estén muertos...”

⁸⁵ Artículo del tenor:

“... Se autoriza la obtención y utilización de estructuras biológicas procedentes de los embriones o de los fetos muertos con fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos, de investigación o experimentación, así como su donación a tales efectos, en los términos de esta Ley. Antes de proceder a las actuaciones se dejará constancia por los equipos médicos de que la muerte de los embriones o fetos se ha producido...”

cuando no el recurso directo- de exclusiones a la protección de la vida humana, que si bien es cierto que es una idea admitida en nuestro Ordenamiento Jurídico -cif STC 53/85- no lo es menos que lo ha sido excepcionalmente y como consecuencia de la constatación de un conflicto entre bienes o valores constitucionales que no se alcanza a ver -sino todo lo contrario- en ese diferimiento *generalizado* de la protección penal que se propone.

Cuestión distinta y mas complicada es la elección entre las dos primeras posturas reseñadas, pues ambas cuentan con grandes argumentos a su favor, de ahí que estimemos que una respuesta convincente en este punto requiera partir de una serie de premisas, y así:

1. existe un mandato constitucional claro y concreto de protección de la vida , integridad y salud humanas - “..*todos*..”- dirigido al Legislador para que este actue por medio de su instrumento: la norma, de lo que resulta así que la cuestión debe entenderse de forma tanto biológica como normativa ⁸⁶, siendo de obligada cita la prudencia mostrada por el Tribunal Constitucional al abordar la cuestión con ocasión de la Sentencia de 9.4.85 (RTC 1985/53) ⁸⁷, en la que atribuye existencia a la vida humana desde “ ... *el comienzo de la gestación* ... ” pero sin indicar en que momento cronológico o biológica entiende producida esta,
2. derivado de lo anterior, la indeterminación de medios comisivos y por tanto de las acciones típicas que se avanza rigen en estos delitos, junto a la certeza del po-

⁸⁶ De ello resulta que las consideraciones biológicas no son por tanto mas que uno de los aspectos a tener en cuenta por el Legislador junto con otros tipos de consideraciones.

⁸⁷ Del Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia se entresaca:“... a) 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 corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital.

b) Que la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

c) Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana...” .

sible acceso al preembrión in vitro e in útero -cif. Gallo ⁸⁸ -, obligan a tener presente dicha posibilidad .

3. se avanza ya que en ningún caso cabría entender de la subsunción de las categorías de preembrión, embrión y feto en el término típico “ feto “ compromiso para el principio de legalidad. A mayor abundamiento, de haber optado el Legislador por el termino embrión podría en esa misma línea de argumentación indicarse que no se protege al feto , lo que sería a todas luces absurdo. Pero en todo caso, interesa llamar la atención que el termino típico “ .. feto ..” se incorpora como tal al Derecho Penal con ocasión de la promulgación de la L.O. 9/85 en el texto del Art. 417 bis del Código Penal, esto es, con anterioridad a la promulgación de la Ley 35/88 TRA, de lo cual resulta la elaboración de un concepto penal de feto que en la medida que no haya sido variado en su concepción por el Legislador, puede entenderse invariable en el transito de un Código a otro, como otras tantas normas penales. Y por demás, si admitimos que el interprete tiene que considerar sus respuestas en el supuesto que nos ocupa en un entorno cambiante, la dirección de esta eventual variación del concepto feto, ante la evidencia de que serán mas fáciles los ataques idóneos a la vida humana en los primeros días -u horas- de vida humana -e incluso antes, sobre celulas germinales- que no en momentos posteriores, discurrirá sin duda en un entendimiento mas amplio del concepto que no restrictivo.
4. En aras a la comprensión social del termino típico “ feto “ es obligado señalar que los términos “preembrión”, “embrión”, “ feto”, “persona” o “individuo” son proclives a la ambigüedad, de límites arbitrarios y carecen de una base biológica suficientemente sólida y pacífica ⁸⁹. En cambio, existe un nombre cuya aplicación no ofrece ninguna duda desde el punto de vista biológico: se trata del hijo o hija de la mujer que está embarazada : es su hijo o su hija. Razonamiento que

⁸⁸ Gallo, M.- “ Diagnóstico Prenatal en el período de pre-implantación “ en *Progresos en Diagnóstico Prenatal*, Vol. 2. Nº 4, Oct-Dic 1990.

⁸⁹ Abundando en lo dicho, definir que es la vida y concretar su comienzo es difícil. Desde un punto de vista biológico, pueden observarse ciertos procesos comunes a toda vida: absorción, asimilación, excreción, excitabilidad, reproducción,... desde las que puede inferirse la misma, y también cierto que la misma Biología establece determinados niveles de vida -molecular, celular, orgánico,...- por lo que extrapolar al campo jurídico alguno de estos procesos o niveles puede determinar asumir una realidad tan solo parcial. En suma, entendemos necesario atenernos a conceptos biológicamente asumidos con generalidad y desde estos, iniciar la tarea -jurídica ya- de determinar cuando debe empezarse a proteger penalmente la vida humana.

aplicado desde la perspectiva de la norma y de sus destinatarios últimos, esto es, los ciudadanos de a pie, implica que no exista distinción entre embrión y feto como tampoco lo hay en el plano lingüístico según la RAE⁹⁰.

5. no nos parece correcto ni oportuno hipertrofiar la taxonomía jurídica. Es más, si el Derecho se ha bastado prácticamente durante siglos con una sola categoría jurídica -persona- para comprender todos los estadios biológicos de la vida humana postnatal - sin perjuicio de las matizaciones o efectos concretos que desde esa premisa haya luego podido establecer- parece conveniente perseverar en ese intento simplificador. En este sentido, las categorías que utiliza la Ley 35/88 TRA, con todo el valor científico que incorporen, deben ser utilizadas⁹¹ -como se encarga de dejar claro el Art. 1 de la Ley⁹¹- a los efectos de regular las técnicas de Reproducción Asistida y es ahí donde alcanzan su razón de ser, pero en el caso del Art. 157 -y podemos sentar igualmente que en el del Art. 144- no se está en el de regular esas técnicas sino en el de establecer los límites a la protección de la vida humana. Ello sin dejar de señalar que, cuando el designio de la Ley 35/88 es protector -cif. Arts. 12.1, 12.2, 13.1, 13.2 y 20.B) x)- este se extiende a las tres categorías citadas.

6. La ciencia médica señala en general -cif. Carrera⁹²- que cada vez más la expresión vida humana es menos sinónimo de persona humana. De ahí que si hasta fechas relativamente recientes, leyes, jurisprudencia y doctrina⁹³ asumían que el derecho a la vida -entendido de la manera general a que se aludido en este trabajo- precisaba para su protección de una vida ya existente que proteger, ahora sabemos que la vida

humana puede ser atacada aun antes de que esta se inicie -precisamente en observancia a su futura existencia- en las personas del padre y la madre. Si por demás, es un hecho incontrovertible que la vida humana -en el estadio y con las circunstancias que queramos admitir- es un continuum sistematizable en el ciclo óvulo, espermatozoide, cigoto, embrión/feto y niño/adulto- y que como tal, puede ser en ciertos aspectos considerado⁹⁴ incluso antes de la fecundación⁹⁴ y de la anidación⁹⁵ y así lo ha expresado el Legislador siquiera sea obiter dicta⁹⁶, mal se coligen interpretaciones limitativas de la protección penal.

⁹⁴ Respecto a cuando comienza la vida humana individualizada, Lacadena -cif. "El comienzo de la vida: El estatuto del embrión" en "Comité Científico de la sociedad Internacional de Bioética" Reuniones de de 27 y 28 de Noviembre de 1998, M. Palacios (Editor), Gijón, 1999, pág.39- indica que todos los organismos tienen la capacidad de reconocer lo que les es propio y no, y que el organismo humano esta función (inmunológica) esta desarrollada por el HLA. Cuando puede afirmarse la existencia de dicho sistema es cuestión todavía ignorada por los inmunólogos y biólogos moleculares presumiéndose tan solo que este pueda existir en el embrión entre las semanas sexta a octava.

⁹⁵ Frente a ciertas ideas como las de Luttger -cif. "Medicina y Derecho Penal", Publicaciones del Instituto de Criminología del Madrid, Ed. EDERSA, 1984, pág. 43- que afirma que antes de la anidación no se da una relación firme entre el "feto" de la fecundación y el cuerpo de la madre, así como que al radicar los límites biológicos de incertidumbre sobre el seguro inicio de la gestación mas allá del 50% (porcentaje de óvulos fecundados que se destruyen) y/o fenómenos como el monozigotismo o el gemelismo nos pueden llevar a otorgar la categoría penal de fetos a quienes ni siquiere hubieren podido -biológicamente- alcanzarla, o que sitúan el origen de la vida humana en la aparición del primer tejido nervioso (sobre el día 14 de gestación) y que términos probatorios supondría un test de gestación positivo definido por un nivel de B HCG y visualización ecográfica del saco gestacional, debe recordarse que la realidad biológica producida por la fecundación es distinta de la anterior -del óvulo y el espermatozoide se pasa al cigoto en palabras de Gafo "con una potencialidad propia y una autonomía genética ya que aunque depende de la madre para subsistir su desarrollo se va a realizar según su propio programa genético" y que incluso en términos funcionales antes de ese momento el cigoto ya ha reflejado una actividad considerable: las divisiones sucesivas del cigoto van configurando un organismo con células ya no idénticas sino diferenciadas en el que aparece ya un elemento nuevo no procedente de los progenitores como es la proteína F9, una especie de "pegamento" que no sólo las mantiene unidas, sino que además "da noticia" a cada célula de la presencia de las otras, estableciendo una conexión e interacción precisa entre ellas. Esta proteína F9 es el elemento biológico que permite afirmar que la mórula no es un conjunto indiferenciado de células muy parecidas sino una unidad verdaderamente articulada. La señal para la elaboración de esa proteína está ligada al mismo proceso de fecundación, y es posiblemente la primera instrucción emitida por el programa genético recién constituido. Es importante señalar que la proteína F9 que articula en unidad las células nacidas de las divisiones del cigoto no está presente en los gametos de los progenitores, ni en el cigoto, ni está en ninguna de las células después de superado el periodo de la mórula.

⁹⁶ En la Exposición de Motivos de la Ley 35/88 se contiene:

"... Se toma conciencia paulatinamente de que estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y transmisión de la vida humana, y de que el ser humano se ha dado los recursos para manipular su propia herencia e influir sobre ella, modificándola..."

⁹⁰ Esta institución define feto como

"...1. (fetus, cría. Embrión de los mamíferos placentarios y marsupiales, desde que se implanta en el útero hasta el momento del parto..."

por lo que como vemos, la noción antes manejada de embrión no es más que una subfase de la categoría de feto.

⁹¹ Artículo del tenor:

"... 1. La presente Ley regula las técnicas de Reproducción Asistida Humana: la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV), con Transferencia de Embriones (TE), y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG), cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en Centros y Establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por Equipos especializados..."

⁹² Carrera Macía, J.M. y Kurjack, A.- "Medicina del Embrión", Ed. Masson, Barcelona, 1997, pág. 2.

⁹³ Romeo Casabona, C.M.- "El derecho y la bioética...", ob. cit. pág. 27 alude a que "... el derecho a la vida humana existe únicamente desde y mientras que la vida misma existe..." en tanto que ahora sabemos que la misma puede ser atacada antes de su propia existencia.

7. En relación a las objeciones formuladas por algún autor sobre la adecuación social de ciertas conductas, entendemos que el Derecho Penal tiene un mas que suficiente arsenal dogmático para dar respuesta cumplida -sin quiebra de la seguridad jurídica- a porque determinadas conductas en relación con el embrión pudieren quedar fuera de la respuesta punitiva a pesar de que prima facie pudieren parecer típicas.

Desde dicha premisas y por resultar así de una interpretación sistemática y respetuosa del principio de protección de los bienes jurídicos⁹⁷-orientada por la antijuridicidad material de cada tipo - es por lo que como se ha dicho nos decantamos por la asimilación del término feto a toda la vida humana prenatal, iniciada esta con la fecundación y finalizada con el nacimiento -o la muerte-.

Ahora bien, esta protección debe limitarse a nuestro juicio a los fetos en los que concurra la nota de viabilidad , o dicho en otras palabras, que el elemento típico es un feto viable, y que la falta de esta nota - a salvo de cuanto se diga respecto del delito imposible- implica la irrelevancia penal de las conductas observadas sobre estos. Y ello como intento de compatibilizar el avatar biológico de la vida fetal con la variedad de cronologías posibles de la acción típica en un marco de conductas socialmente aceptadas y cuidando en todo caso de limitar la incriminación a los que resulten efectivos ataques al bien jurídico protegido. O en otras palabras y rescatando terminología latina útil didácticamente, el feto protegido por la norma es el nasciturus -el que⁹⁸ va a nacer-, no siéndolo el oriturus -el que va a morir -, el prenasciturus -el que puede que nazca- o el preconcepturus -el⁹⁹ que puede que sea concebido e incluso puede que nazca -.

Esta viabilidad propuesta no es un término novedoso, sino conocido médica y biológicamente así como jurídicamente de antiguo, si bien en ambos campos tiene diversidad de acepciones y es en todo caso un concepto difícil

⁹⁷ Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F.- “ Manual de Derecho Penal, Parte general”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 278 , donde otorgan a la antijuridicidad material una función orientadora de la labor interpretativa a partir de la presunción de que el legislador ha tenido presente dicha noción en el momento de tipificar una concreta conducta.

⁹⁸ Supuesto de aquellos embriones que no cuentan con las características necesarias, ni suficientes para permitir una vida.

⁹⁹ En este sentido, el Proyecto de Código civil argentino de 1998 considera que pueden suceder (art. 2229, inc.c.) quienes nazcan dentro de los cuatrocientos ochenta (480) días de la muerte del causante a consecuencia de una procreación médicamente asistida con gametos criopreservados.

de aprehender. En términos sencillos puede ser definido como el pronóstico que en un momento concreto pueda hacerse sobre la posibilidad del feto de cumplir su desarrollo y alcanzar la vida independiente con aptitud suficiente para vivir, y su fundamento se encuentra en las limitadas posibilidades de sobrevivir de los fetos que no alcancen un determinado grado de desarrollo previo a su salida del claustro materno, lo que puede suceder, bien porque su salida se produzca antes de alcanzar ese grado -viabilidad propia o grado de madurez fetal¹⁰⁰ - bien porque aún sin haberse producido su salida el feto no sea capaz de continuar desarrollándose intrauterino -viabilidad impropia-.

En el sentido impropio apuntado, supuestos de inviabilidad por excelencia son los de mola¹⁰¹ o embarazo ectópico¹⁰² -pese a la existencia de ciertas probabilidades de viabilidad- y en última instancia su apreciación dependerá del diagnóstico prenatal de una afección concreta del feto sin perjuicio de que su constatación llegue intra utero -determinando en su caso la necesidad de intervención médica- o fuera del mismo una vez que ha tenido lugar su expulsión, y en su sentido propio se atiende a resolver la cuestión con cláusulas generales reputando ab initio como tales a los fetos que al nacer pesen menos de 500 gramos -con Moore y Persaud¹⁰³ -. Esta noción, por demás, no ha sido inmune al avance científico , de ahí que autoras como Emaldi Cirión¹⁰⁴ señalen de presente que la viabilidad no puede predicarse por igual del estadio fetal y del embrionario según las acepciones biológicas de dichos estadios ya vistas por ser radicalmente distintos los presupuestos fisiológicos de uno y otro. Así esta autora¹⁰⁵

¹⁰⁰ El ejemplo arquetípico y básico en la materia es la capacidad de respiración pulmonar autónoma que requiere de un grado de madurez pulmonar fetal que solo se alcanza en las ultima fases de la gestación, de tal manera que una expulsión prematura constituirá siempre un grave compromiso para esa capacidad respiratoria.

¹⁰¹ Por mola se entiende un ovulo fecundado inviable que en vez de abortar se hace parasito de la sangre de la madre.

¹⁰² Aquellos en que el ovulo fecundado anida fuera de la cavidad uterina.

¹⁰³ Moore, K y Persaud, T.N.V.- “ Embriología Clínica “ , Ed. McGraw-Hill Interamericana, Mexico 1999., pág. 114, donde afirman que esta sobrevida va a depender del soporte tecnológico disponible (oxígeno, asistencia respiratoria mecánica, asistencia vasomotora, nutrición, hidratación, etc...) y por ello hace 20 años el feto era considerado viable a las 28 semanas y hoy lo es de 24 semanas o aún menor, por cuanto a medida que avanzan los conocimientos de la ciencia va disminuyendo la edad del embarazo en que se puede considerar viable un feto.

¹⁰⁴ Emaldi Cirión, Aitziber .- “ El consejo genético y sus implicaciones jurídicas “ , Ed. Comares, Granada, 2001, pág. 203.

¹⁰⁵ Emaldi Cirión, Aitziber .- *Ibidem*, pág. 106

reconoce como criterios de viabilidad fetal los ya apuntados de de madurez, formación de los órganos necesarios para la vida, la forma humana, la edad gestacional y el peso gestacional y añade unos específicos criterios de viabilidad embrionaria -que estudia al hilo de los supuestos de transferencia in vitro- que concreta en que estos no estén afectados de aneuploidea, que los tiempos de generación y mitosis se vayan cumpliendo normalmente dentro de parámetros normales, y entre otros, que el cariotipo sea normal.

Mas allá de acepción romana¹⁰⁶ del concepto contenido en el Art. 29 del Código Civil que alude a ella como exigencia legal para reputar nacido al feto y otorgarle condición de persona y que viene a prevenir problemas de derecho sucesorio, la mayor sutileza y amplitud del termino antes aludida por Emaldi Cirión¹⁰⁷ parece haber tenido traducción en las Leyes 35/88 y 42/88 y el concepto de viabilidad que estas incorporan, especialmente cuando el Art. 20.B. i) de la Ley 35/88 describe como infracción muy grave "...Transferir al útero gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de vitalidad...". Precepto fundamental a nuestros efectos por cuanto nos da pie a considerar -con Emaldi Cirión¹⁰⁸-, que aún cuando los embriones in vitro reúnan las máximas garantías biológicas exigidas por la Ley, es condición sine qua non para su viabilidad la transferencia a un tuero -atendida la prohibición de continuación del desarrollo in vitro mas allá del decimocuarto día- pues por su estado no podrán per se progresar en su desarrollo de no mediar la intervención humana mediante transferencia a mujer dispuesta a gestarlo. E idénticamente puede proclamarse, en términos generales, dicha imposibilidad en cuanto a los fetos in tuero pero que no hayan alcanzado la

¹⁰⁶ Como lo atestigua la máxima "monstruos partus sine fraude coeundo" y la conocida distinción entre monstrum y ostentum (deformidad y monstruosidad)

¹⁰⁷ Planteamiento coincidente con lo previsto en la Ley 42/88 en cuanto a una futura normativa respecto de los criterios para estimar la viabilidad del feto fuera del útero aún no promulgada. Dicho apdo e) de la Disposición Adicional Primera de la Ley 42/88 fue objeto de uno de los concretos reproches de inconstitucionalidad que el Grupo Popular efectuó a dicha Ley con ocasión del recurso que en tal sentido dedujo ante el Tribunal Constitucional y que este resolvió en Sentencia de 19.12.96 (RTC 1996/212) declarando al respecto la desaparición sobrevenida del objeto del recurso en este particular por cuanto había transcurrido el plazo concedido al Gobierno para dictar dicha norma y si en lo sucesivo se dictaba dicha normativa "...no podrá tener mas apoyatura que la eventualmente derivada de su propia potestad reglamentaria, con los límites constitucionales y legales a ella inherentes, nunca la de una prescripción como la que nos ocupa, absolutamente decaída en el tiempo..."

¹⁰⁸ Emaldi Cirión, Aitziber.- "El consejo genético y sus implicaciones jurídicas", Ed. Comares, Granada, 2001, pág. 106

anidación según resulta de los porcentajes expuestos supra¹⁰⁹ y también con Emaldi Cirión¹¹⁰ en el particular.

Por contra, más allá de la anidación y hasta llegar al estadio fetal que lleva al nacimiento, la viabilidad deberá presumirse, en una concepción que esencialmente coincide, a nivel doctrinal con la mantenida por Laurenzo Copello¹¹¹, que la entiende como aptitud del feto para desarrollarse hasta alcanzar el nacimiento y en parte con las aportaciones de otros autores como Bajo Fernández¹¹², Rodríguez Devesa¹¹³, Granados Pérez¹¹⁴ o Femenía López

Así las cosas, introducida esta funcional noción de viabilidad que consideramos, podemos sistematizar nuestra postura en orden a ese límite inferior de la protección penal de la vida humana en base a los siguientes puntos:

1. son irrelevantes por carecer de la nota de viabilidad -amén de que difícilmente se dará en esos momentos resultado típico alguno- los ataques a los fetos que no lleguen a anidar de los que sabemos que su desarrollo quedará truncado de no alcanzar ese estadio biológico, siéndolo por demás, tanto en términos de lesiones al feto como de aborto¹¹⁶. De ello resulta como se ha

¹⁰⁹ Insistiendo en esta cuestión de la imposibilidad de presumir que el huevo fecundado progrese hasta superar el estadio de la anidación entendemos conveniente ampliar datos al respecto. Moore y Persaud -cif. "Embriología", Ed. McGrawHill-Inteamericana, Barcelona, 1999, pág. 47- señalan que tan solo el 45 - 50% de los huevos consiguen implantarse.

¹¹⁰ Emaldi Cirión, Aitziber.- "El consejo genético y sus implicaciones jurídicas", Ed. Comares, Granada, 2001, pág. 103, observa como en los supuestos de transferencia de embriones esta es múltiple como intento de conseguir al menos la implantación de uno de ellos.

¹¹¹ Laurenzo Copello, P.- "Comentarios al Código Penal", (Coord. J.L. Díez Ripollés), Ed. Tirant Lo Blanch Tratados y Comentarios, Valencia, 1999, pág. 294.

¹¹² Bajo Fernández, M.- "Manual de Derecho Penal (Parte Especial: Delitos contra las personas)", Ed. Ceura, Madrid, 1986, pág. 125

¹¹³ Rodríguez Devesa, J.M.- "Derecho Penal español, Parte Especial", 10ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1987, pág. 287, autor para el que -con cita de Stampa Braun viabilidad es "... aptitud de que goza una criatura nacida vivía para continuar su vida extrauterina..."

¹¹⁴ Granados Pérez, C.- "Objeto material en los delitos contra las personas" en "Delitos contra las personas" Ed. CGPJ, 1999/3, Madrid, pág. 259

¹¹⁵ Femenía López, P.J.- "Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro", Ed. McGrawHill, Madrid, 1999, pág. 265, donde el autor, on cita de Ripert y Boulanger alude como viable a "... todo ser humano fisiológicamente capaz de sobrevivir ..."

¹¹⁶ Los abortos tempranos incluyen métodos como el como Depo-povera (que es la inyección para el control natal, la cual elimina al embrión antes de que logre implantarse en el útero), el RU-486 llamada píldora del día siguiente, el methotrexate, el Norplant, el DIU o dispositivo intrauterino, las prostalglandinas, la minipíldora y la mayoría de pildo-

avanzado implícitamente que a efectos penales resulte excluida la protección de los ovulos fecundados en cuanto no sean transferidos y además aniden en el útero, con Carcaba Fernández¹¹⁷ y Laurenzo Copello¹¹⁸ -que a cuando a propósito del delito de aborto descarta como típicas las conductas realizadas sobre embriones aún no implantados en la mujer-.

2. por contra, si ese feto atacado - y lo haya sido in tuero o in vitro- alcanza la anidación y con ello la nota de viabilidad, el ataque así realizado deviene típico si además se concreta en alguno de los resultados que merezcan dicha consideración, y salvando por ahora la cuestión del dolo del agente¹¹⁹. E igualmente, sin perjuicio¹²⁰ de la prueba en contra de la presunción de viabilidad.
3. son típicos a priori, todos los ataques realizados a fetos con posterioridad a su anidación, que por imperativo legal deberán haberse producido ya in utero
4. Que la noción afirmada es en todo caso meramente funcional y positiva e independiente de la integridad o indemnidad física o estado de salud del feto, siendo compatible su afirmación con la existencia de malformaciones o desarrollo cualitativa o cuantitativamente deficiente del feto -congénitas o adquiridas- que no comprometan dicha nota.

ras anticonceptivas. Incluyen el régimen de Yuzpe, el régimen a base de levonorgestrel y el DIU de cobre.

117

Carcaba Fernández, M.- "La biomedicina ante el Derecho: una nueva cultura" en *Bioética Práctica*, Ed. Colex, Madrid, 2000, pág.46, autora para la que el embrión crioconservado no es un ser humano a efectos legales y su protección se ve limitada a la no creación de embriones con fines de investigación y menos aun de fetos y por eso su destrucción no tiene relevancia penal.

118

Laurenzo Copello, P.- "Comentarios al Código Penal", (Coord. J.L. Díez Ripollés), Ed. Tirant Lo Blanch Tratados y Comentarios, Valencia, 1999, pág. 296.

119

Implícitamente -y nos ocuparemos de ello en su lugar- se avanza que el elemento viabilidad no tiene que ser aprehendido por el dolo del agente.

120

De ahí que, quien considere que después de la anidación un feto no es viable -supuesto perfectamente posible- deberá correr con la carga de la prueba de dicho hecho mediante un juicio médico objetivo -del profesional que atiende o examina el producto de la concepción o en su caso del Médico Forense

5.- LIMITE FINAL DE LA PROTECCION PENAL DE LA VIDA HUMANA ANTENATAL

El particular no ofrece dudas en cuanto que este será el de la conversión del feto en persona -mediante el nacimiento vivo del feto, que opera a modo de limite final de la vida fetal- o el de su muerte -a modo de limite final de la vida humana-.

En cuanto al nacimiento - y descartada la perspectiva civilista que exige que el nacido viva por espacio de 24 horas enteramente desprendido del claustro materno, por lo que por encima de dicho limite se es persona y por debajo, un aborto y que como pura ficción no puede ser asumida por un Derecho Penal precisado de criterios mas naturalistas- su consideración nos aboca necesariamente al momento del parto como conclusión del estadio fetal prolongado por espacio de 280 días, ello sin perjuicio de que la problemática de su cómputo por la incertidumbre de saber el momento inicial sea resuelta mediante presunciones: 280 días después del primer día del último período menstrual "normal" (UPMN)¹²¹ o 266 días después de la fecundación - a su vez, 14 días después del UPNM¹²², aún cuando un 12% de los niños nacen una o dos semanas después de la fecha prevista y un 5-6% lo hacen después de tres o mas semanas de la misma fecha-.

El parto puede ser entendido como proceso de salida al exterior del feto y demás estructurales fetales ya sea a pretérmino, termino o post termino. Las distinciones entre Medicina y Derecho son igualmente importantes en orden al entendimiento del parto, respecto del que determinar su inicio y secuenciación es capital atendido que la experiencia reporta numerosos supuestos eventualmente típicos -uso del forceps, caídas en quirófano, etc...- que precisamente se producen en el transito de la vía fetal a la autónoma.

En este punto, la Ciencia Médica secuencia el parto en tres fases o episodios que ya forman parte de los trabajos de parto:

a) dilatación pasiva (o latencia),

121

De lo expuesto resulta con claridad que si la mujer tiene ciclos menstruales regulares el procedimiento resulta fiable. Si no es así se pueden cometer errores importantes.

122

Ahora bien, debe tenerse presente que un 12% de los niños nacen una o dos semanas después de la fecha prevista y un 5-6% lo hacen después de tres o mas semanas de la misma fecha.

b) dilatación activa (exigiéndose que llegue a 3 cms. y que empiecen las contracciones uterinas efectivas aun cuando algunos autores añaden como requisito la madurez del cuello del útero, y

c) expulsión propiamente dicha

Por contra, ni el Derecho ni en concreto el Código Penal han resuelto expresamente la cuestión, que queda deferida a la interpretación. Y es una cuestión importante por cuanto y siguiendo el anterior esquema, de entender por ejemplo que en las dos primeras fases (dilatación pasiva y activa) hallándose el feto en el claustro materno no se ha iniciado el parto, jugarían en su caso el delito de lesiones al feto y/o el de aborto. Pero por contra, si los estimamos ya como parte del parto, los tipos implicados serían los homicidio o lesiones. En la doctrina española es discutida esta cuestión a propósito del delito de aborto que puede extrapolarse sin dificultades al delito estudiado siendo multitud los criterios propuestos, de los que destacamos:

- a) Inicio de la separación del vientre materno -cif. Cuello Calón¹²³, Stampa Braun¹²⁴ -
- b) separación completa del claustro materno.- Opinión mantenida por Bajo Fernández,¹²⁵, Rodríguez Devesa¹²⁶, Anton Oneca, Rodríguez Muñoz,..
- c) corte del cordón umbilical - Altavilla
- d) cesación de la respiración placentaria y posibilidad de respiración pulmonar -Quintano Ripollés¹²⁷ -
- e) circulación sanguínea independiente - mantenida en la doctrina anglosajona; Wilshire, Palmer,...-
- f) posibilidad de afectación singular del feto, sin incidencia sobre la madre porque la expulsión haya llegado a ese punto, posición afirmada por González Rus¹²⁸

¹²³ Cuello Calón, E.- "Derecho Penal", Tomo II(Parte especial) Vol. II, Ed. Casa Bosch, Barcelonam, 1975, págs. 474 y 475

¹²⁴ Stampa Braun, J.M.- "El objeto material en los delitos contra la vida", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1950, págs. 527

¹²⁵ Bajo Fernández, M.- "Manual de Derecho Penal (Parte Especial: Delitos contra las personas)", Ed. Ceura, Madrid, 1986, pág. 122

¹²⁶ Rodríguez Devesa, J.M.- *Derecho Penal, Parte Especial*, 10ª ed., Ed. Dyckynson, 1988, pág. 22

¹²⁷ Quintano Ripollés, A.- "Tratado de la Parte especial del Derecho Penal", Tomo I, Vol I, "Infracciones contra las personas en su realidad física", 2ª ed., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, pág. 504

¹²⁸ González Rus, J.J.- *Curso de Derecho Penal Español*, (Coord) M. Cobo del Rosal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 134, que alude

g) salida completa al exterior de un feto capaz de autonomía vital, posición sustentada por Huerta Tocildo¹²⁹, y

h) salida completa al exterior sea mediante parto eutócico o distócico, con o sin corte del cordón umbilical y con o sin respiración pulmonar -criterio de la percepción visual, opinión sustentada por Gracia Martín¹³⁰, Romeo Casabona¹³¹, Muñoz Conde¹³² y que es asimismo el de nuestra elección, esencialmente, por la sencillez de su determinación y seguridad jurídica que por tal razón el mismo proporciona.

La jurisprudencia ha sido vacilante al respecto, sin una línea clara, utilizando indistintamente -quizá por exigencias de justicia del caso concreto- la separación mediante el corte del cordón umbilical (STS 3.6.1969), respiración pulmonar autónoma (STS 20.5.75,), salida completa al exterior con o sin corte del cordón umbilical y con o sin respiración -criterio de la percepción visual mantenido por la STS S2ª de 13.10.1993 (RJ 1993\7380) . Mas recientemente, la STS 23.10.1996 (RJ 1996\9679) se inclinó por el criterio de la respiración pulmonar autónoma que confirma la STS de 28.12.2000 (RJ 2000\10477) en tanto que la STS S2ª de 22.1.99 (RJ 1999/275) ha abierto una nueva línea jurisprudencial al optar por el inicio del nacimiento, situándolo en la fase de dilatación, como fin de la vida fetal, razonando -no sin peligro - sobre la completa formación morfológica y funcional del feto con la consecuencia de elegir como tipos de castigo los de lesiones -Arts. 152 en relación al 149 en el caso concreto- criterio que no es sino una adecuación o traslación el manifestado por Luttger que lo sitúa en el comienzo del parto entendido como "labores parturientum" y que quien fuera ponente de dicha sentencia se ha encar-

precisamente a este supuesto como límite final de protección al feto afirmándolo cuando este pueda ser lesionado directamente y no a través o mediante la madre criterio que puede aceptarse en tanto no seamos capaces de imaginar algún supuesto de ataque absolutamente inocuo para la integridad de la madre pero fatal para el feto.

¹²⁹ Huerta Tocildo, S.- "De ciertas incongruencias y aparentes paradojas en los delitos de lesiones al feto" en *Libro Homenaje al Profesor José Manuel Valle Muñoz*, Ed. , pág. 1430

¹³⁰ Gracia Martín, L.- *Comentarios al Código Penal*, (Coord. J.L. Díez Ripollés) Ed. Tirant Lo Blanch *Tratados y Comentarios*, Valencia, 1999, pág. 34.

¹³¹ Romeo Casabona, C.M.- *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 157

¹³² Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial..*, Ed. Tirant Lo Blanc, 11ª edición (rev), Valencia, 1996, pág. 28, si bien este autor hasta la séptima edición de su obra se decantaba por la tesis del corte del cordón umbilical.

gado de justificar en términos doctrinales y, esencialmente, de justicia material¹³³.

Posición jurisprudencial que es criticada con dureza por la doctrina. Así, Latorre Latorre¹³⁴ señala la inseguridad jurídica que produce ante la difícil constatación de esos inicios del parto en los supuestos de cesáreas electivas así como que la alarma del dolor no se traduce en todos los casos en el parto y que en definitiva supone una traslación jurídica de meros criterios ginecológicos. E igualmente crítica con ella se muestra García Alvarez¹³⁵ que imputa a dicha sentencia la infracción del principio de legalidad y razona que debe atenderse al nacimiento no como proceso sino como resultado, e in fine, que de admitirse esta postura, que vacía de facto de contenido el delito¹³⁶, no era necesaria la incorporación al Código Penal del delito estudiado.

Pese a tales objeciones y a que en la Jurisprudencia menor hay sentencias que abogan por otras de las construcciones expuestas -cif. SAP Vizcaya 15.11.01- esta última línea jurisprudencial es la que debe entenderse confirmada atendida la reciente STS 29.11.2001 (RJ2002/1787) que continua entendiendo que el inicio de los trabajos de parto convierten al feto en persona y que tiene sin duda una evidente vocación practica¹³⁷.

Mas complejo es el supuesto de la muerte del feto, pues reconducida terminológicamente por la Ciencia Médica al aborto -fronterizo según lo visto supra con el

nacimiento prematuro- obliga a su vez a deslindar este concepto de su homólogo del delito de aborto, sin dejar de tener presente que, a mayor abundamiento, la muerte del feto se presentará de ordinario unida a la expulsión del mismo del claustro materno.

De ahí que estimemos sistematizables los supuestos posibles de muerte fetal de la siguiente manera:

- a) natural o humanamente causada, en el interior del claustro materno y antes de su salida del mismo,
- b) por la salida del claustro materno, natural o humanamente causada, de un feto vivo pretérmino sin viabilidad extrauterina que fallece en inmediata sucesión temporal como consecuencia de la misma
- c) en el momento de su salida a término o post-término y como consecuencia de las circunstancias de esta,
- d) en este último caso, de manera temporalmente cercana a la salida y precisamente por tal motivo.

cuadruple posibilidad lógico-cronológica que como se ha dicho, es tratada de forma distinta por Medicina y Derecho¹³⁸ e incluso dentro de ese de manera distinta¹³⁸, aun cuando compartan problemas comunes como son la determinación de la muerte fetal, pues los criterios utilizados para ello respecto de la muerte de la vida humana independiente contenidos en la Ley 1979 de Transplantes no son linealmente aplicables al feto¹³⁹, y la Ley 42/88 tampoco prevee criterios específicos de constatación de la muerte fetal mas alla de una vaga remisión a la viabilidad de los mismos, siendo por tanto una cuestión contingente y a determinar caso por caso por criterios ad hoc como pueden ser la ausencia de latido fetal, de movimientos u otros¹⁴⁰.

Así, en términos médicos por debajo de la semana 22ª de gestación son equiparados muerte fetal in útero -denominada muerte fetal temprana- y muerte por salida prematura por cuanto a esa edad gestacional todo feto es inviable, denominándose aborto en ambos casos. Y por

¹³³ Granados Pérez, C.- " Objeto material en los delitos contra las personas " en "Delitos contra las personas " Ed. CGPJ, 1999/3, Madrid, 2000, pág. 253.

¹³⁴ Latorre Latorre, V.- " Lesiones al feto " en *Mujer y Derecho Penal : presente y futuro de la regulación penal de la mujer* " (Cord), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 180.

¹³⁵ García Alvarez,P.- " ¿Es necesario el delito de lesiones al feto ? en *Revista de Derecho Penal*, nº 1, Septiembre de 1997, ed. Lex Nova,pág. 52

¹³⁶ La autora aporta en este particular ciertos datos que muestran la importancia del momento del parto en aras a la causación de lesiones, pero ciertamente y como se desarrollara posteriormente, los supuestos de acción u omisiones, dolosas e imprudentes son abstractamente mucho mas amplios.

¹³⁷ Los supuestos litigiosos respecto de un parto se daran inequívocamente en relación a la actuación de medicos y/o matronas, de los que la experiencia enseña que la imprudencia que pueda imputarseles será normalmente leve y tan solo en algun caso grave, y, como que en el delito de lesiones al feto la modalidad culposa se ciñe a que esta sea grave sin que -como veremos infra- pueda castigarse como falta de lesiones al feto -que admitiría la imprudencia leve-, la consecuencia práctica sería la absolución generalizada del medico en estos casos con el consiguiente reinicio de actuaciones en via civil para obtener su responsabilidad civil, efecto pacíficamente admitido como el querido por los padres perjudicados, sean o no querellantes.

¹³⁸ A efectos civiles, todo nacido que no viva 24 horas enteramente desprendido se considera un aborto y como tal se inscribe en el registro Civil.

¹³⁹ Por cuanto en algunas fases de la vida fetal el encefalograma del feto es plano.

¹⁴⁰ Un supuesto especialmente complejo es el de los fetos con anencefalia (ausencia congénita de craneo, cabellera y hemisferios cerebrales). Vid. la exposición de la compleja casuística que presentan en relación fundamentalmente con las posibilidades de utilización de sus organos y tejidos para transplantes en Romeo Casabona -cif. " El Derecho y la Bioetica ...", ob. cit, pág. 174 y ss-

encima de dicho limite debe distinguirse entre muerte fetal¹⁴¹ -la acaecida in útero durante la gestación - y parto prematuro -incluso cuando aún cuando el feto fallezca cercanamente a dicho momento¹⁴² por sus condiciones al nacimiento-.

Por contra, en términos jurídico-penales la clásica definición de aborto jurisprudencial y doctrinalmente entendido como la destrucción del feto, viable o no, efectuada dentro o fuera del claustro materno y debida a la interrupción violenta y dolosa del proceso fisiológico-gravídico va dejando paso a doctrinas mas modernas que ponen el énfasis en la muerte del feto abstracción hecha de que sea mediante la interrupción del embarazo -que por tanto pasa a ser tan solo un medio mas- precisamente ante la evidencia de acciones que matan al feto antes o sin llegar a interrumpir la gestación -cif. Romeo Casabona¹⁴³ -, por lo que en principio deben incluirse dentro de dicha rúbrica los cuatro supuestos resumidos en las letras a), b) c) y d) precedentemente descritas, surgiendo en su caso las dudas en orden a la distinción entre aborto prematuro y aborto en el supuesto b) y en la correcta calificación jurídica del supuesto d).

En cuanto a la diferenciación entre delito de aborto - típico- y parto prematuro -atípico aunque muera el feto- entendemos que debe acometerse a partir del elemento viabilidad extrauterina ya aludido supra. Al respecto, la OMS utiliza como criterio mixto para resolver la cuestión, de manera que cuando el feto nacido con vida alcanza un peso superior a 500 gramos de peso, tiene mas de 22 semanas de gestación y mide mas de 25 cms. de longitud nos hallamos ante un parto prematuro, y por contra si no alcanza los tres criterios de manera cumulativa, ante un aborto. Estos mismos criterios son en esencia los utilizados por Doctrina y Jurisprudencia para diferenciar entre aborto y parto prematuro, citando a Farré Trepát¹⁴⁴, Lorenzo Copello¹⁴⁵ y la STS 25.5.99 que estimo que no

¹⁴¹ Aún cuando a su vez se distinga entre muerte fetal intermedia, acaecida entre las 22 y 27 semanas para fetos entre 500 y 990 grs de peso, y muerte fetal tardía, por encima de las 28 semanas o con peso superior a 1000 gramos.

¹⁴² La ciencia medica distingue en este supuesto entre Muerte neonatal precoz (dentro de los 7 días siguientes al parto), tardía (entre los 7 a 28 días siguientes al parto), postnatal (mas alla de los 28 días citados hasta el año de vida) e infantil (mas alla del año de vida).

¹⁴³ Romeo Casabona, C.M.- " El Derecho y la bioetica ante los limites de la vida ", ob. cit. pág. 285

¹⁴⁴ Farré Trepát, E.- " Comentarios a la Jursprudencia Penal del Tribunal Supremo ", ob. cit. págs. 219 y ss.

¹⁴⁵ Lorenzo Copello, P.- " Comentarios al Código Penal ", ob. cit. pág. 295 donde alude a "...la destrucción del producto de la concepción dentro del claustro materno por su expulsión prematura provocada...

existió delito de aborto sino un supuesto de parto prematuro en el caso de un feto viable de 28 semanas del que se provocó su nacimiento atendida la previa ausencia de tratamiento médico a la madre tuberculosa activa.

Y en cuanto al supuesto restante, plantea un importante problema jurídico en aquellos supuestos en que sobreviene la muerte del recién nacido de manera cercana pero no inmediata a su expulsión o salida del claustro materno -si es que puede ser causalmente relacionada con aquella- ya que debe optarse entre su calificación como aborto u homicidio. En tales supuestos Farre Trepát¹⁴⁶ entiende que la muerte del feto, aun acaecida tras el nacimiento -esto es, adquirida la cualidad- constituye un delito de aborto en la medida que la acción fue ejecutada en fase prenatal. Por contra, Lorenzo Copello¹⁴⁷ y Romeo Casabona¹⁴⁸ entienden que no existe regla previa sino que deberá resolverse caso por caso conforme al estado del feto y sus condiciones de madurez y viabilidad. Así, la expresada STS S2ª de 25.5.1999 afirmo -obiter dicta atendido que previamente había desechado el parto prematuro de un feto viable como conducta típica- que no podía vincular la muerte de un feto cinco días después de su nacimiento al mero hecho del parto atendido que el recién nacido contrajo además una infección nosocomial y la madre padecía tuberculosis.

Por nuestra parte, y sin perjuicio de tratar con mas profundidad la cuestión en sede de consumación y concursal, nos adherimos a la última posición expresada en cuanto a que no deben fijarse reglas previas y debe estarse a las condiciones del feto, a los que en su caso añadimos un requisito mas partiendo de una concepción subjetiva del aborto de ordinario exclusivamente feticida, y que es que el resultado muerte empieza a producirse o se derive sin solución de continuidad de la acción feticida ejecutada. En otras palabras, necesaria la muerte del feto o recién nacido y calificable objetivamente como abortiva la acción del agente, es exigible que la causalidad mortal se haya iniciado in tuero. De no ser así y hallarnos ante cursos causales complejos, irregulares o dilatados, podrá entrar en juego el tipo objetivo de homicidio a salvo de cuanto resulte de adicionar a la valoración el tipo subjeti-

¹⁴⁶ Farre Trepát, E.- " Comentarios a la Jurisprudencia ...", ob. cit. pág. 254 donde la autora indica expresamente que es indiferente que la muerte acaezca horas, días o años mas tarde.

¹⁴⁷ Lorenzo Copello, P.- " Comentarios al Código Penal ", ob. cit. pág. 294

¹⁴⁸ Romeo Casabona, C.M.- " El Derecho y la bioetica ..", ob. cit. pág. 287

vo -cif, hipótesis de homicidio o de aborto en grado de tentativa en concurso con homicidio imprudente-.

6.- CONCLUSIONES

En resumen, entendemos sistematizables las ideas vertidas en el presente trabajo tal que:

- a) la regulación acometida por el Legislador español de los delitos de lesiones al feto y las manipulaciones genéticas no puede entenderse sino como parte del movimiento de protección integral de la vida humana y especialmente, de la prenatal.
- b) desde la misma y siendo necesario dotarse de un concepto penal de feto, entendemos obligatoria una sistemática intracódigo de manera que el concepto de feto que se maneje no sea distinto en los delitos de aborto, lesiones y manipulaciones genéticas, sin perjuicio de las acotaciones que cada concreto tipo presente en el particular. Y a su vez, y en aras a un principio de unidad del ordenamiento jurídico será necesario cohesionar este concepto penal con las regulaciones ya existentes del feto dentro de lo que podemos denominar Estatuto Jurídico de la Vida Humana Antenatal.
- a) existe cierto acuerdo en definir al feto como el producto del proceso fisiológico de la gestación, constituyendo la cuestión conflictiva la determinación de sus límites cronológicos, inferior y superior.
- b) que en la determinación de ese límite inferior nos decantamos por entender como feto la vida humana desde el momento de la fecundación, entendiendo que el elemento típico "...feto ..." incluye las tres etapas biológicas referidas en la Ley 35/88 TRA, si bien limitados a los fetos en los que concurra la nota de viabilidad.
- c) Y por lo que respecta al límite superior, la diferencia entre aborto y parto prematuro debe hacerse en base a la viabilidad extrauterina en tanto que la distinción entre aborto y homicidio no puede ser resuelta de manera previa y general debiendo estarse a las circunstancias del caso en orden a la madurez del feto y partiendo de una concepción subjetiva del aborto de ordinario exclusivamente fetocida, que el resultado muerte empiece a producirse o se derive sin solución de continuidad de la acción fetocida ejecutada por el dolo del agente.

7.- BIBLIOGRAFIA

- BAJO FERNANDEZ, M.- "Manual de Derecho Penal (Parte Especial: Delitos contra las personas), Ed. Ceura, Madrid, 1986,
- BAJO FERNANDEZ, M.- "Manual de Derecho Penal (Parte Especial: Delitos contra las personas), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1991.
- BONILLA MUSOLES, F - "Desarrollo histórico y estado actual de la fertilización in vitro en el mundo"(con Peller, A.-), Clínica Ginecológica, Vol. 9 nº 2, Barcelona, 1985.
- BUSTOS RAMIREZ, J.- "Manual de Derecho penal, parte especial", Ed. Ariel, 1ª Ed. Madrid, 1989.
- CARCABA FERNANDEZ, M.- "Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del pre-embrión)" en "la Filiación a finales del siglo XX", Ed. Gobierno Vasco/Ed. Trivium, Madrid, 1988.
- CARCABA FERNANDEZ, M.- "Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana". Ed. J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995*
- CARCABA FERNANDEZ, M.- "La biomedicina ante el Derecho: una nueva cultura" en Bioética Práctica, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- CARRERA MACIA, J.M.- "Embriopatología y diagnóstico prenatal" en "Progresos en Diagnóstico Prenatal", Vol. 6, nº 1, Enero-Febrero 1994
- CARRERA MACIA, J.M.- "Medicina del embrión", Ed. Masson, S.A., 1997, Barcelona.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS.- Opiniones y actitudes de los españoles hacia la biotecnología, Estudio 2412, Marzo de 2001.
- CUELLO CALON, E.- "Derecho Penal", Tomo II(Parte especial) Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1975.
- DE LA CUESTA AGUADO, P.M.- "La reproducción asistida humana sin consentimiento.Aspectos Penales". Ed. Tirant Lo Blanch,1998
- EMALDI CIRION, A.- "El consejo genético y sus implicaciones jurídicas", Ed. Comares, Granada, 2001
- FARRE TREPAT, E.- Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente, en "Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo", Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pag.347

- FEMENÍA LÓPEZ, P.J.- “ Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro “; Ed. McgrawHill, Madrid, 1999
- FLORES MENDOZA, F.- “*El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995*” en *Actualidad Penal* nº 43 (18 – 24 de Noviembre de 1996).
- GALLO, M.- Diagnóstico Prenatal en el período de pre-implantación “ en *Progresos en Diagnóstico Prenatal*, Vol. 2. Nº 4, Oct-Dic 1990
- GARCIA ALVAREZ P.- “ Lesiones al feto. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 1999”, *Cuadrenos Jurídicos*, 1996
- GARCIA ALVAREZ, P.- “ ¿Es necesario el delito de lesiones al feto ? en *Revista de Derecho Penal*, nº 1, Septiembre de 1997, ed. Lex Nova,
- GONZALEZ RUS, J.J.- “ Curso de Derecho Penal Español (Aborto, lesiones al feto)”, Coord. M. Cobo del Rosal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000
- GRACIA MARTIN, LUIS .- “Comentarios al Código Penal”, (Coord. J.L. Diez Ripollés) Ed. Tirant Lo Blanch Tratados y Comentarios, Valencia, 1999
- GRANADOS PEREZ, C.- “ Objeto material en los delitos contra las personas “ en “*Delitos contra las personas* “ Ed. CGPJ, 1999/3, Madrid, 2000
- HERRERA CAMPOS, R.- “ La inseminación artificial: Aspectos doctrinales y regulación legal española “, Ed. Comares, Granada , 1991.
- HIGUERA GUIMERA. J.F.- “ El Derecho Penal y la Genética”, Madrid, 1995
- HIGUERA GUIMERA, J.F.- “ Los delitos de lesiones al feto “ en *Actualidad Penal*, nº 16, 17 a 23 de Abril de 2000
- HUERTA TOCILDO, S.- “ De ciertas incongruencias y aparentes paradojas en los delitos de lesiones al feto “, en *Libro Homenaje al Profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001.
- LACADENA, J.R.- “El comienzo de la vida: El estatuto del embrión” en “ Comité Científico de la sociedad Internacional de Bioética” Reuniones de de 27 y 28 de Noviembre de 1998, M. Palacios (Editor), Gijón, 1999
- LATORRE LATORRE, V.- *Mujer y Derecho Penal : presente y futuro de la regulación penal de la mujer (Cord)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995
- LAURENZO COPELLO, P.- “Comentarios al Código Penal”, (Coord. J.L. Diez Ripollés), Ed. Tirant Lo Blanch Tratados y Comentarios, Valencia, 1999
- LAURENZO COPELLO, P.- *El aborto no punible*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990
- LUTTGER, H.- “ *Medicina y Derecho Penal*”, *Publicaciones del Instituto de Criminología del Madrid*, Ed. Edersa , Madrid, 1984
- MOORE, K. Y PERSAUD, TVN.- “ *Embriología* ”, Ed. McGrawHill-Inteamericana, Barcelona, 1999.
- MORALES PRATS, F.- “ Comentarios al Nuevo Código Penal “ (Quintero Olivares, Director), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996
- MORO ALMARAZ, M.J.- “ Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro “, Ed. Bosch, Barcelona, 1988
- MUÑOZ CONDE, F.- “ *Derecho Penal. Parte Especial*”, Ed. Tirant Lo Blanc, 11ª edición (Rev), Valencia, 1996
- ORAA GONZALEZ. JAVIER.- Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual en *Revista la Ley* .nº 4044, 27.5.1996
- PERIS RIERA, J.M.- “ La Regulación penal de la manipulación genética en España”, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- QUERALT JIMENEZ, J.J.- “*Derecho Penal, Parte especial*”, 3ª Ed. Ed. J.M. Bosch Editor, S.L., Barcelona, 1996
- QUINTANO RIPOLES, A.- “ *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal* “, Tomo I, Vol I, “ *Infracciones contra las pesonas en su realidad física*”, 2ª ed, ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1972.
- QUINTERO OLIVARES, G.- “ *Comentarios al Nuevo Código Penal* “ (Dtor), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996
- RAMON RIBAS, E.- “ El delito de lesiones al feto. incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud”, Ed. Comares, Col. *Estudios de Derecho Penal*, Granada, 2002
- RODRIGUEZ DEVESA, J.M.- *Derecho Penal, Parte Especial*, 10ª ed., Ed. Dyckynson, Madrid, 1987.
- RODRIGUEZ DEVESA, J.M.- *Derecho Penal, Parte Especial*, 11ª ed., Ed. Dyckynson, Madrid, 1988.
- ROMEO CASABONA, C.M.- “ *El Derecho y la bioética ante los limites de la vida humana* “, Ed. *Centro de Estudios Ramón Areces*, Madrid, 1994.

ROMEO CASABONA, C.M.- “ Genética y Derecho “ en “ Biotecnología y Derecho: Perspectivas en Derecho comparado (ed. Carlos Romeo Casabona)“, Ed. Diputación Foral de Vizcaya/Comares, Granada, 1998

ROMEO CASABONA, C.M.- “ Los llamados delitos relativos a la manipulación genética: ¿Derecho Penal simbólico ? en “ Genética y derecho “ (Dtor C.M. Romeo Casabona), Ed. Consejo General del Poder Judicial , Colección Estudios de Derecho Judicial, nº 36, Madrid, 2001.

STAMPA BRAUN, J.M.- “El objeto material en los delitos contra la vida “, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1950.

VALLE MUNIZ, JOSE MANUEL.- “Comentarios al Código Penal “ - Arts. 157 y 158, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2ª Ed, 1999 (Coordinador)

ZARRALUQUI, L.- “ La naturaleza jurídica de los elementos genéticos “, Separata de la Revista General de Derecho, Valencia, Junio 1986