

RESPONSABILIDAD PENAL POR LA OMISIÓN DE TRATAMIENTOS MÉDICOS A RECIÉN NACIDOS GRAVEMENTE DISCAPACITADOS (A LA VEZ, UNA REFLEXIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE NACIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL)

Sergio Romeo Malanda

Investigador

Cátedra Interuniversitaria

Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano
Universidad de Desutos. Universidad del País Vasco

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA

En principio, el ejercicio de la medicina pediátrica no debería presentar ninguna diferencia en relación con el ejercicio de la medicina en los adultos¹ y, en consecuencia, las respuestas jurídicas no habrían de ser sustancialmente diferentes, ya que el valor de la vida de un niño es el mismo que la de un adulto². Ahora bien, es cierto que cuando nos encontramos ante un recién nacido existen

algunas peculiaridades que hacen más compleja la obtención de una adecuada respuesta jurídica.

Una de ellas es la referida a la decisión de realizar u omitir un tratamiento vital sobre un recién nacido con graves malformaciones o deficiencias, cuando se estima que tal condición le reportara una ínfima calidad de vida, en muchos casos llena de sufrimientos.

En este campo de la medicina pediátrica, y a diferencia de otros países, en España es todavía patente la carencia de soluciones u orientaciones legislativas, jurisprudenciales o doctrinales³. Esto no significa, por supuesto, que este problema no se plantee en la práctica diaria de nuestros hospitales. Ello sucede, y en no pocas ocasiones. Lo que ocurre es que la solución adoptada en cada caso no trasciende de los mismos. Se toman decisiones entre los

¹ Vid. *Albert R. JONSEN/Mark SIEGLER/William J. WINSLADE*, Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica, *Ariel, Barcelona, 2005*, pp. 44 y ss.

² *Carlos María ROMEO CASABONA*, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, *Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994*, p. 466.

³ *Así lo manifestaba ROMEO CASABONA*, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, p. 466, *hace más de diez años, y la situación no ha cambiado nada a este respecto*.

médicos y las familias, quizás, en muchas ocasiones, al límite de la legalidad, pero el escaso conocimiento que se tiene de esta práctica ha impedido en nuestro país un debate público sobre la misma y algún pronunciamiento de nuestros tribunales.

No es así en otros países, como los Estados Unidos⁴, el Reino Unido⁵ o Australia⁶, donde pueden encontrarse casos que, de una forma u otra⁷, han llegado a los tribunales, decisiones que, atendiendo al sistema de fuentes vigente en tales países, tienen una importancia indudable para sentar las bases del tratamiento jurídico que debe darse a tales supuestos. Ello no sucede en España, donde las decisiones jurisprudenciales no tienen efecto vinculante para casos posteriores similares, sino que el único referente válido son las leyes, sin perjuicio de la relevante labor de los tribunales en su interpretación.

Por ello, el verdadero problema, tal y como señala CABALLERO HARRIET, «es que los médicos se mueven dentro de un espacio jurídicamente no muy bien definido, en el que se pueden tomar decisiones oportunas desde el punto de vista humanitario que luego pueden ser objeto de sanción a la luz de las normas penales»⁸.

En relación con el caso español, y a falta de pautas jurídicas claras que permitan llegar a una solución inequívoca, entiendo que para analizar esta cuestión hay que distinguir dos supuestos diferentes: por un lado, los seres humanos *ex utero* no viables, y por otro, los seres humanos *ex utero* viables.

En cualquier caso, debe tratarse de seres humanos vivos, pues si se entiende que el sujeto en cuestión no reúne los requisitos exigidos para considerar que está vivo, aunque funcione alguno o algunos de sus órganos, la omisión del tratamiento no planteará problema jurídico alguno.

⁴ Vid. Peter SINGER, Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 114 y ss.

⁵ Vid. SINGER, Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional, pp. 126 y ss.

⁶ Vid. SINGER, Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional, pp. 130 y ss.

⁷ En algunos casos, los tribunales han debido manifestarse sobre el tratamiento como tal, aceptando o rechazando la decisión del médico y/o los padres del niño, de realizar u omitir un tratamiento en el recién nacido discapacitado. En otros casos, la intervención de los tribunales se ha producido a posteriori, valorando si el comportamiento de un médico que dejó morir a un niño omitiendo todo tratamiento, integra o no el delito de homicidio.

⁸ Francisco Javier CABALLERO HARRIET, "Reflexiones acerca de la eutanasia (especial referencia a la eutanasia infantil)", Anuario de Sociología del Derecho, 1990, p. 79.

Queda fuera de nuestro ámbito de estudio el caso de los seres humanos vivos *in utero*, esto es, de los embriones y fetos que se encuentran en el útero materno. En estos casos, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de causar su muerte cuando "se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas", siempre que se cumplan una serie de requisitos legalmente previstos. Se trata del aborto embriopático regulado en el art. 417 bis) del antiguo Código penal español, que se mantiene aún vigente con el nuevo Código penal.

II. CONCEPTO DE NACIMIENTO Y DE VIABILIDAD

A. Concepto de nacimiento

Como venía diciendo, y para enfocar bien el tema de este trabajo, la cuestión que nos corresponde estudiar es la relevancia jurídica, y más concretamente, jurídico-penal, de aquellos comportamientos (activos u omisivos) dirigidos a producir la muerte de un recién nacido que padece graves discapacidades.

El punto de partida es, pues, determinar cuándo nos encontramos ante un ser humano vivo nacido. A falta de un "ser humano nacido" o si no existe "vida", desaparecen los problemas, a nuestros efectos.

La determinación del nacimiento (desde una perspectiva jurídica) es de una gran importancia, pues el art. 29 del Código civil establece que la personalidad jurídica, esto es, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, se adquiere en ese momento. Así pues, de ello dependerá, entre otras cuestiones, la aplicación de los tipos penales de homicidio y lesiones a las personas, o los de aborto y lesiones al feto.

En sentido estricto, nacer significa "salir del vientre materno" (Diccionario de la RAE). Sin embargo, el término "nacimiento" que utiliza nuestro Código civil no se corresponde con el concepto usual del mismo, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado que alude a una circunstancia en la que un ser humano adquiere el estatuto de persona. El momento exacto y las condiciones que debe reunir dicho ser humano deben ser establecidos por la doctrina y la jurisprudencia, teniendo en cuenta que para interpretar correctamente una norma habrá que atender al contexto normativo y la realidad social del tiempo en que dicha norma ha de ser aplicada (art. 3.1 Cc). Como

afirma PUIG FERRIOL, «el concepto jurídico del nacimiento no es tan sencillo como a simple vista parece»⁹.

Así pues, el art. 29 únicamente establece que la condición de persona se adquiere con el nacimiento, pero nada se dice sobre el momento en el que éste se produce y las condiciones que debe poseer el individuo para entender que ha nacido.

Por lo que respecta al *momento*, la doctrina ha venido barajando diversas posibilidades (desprendimiento total del seno materno, con o sin corte del cordón umbilical¹⁰, comienzo de la respiración pulmonar autónoma, etc.). Lo cierto es que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en muy escasas ocasiones a este respecto. La postura que viene manteniendo en estos últimos años aboga por considerar como momento del nacimiento el inicio de las labores del parto (SSTS de 22 de enero de 1999 y 29 de noviembre de 2001), al entender que «el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado. Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empuja al niño hacia fuera, hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto»¹¹.

⁹ Luis PUIG FERRIOL, Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I. Volumen I. Primera Parte. Parte General: sujeto y objeto del derecho, Bosch, Barcelona, 1979, p. 24, plateándose la cuestión de si el Código puede llevar a un concepto de nacimiento distinto del concepto natural o fisiológico del mismo. También Carlos María ROMEO CASABONA, Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2002, p. 181, advierte que «se ha puesto incluso en duda la validez de las fórmulas legales tradicionales para determinar el comienzo de la personalidad humana y de ser titular de derechos subjetivos».

¹⁰ Así, Carlos María ROMEO CASABONA, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, Comares, Granada 2004, p. 17. Por el contrario, la doctrina civilista se muestra más proclive a fijar el momento del nacimiento en el desprendimiento del cordón umbilical. Así, Luis DIEZ-PICAZO/Antonio GULLÓN, Sistema de Derecho Civil. Volumen I, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1992, p. 226; Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, en José Luis Lacruz Berdejo y otros, Elementos de Derecho civil. Parte General. Vol. II. Personas, Dykinson, Madrid, 1999, p. 12; Manuel ALBALADEJO, Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. Volumen Primero, 14ª edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, p. 215.

¹¹ Así también, Hans LÜTTGER, Medicina y Derecho penal, Edersa, Madrid, 1984, pp. 65 y ss., y 83 y ss.; Reinhart MAURACH/Friedrich-Christian SCHROEDER/Manfred MAIWALD, Strafrecht. Besonderer Teil, Teilband I, 8ª edición, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, p. 13. Cuando se trate de un «nacimiento artificial», el momento del parto coincidirá con el comienzo de los actos médicos oportunos (por ejemplo, con la práctica de la cesárea).

Mayores problemas plantea la cuestión de las condiciones que debe reunir un ser humano para entender que ha nacido, aun cuando ya se encuentre separado de la madre¹². La doctrina tradicional mantiene que para entender que nos encontramos ante una persona es irrelevante que ésta sea o no viable¹³. En mi opinión, en cambio, una interpretación del término nacimiento teniendo en cuenta el conjunto del ordenamiento jurídico y el contexto social en el que debe aplicarse, nos debe llevar a entender que no puede considerarse nacido y, por lo tanto, no es una persona, el feto *ex utero* vivo pero no viable. Posteriormente desarrollaré más detenidamente esta idea.

En definitiva, no existe coincidencia entre los términos social y jurídico de nacimiento¹⁴, de tal forma que es posible hablar de un ser humano nacido en términos jurídicos cuando el sujeto se encuentra aún en el útero materno (han comenzado las contracciones), momento en el cual, en el lenguaje cotidiano, no hablaríamos aún de recién nacido; y, sin embargo, no existe un ser humano nacido desde el punto de vista jurídico cuando estamos ante un ser humano vivo fuera del útero si éste no es viable, si bien, indudablemente, socialmente se hable de «recién nacidos». Del mismo modo, no hay seres humanos nacidos cuando se trata de fetos clínicamente muertos.

En efecto, el art. 32 Cc establece que «la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas», esto es, que sólo los seres humanos vivos pueden tener el estatus de persona. Sin embargo, el ordenamiento jurídico

¹² Esta cuestión no es nueva. Ya se hacía eco de ella, hace más de veinte años, LÜTTGER, Medicina y Derecho penal, p. 93, donde se preguntaba lo siguiente: «¿existe un momento en el desarrollo de la vida en germen hasta el que puede hablarse de “un feto” y (a pesar del comienzo de la expulsión) en ningún caso de una “persona”?»; dicho de otra manera: ¿puede funcionar la cesura del “comienzo del nacimiento” también en los casos de expulsión prematura de fetos inmaduros (realizada espontánea o artificialmente), como monjón que marque en límite entre el carácter fetal y la calidad persona o ¿existe en estos casos un límite *témporo-biológico* delante del cual la expulsión no permite obtener el efecto jurídico que se le asigna —la transformación de la calidad y del objeto— y a la vez el cambio de la protección penal». No obstante, al no ser éste el objeto de su estudio, no ofrece una solución.

¹³ ROMEO CASABONA, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, p. 17; DELGADO ECHEVERRÍA, Elementos de Derecho civil. Parte General. Vol. II. Personas, p. 13. En la doctrina alemana, MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht. Besonderer Teil, p. 14.

¹⁴ De hecho, y para evitar esta confusión, en los casos de desprendimiento del útero materno de un ser humano en aquellos casos en los que no puede hablarse de «nacimiento» en sentido legal estricto, la Ley de 8 de Junio de 1957, reguladora del Registro Civil, emplea el término «alumbramiento» (art. 45), que se correspondería con el uso social del término «nacimiento» (salir del vientre materno). También puede hablarse en estos casos de «parto».

español no establece de forma expresa cuándo se entiende que un ser humano está vivo. No obstante, sí fija los requisitos para determinar la muerte de una persona. De esta forma es posible establecer si el ser humano en cuestión está o no está vivo.

Esta regulación está contenida en el Anexo I del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, en el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de tejidos. El mencionado Anexo I regula los “Protocolos de diagnóstico y certificación de la muerte para la extracción de órganos de donantes fallecidos”. En su punto 1 se dice que “el diagnóstico y certificación de muerte de una persona se basará en la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias (muerte por parada cardiorrespiratoria) o de las funciones encefálicas (muerte encefálica) (...)”. A continuación, los puntos 2 y 3 recogen de forma detallada los “criterios diagnósticos de muerte encefálica”¹⁵ y el “diagnóstico de muerte por parada cardiorrespiratoria”, respectivamente.

De esta forma, en aquellos casos de recién nacidos en los que concurren los criterios recogidos en esta norma sobre ausencia de funciones encefálicas o cardiorrespiratorias, deberán considerarse como seres humanos fallecidos, aún cuando pueda apreciarse cierta actividad orgánica (necesaria en algunos casos, por ejemplo, para poder emplear ciertos órganos para trasplante).

A este respecto, hay autores que defienden que no existe función encefálica compatible con la existencia de vida en el caso de niños anencefálicos¹⁶ o en otros casos de malformaciones que causan graves daños cerebrales. En cualquier caso, hay que distinguir entre inexistencia de vida (muerte) e inexistencia de posibilidad de supervivencia (inviabilidad)¹⁷.

Se trataría, pues, de fetos muertos, que nunca habrían llegado a adquirir el estatuto jurídico de persona. Por ello,

de acuerdo con el art. 6 de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, se autoriza la obtención y utilización de estructuras biológicas procedentes de los mismos con fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos, de investigación o experimentación, así como su donación a tales efectos.

B. Concepto de viabilidad: primera aproximación

La otra de las cuestiones que es necesario aclarar es el concepto de viabilidad, pues, como he avanzado, los recién nacidos considerados no viables no llegarán a alcanzar el estatuto jurídico de persona, con las consecuencias prácticas de indudable trascendencia que ello conlleva. No obstante, el legislador español no se pronuncia en ningún momento sobre lo que debe entenderse por viabilidad a tales efectos.

El concepto de viabilidad es de suma importancia en relación con la vida prenatal, pues tanto la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, como la Ley 42/1988, anteriormente mencionada, se refieren al mismo para establecer un diferente estatuto jurídico de los embriones pre y postimplantatorios y de los fetos humanos.

A falta de una aclaración sobre tal extremo en la Ley, la doctrina más cualificada¹⁸, así como la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA), el Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica¹⁹ y el Tribunal Constitucional (TC), mantienen que el concepto de viabilidad utilizado en la Leyes mencionadas es claramente de corte biológico.

Así, según las Sentencias del Tribunal Constitucional 212/1996, de 20 de diciembre (fundamento jurídico 5), y 116/1999, de 17 de junio (fundamento jurídico 9), «viable» es adjetivo cuyo significado el diccionario describe

¹⁵ Vid. Juan Luis TRUEBA GUTIÉRREZ, “La muerte cerebral como evidencia clínica (ocho preguntas fundamentales)”, en Jorge José Ferrer/Julio Luis Martínez (eds.), *Bioética: un diálogo plural. Homenaje a Javier Gafo Fernández, S.J., Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2002, pp. 201 y ss.*

¹⁶ Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, pp. 174 y ss.; el mismo*, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, p. 17. Así parece entenderlo también Francesc ABEL I FABRE*, *Bioética: orígenes, presente y futuro, Institut Borja de Bioética, Madrid, 2001, pp. 155 y ss.*

¹⁷ ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, p. 180.*

¹⁸ Carlos María ROMEO CASABONA, “El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas tecnologías”, en *El derecho a la vida, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 35 y ss.*; Luis GONZÁLEZ MORÁN, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de Diciembre de 1996 (Parte II)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano, n° 10 (1999), pp. 179 y ss.*

¹⁹ COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, *II Informe: La investigación con embriones humanos “sobrantes”, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2002, Apartados I.3 y III.2.*

²⁰ La investigación sobre células troncales (*Informe*), *Fundación Española de Ciencia y Tecnología-Ministerio de Ciencia y Tecnología, p. 55.*

como capaz de vivir. Aplicado a un embrión o feto humano, su caracterización como “no viable” hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una “persona” en el fundamental sentido del art. 10.1 C.E.».

Ahora bien, este concepto de viabilidad no puede ser trasladado de forma automática al caso que ahora nos ocupa, pues nos encontramos frente a un ser humano vivo fuera del útero. El propio legislador es consciente de que el término viabilidad en relación con los “fetos” fuera del útero no puede confundirse con el empleado en relación con los embriones (pre y postimplantatorios) y con los fetos *in utero*. Por ello, en la Disposición Adicional Primera de la referida Ley 42/1988, se exige al Gobierno que, en el plazo de seis meses a partir de su promulgación, establezca “los criterios de viabilidad o no del feto fuera del útero a los efectos de esta Ley”, lo cual no se ha producido hasta el momento²¹.

No obstante, aplicando la doctrina anteriormente mencionada, si nos centramos en la primera parte de la definición, que establece que viable significa “capaz de vivir”, en el caso de seres humanos vivos *ex utero*, viable sería aquel individuo que tiene capacidad para continuar su proceso de desarrollo vital, en definitiva, de mantenerse con vida (con o sin ayuda de medios técnicos o humanos). En palabras de PÉREZ GONZÁLEZ, «es viable la criatura que, nacida viva, tiene aptitud para continuar su vida extrauterina», o en otros términos, «es (...) viable la criatura

²¹ El fundamento jurídico 7 (apartado segundo) de la STC 212/1996, de 20 de diciembre, indica lo siguiente: “Ahora bien, es de tener en cuenta que el presente recurso de inconstitucionalidad ha perdido su objeto en lo que a la impugnación de este precepto se refiere. En efecto, a diferencia de la remisión contenida en la disposición adicional segunda («Reglamentariamente se creará un Registro Nacional de Centros o Servicios autorizados en los que se utilice o investigue material genético»), la disposición adicional primera contiene un mandato al Gobierno para el desarrollo, entre otros, del concreto extremo de la Ley 42/1988 que nos ocupa, es decir, la concreción en alguna mayor medida de lo que deba entenderse por «viabilidad», mandato este efectuado por el preciso espacio temporal de seis meses a partir de la fecha de la promulgación de la Ley. El sentido de la cláusula, pues, no se agotaba en ordenar dicha actuación por parte del Gobierno, sino el que ésta tuviera además lugar en el indicado plazo. En consecuencia, una vez que ha transcurrido, como con exceso lo ha hecho, el señalado plazo, cualquier disposición reglamentaria que en el futuro pudiera dictar el Gobierno sobre la materia en cuestión no podrá tener más 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. Lo cual es tanto como decir que el contenido normativo de la impugnada letra e) de la disposición adicional desapareció por entero con el transcurso de los seis meses siguientes a la promulgación de la Ley 42/1988, provocando así la desaparición sobrevinida, que ahora apreciamos, del objeto del presente recurso de inconstitucionalidad en este particular”.

que nace viva sin vicio orgánico o funcional que le imposibilite para continuar su existencia independiente»²².

III. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS FETOS EX UTERO NO VIABLES

Como he señalado anteriormente, en principio, parece que el Código civil considera persona a todo ser humano vivo fuera del útero materno. Así lo entiende también la mayoría de la doctrina. No obstante, las Leyes 35/1988 y 42/1988 obligan a matizar esta afirmación, pues éstas parecen condicionar la adquisición del estatuto jurídico de persona a la viabilidad del recién nacido.

En efecto, según el art. 13.2 de la Ley 35/1988, “toda intervención sobre (...) el feto fuera del útero, si es viable, no tendrá otra finalidad terapéutica que no sea la que propicie su bienestar y favorezca su desarrollo”. Eso significa que sobre un embrión fuera del útero, si no es viable, podrán llevarse a cabo otra serie de actuaciones, aunque no favorezcan su desarrollo, incluso aunque supongan su destrucción. El término intervención debe entenderse, a este respecto, en un sentido amplio, incluyendo en el mismo tanto supuestos de actuaciones positivas como de omisiones²³.

En coherencia con esta regla general, el art. 5.4 de la Ley 42/1988 alude a un caso específico de no viabilidad. Según este precepto, “los fetos expulsados prematura y espontáneamente, y considerados biológicamente viables, serán tratados clínicamente con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital”. Así pues, si esos “fetos expulsados prematura y espontáneamente” son viables, “serán tratados clínicamente con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital”. Esto significa que si se entiende que no lo son (interpretación *a sensu contrario*) podrán ser destinados a otros fines, pudiendo omitirse cualquier tratamiento dirigido a “favorecer su desarrollo y autonomía vital”.

De esta forma, la Ley 42/1988 permite la donación y utilización de embriones y fetos humanos vivos no viables, siempre que se cumplan ciertos requisitos (art. 2). Además, el art. 9.2.B) califica como infracción muy grave

²² Blas PÉREZ GONZÁLEZ, “El requisito de la viabilidad”, Revista de Derecho Privado, Abril (1944), p. 276.

²³ Cfr. Sergio ROMEO MALANDA, “Contravención de lo dispuesto en el Convenio (Capítulo VIII)”, en Carlos María Romeo Casabona (ed.), El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español, Comares-Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Granada-Bilbao, p. 346.

“la experimentación con embriones o fetos vivos, viables o no, *salvo que se trate de embriones o fetos no viables, fuera del útero (...)*”.

No obstante, es cierto que podría plantearse la duda de si esos “fetos” fuera del útero son personas a las que la Ley permite cosificar (pueden ser donadas, utilizadas con fines de experimentación) o, por el contrario, no han llegado a adquirir el estatuto jurídico de persona.

La Ley 42/1988 equipara constantemente el estatuto jurídico de los embriones y los fetos humanos cuando éstos no son viables, aunque estén fuera del útero. Si se entendiera que los fetos humanos vivos *ex útero* son siempre y en todo caso seres humanos nacidos (a los efectos del art. 29 Cc), es evidente que, en cuanto personas, requerirían un régimen jurídico distinto de aquellos otros seres humanos vivos que no han adquirido dicho estatuto.

Además, si se tratara de personas sobre las que el ordenamiento jurídico quiere establecer un régimen especial, en tal caso los artículos mencionados deberían tener el rango de Ley Orgánica, ya que estaría regulando el contenido esencial de un derecho fundamental, como es el derecho a la vida (art. 15 CE).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha entendido que ninguno de los preceptos de las referidas leyes requiere la condición de Ley Orgánica, lo cual significa que todas las actuaciones previstas en las mismas no pueden estar referidas a personas.

En definitiva, los fetos fuera del útero que no sean viables (por haber sido expulsados del útero materno prematuramente o por cualquier otra razón) no son personas en el ordenamiento jurídico español, aunque sean seres humanos vivos *ex utero*²⁴.

²⁴ En el mismo sentido, Eduardo RAMÓN RIBAS, El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud, Comares, Granada, 2002, p. 316, nota 239, según el cual la transformación de feto en una persona, «no tiene lugar por la simple expulsión fetal; exige, además, que el nasciturus sea viable, lo que sucede, como regla, cuando posee la suficiente madurez biológica para vivir fuera del claustro materno». Esta tesis no es, en absoluto novedosa. Ya fue defendida hace más de medio siglo por PÉREZ GONZÁLEZ, “El requisito de la viabilidad”, pp. 273 y ss., en especial, pp. 290 y ss. Según este autor, «Si la capacidad jurídica es medio para procurar al hombre el goce de los derechos con los que satisface necesidades de la vida, cuando precisamente es ésta la que de modo irremisible falta, parece que no tiene razón de ser la concesión o reconocimiento de la personalidad a un ente fugaz que no es más que una apariencia de vida» (p. 277).

Aunque esta tesis no es la dominante en el momento actual, sin embargo entre los autores tradicionalistas se aprecia ya una postura dubitativa. Así, por ejemplo, José Javier CASTIELLA RODRÍGUEZ, en José Ángel Martínez Sanchiz (coord.), Instituciones de Derecho Privado. Tomo I. Personas, Vol. II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 72, según el cual,

Pese a que pueda parecerlo, esta tesis no es contradictoria con lo dispuesto en el art. 30 Cc. Según este precepto, “para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y viviere veinticuatro horas desprendido del seno materno”. Este artículo introduce una regla especial con efectos únicamente en el ámbito civil, de tal forma que habrá seres humanos nacidos que, por alguna razón, van a carecer de capacidad jurídica a los efectos civiles. Se trata de aquellos sujetos que: a) no tengan figura humana; y b) no vivan veinticuatro horas desprendidas del seno materno.

Este precepto recoge un supuesto legal de viabilidad: la supervivencia durante más de veinticuatro horas. Esto parece ser contradictorio con lo expuesto anteriormente. Podría pensarse que el art. 29 Cc excluye cualquier referencia a la viabilidad o no del ser humano, la cual sí deberá ser tenida en cuenta “a los efectos civiles” y únicamente en los términos del art. 30, limitada a un criterio de carácter cronológico: si vive menos de veinticuatro horas no habrá adquirido la capacidad jurídica, y si vive más de ese periodo lo habrá hecho, aunque se prevea su muerte a corto plazo. De esta forma no tendría sentido decir que ese ser humano que se ha mantenido vivo durante más de veinticuatro horas adquiere plena capacidad jurídica, pero sin embargo no ha nacido al no ser biológicamente viable.

Pero este planteamiento lógico no me parece correcto²⁵. En este punto, adquiere una especial relevancia la necesidad de interpretar las normas de acuerdo con el contexto normativo y la realidad social del tiempo en han de ser aplicadas (art. 3.1 Cc)²⁶. Y ello juega un papel tras-

aunque este criterio de la viabilidad no es el sistema de nuestro Código civil y que únicamente puede plantearse de lege ferenda, sin embargo afirma que «si puede considerarse una evolución normativa en este sentido de nuestro Ordenamiento jurídico», y haciendo referencia expresa a la Ley 42/1988, señala que «esta norma (...) introduce criterios de viabilidad natural o biológica de modo que, de ser viable, el objetivo con el feto será favorecer su desarrollo vital y, en caso contrario, recibe el tratamiento de un objeto, susceptible de donación o utilización para fines de investigación, ello aunque sobreviva más de veinticuatro horas a su nacimiento».

²⁵ Como señala José Javier HUALDE SÁNCHEZ, en Lluís Puig i Ferriol/María del Carmen Gete-Alonso y Calera/Jacinto Gil Rodríguez/José Javier Hualde Sánchez, Manual de Derecho Civil. I. (Introducción y derecho de la persona), Marcial Pons, Madrid, p. 115, esta interpretación resulta “poco racional a tenor de los avances alcanzados por la medicina. Efectivamente, supone atribuir personalidad a todo nacido que, aunque no sea viable, por su gran inmadurez fetal o por padecer defectos teratológicos de consecuencias necesariamente mortales, sea mantenido con vida por medios artificiales durante veinticuatro horas”.

²⁶ Cfr. PUIG FERRIOL, Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I. Volumen I. Primera Parte. Parte General: sujeto y objeto del derecho, p. 28.

cidental en la interpretación del requisito de la “figura humana”.

En efecto, este requisito se formuló en el Derecho romano con el objeto de negar la cualidad de persona a los seres no humanos que nacieran de mujer, y con este fundamento fue recogido por nuestro derecho histórico²⁷ y así ha sido mantenido en el Código civil que, no puede olvidarse, data de 1888. El mantenimiento de este requisito, interpretado conforme a sus orígenes y a su literalidad, carece de sentido y encuentra difícil acomodo en nuestras concepciones culturales, salvo que se produzca un desarrollo incontrolado de las investigaciones genéticas²⁸. Por ello, dicho requisito debe ser interpretado de forma distinta a su significado originario, con objeto de darle un contenido adaptado a la realidad actual, convirtiéndolo en un requisito de viabilidad biológica. De esta forma, interpretando el referido art. 30 en relación con tiempo en que dicha norma ha de ser aplicada, puede afirmarse que no se cumple el requisito de tener figura humana, además de en los casos más evidentes de deformidad, también en «aque- llos otros en los cuales, aun presentando el feto un aspecto corriente, la disposición de los órganos vitales demuestra su ineptitud para seguir viviendo (...); y asimismo los eventos de falta de madurez del feto tal que lo hace inepto para la vida autónoma»²⁹.

Para completar esta tesis, debe añadirse que, según se desprende de las Leyes 35/1988 y 42/1988, a falta de figura humana, en los términos expuestos, no existe nacimiento en términos jurídicos³⁰, en definitiva, dicho feto *ex utero* no alcanza el estatuto de persona. El art. 30 Cc únicamente añade a este requisito de la viabilidad biológica, y tan sólo a los efectos civiles, el requisito de la viabilidad legal y el hecho de que el individuo se encuentre desprendido del seno materno. De esta forma, cuando estemos

²⁷ Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, “El requisito de la viabilidad”, pp. 277 y ss.; HUALDE SÁNCHEZ, Manual de Derecho Civil. I. (Introducción y derecho de la persona), p. 115.

²⁸ HUALDE SÁNCHEZ, Manual de Derecho Civil. I. (Introducción y derecho de la persona), p. 115.

²⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, Elementos de Derecho civil. Parte General. Vol. II. Personas, p. 14. De la misma opinión, HUALDE SÁNCHEZ, Manual de Derecho Civil. I. (Introducción y derecho de la persona), p. 115; DIEZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil. Volumen I, p. 226; ALBALADEJO, Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. Volumen Primero, p. 214; PUIG FERRIOL, Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I. Volumen I. Primera Parte. Parte General: sujeto y objeto del derecho, pp. 25 y s.

³⁰ Según ALBALADEJO, Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. Volumen Primero, p. 214, «Se es persona desde que se nace (...), siempre que el nacido sea un ser vivo y con figura humana».

ante un ser humano vivo y viable, éste únicamente poseerá una capacidad jurídica plena (efectos jurídicos en el ámbito patrimonial, fundamentalmente) cuando haya permanecido con vida más de veinticuatro horas.

En definitiva, en palabras de PUIG FERRIOL, «el nacido sin tener las condiciones de viabilidad para vivir como un ser humano —o no tener figura humana en el lenguaje del Código—, en ningún momento adquiere la condición de persona»³¹. La viabilidad es, en definitiva, una *conditio iuris* de la personalidad³².

Por ello, en tales circunstancias podrá autorizarse su donación a terceros con fines de experimentación, pudiendo llegarse, incluso a su destrucción, ya que no se requiere “favorecer su desarrollo y autonomía vital”. Ello no sería, en modo alguno, posible si entendemos que dichos fetos vivos *ex utero* son personas. En tal caso, todo proyecto de investigación con los mismos debería adecuarse a la regulación existente relativa a la experimentación con personas³³, en concreto, el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos. De acuerdo con esta regulación, la experimentación con menores y recién nacidos solamente puede tener lugar cuando se presuma que ésta va a tener un efecto beneficioso para la salud del menor (art. 4). Excepcionalmente, podrán realizarse ensayos en menores y neonatos sin beneficio potencial directo para ellos si, además de otros requisitos, se adoptan las medidas necesarias para garantizar que el riesgo sea mínimo (cfr. art. 6.2). Incluso, para ROMEO CASABONA, los recién nacidos deberían ser objeto de una regulación específica, encaminada a lograr una protección más intensa de los mismos³⁴.

Ahora bien, lo anteriormente expuesto no es obstáculo para admitir una presunción *iuris tantum* de viabilidad de los seres humanos vivos *ex utero*³⁵ y, consecuentemente, su condición de personas. Será aquél que alegue en su favor la no viabilidad del ser humano el que deba probar dicho extremo (por ejemplo, el investigador que quiere

³¹ PUIG FERRIOL, Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I. Volumen I. Primera Parte. Parte General: sujeto y objeto del derecho, p. 29.

³² Así, PÉREZ GONZÁLEZ, “El requisito de la viabilidad”, pp. 290 y 298.

³³ Vid. Carlos María ROMEO CASABONA, “Aspectos jurídicos de la investigación clínica con neonatos”, en Jorge José Ferrer/Julio Luis Martínez (eds.), Bioética: un diálogo plural. Homenaje a Javier Gafo Fernández, S.J., Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2002, pp. 823 y ss.

³⁴ ROMEO CASABONA, “Aspectos jurídicos de la investigación clínica con neonatos”, p. 845.

³⁵ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, “El requisito de la viabilidad”, p. 301.

experimentar con los mismos en aplicación de la Ley 42/1988; la persona que no está interesada en la adquisición de la herencia por el sujeto que sobrevivió más de veinticuatro horas fuera del útero materno³⁶; o, en el ámbito penal, el individuo acusado de un delito de homicidio por haber producido la muerte del recién nacido en cuestión).

De esta forma, podría solicitarse la inscripción en el Registro Civil de todos los nacimientos, una vez transcurridas veinticuatro horas desde dicho momento³⁷. No obstante, las decisiones del encargado del Registro son recurribles durante treinta días en vía gubernativa ante el Juez de primera instancia correspondiente, con apelación en igual tiempo ante la Dirección General, sin que quepa ulterior recurso, salvo cuando sea posible acudir a la vía judicial ordinaria (art. 29 de la Ley de 8 de Junio de 1957, reguladora del Registro Civil). Para resolver la duda acerca de la viabilidad del ser humano inscrito, podrán aportarse los informes médicos oportunos^{38, 39}.

En otro orden de cosas, el hecho de que estos fetos vivos *ex utero* y no viables no sean personas, no debe suponer una desprotección absoluta de los mismos, en tanto que se trata aún de seres humanos vivos. Incluso podría plantearse la duda de si en tales casos, y a pesar de las Leyes 35/1988 y 42/1988, la producción de su muerte quedaría incluida dentro del tipo de aborto. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

Por último, debe ponerse de manifiesto una cuestión terminológica que puede dar lugar a equívocos. Tanto la Ley 35/1988 (art. 13.2) como la Ley 42/1988 (art. 5.4) hacen referencia a fetos vivos fuera del útero. El término feto *ex utero* únicamente será correcto cuando se haga referencia a fetos no viables o muertos. Sin embargo, cuando estemos ante fetos vivos viables *ex utero* (a los

que también hacen referencia las citadas leyes), el término más correcto para referirse a ellos será el de “persona”.

IV .ESTATUTO JURÍDICO DE LOS “FETOS” EX UTERO VIABLES

Por el contrario, y según el ya conocido art. 5.4 de la Ley 42/1988, cuando se trate de fetos expulsados prematura y espontáneamente, y considerados biológicamente viables, habrá que tratarlos clínicamente con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital. Esta regla será también de aplicación en relación con el resto de recién nacidos, aunque no se trate de partos prematuros, tal y como se desprende del también referido art. 13.2 de la Ley 35/1988, según el cual “toda intervención sobre (...) el feto fuera del útero, si es viable, no tendrá otra finalidad terapéutica que no sea la que propicie su bienestar y favorezca su desarrollo”.

En definitiva, cuando se trate de seres humanos vivos *ex utero* y viables, entonces podremos hablar de seres humanos nacidos⁴⁰, por lo que les serán aplicadas todos los mecanismos existentes en nuestro derecho para la protección de las personas, especialmente, atendiendo al tema que nos ocupa, los delitos de homicidio y lesiones.

Según el art. 10 del Código penal (CP), “son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”. Es decir, una persona puede ser responsable de un determinado resultado tanto por haber realizado una conducta determinada, como haber omitido un comportamiento que le era exigible. En este caso se requiere, entre otros requisitos, “una específica obligación legal o contractual de actuar” (art. 11 CP), lo cual sucede en el caso del médico que está tratando al recién nacido y que se plantea la omisión del tratamiento, de tal forma que va a producirse la muerte del mismo.

A. Omisión de tratamiento médico que produce la muerte

El supuesto más habitual será aquél en el que un médico (o un equipo médico, normalmente) decide voluntaria y conscientemente omitir todo tipo de tratamiento sobre un recién nacido con la intención de que éste fallezca, sin perjuicio de que se adopten otro tipo de medidas para

³⁶ Pues los efectos sucesorios de la declaración de nacimiento pueden ser de gran relevancia. Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, Elementos de Derecho civil. Parte General. Vol. II. Personas, p. 12.

³⁷ Vid. arts. 40 y ss. de la Ley de 8 de Junio de 1957, reguladora del Registro Civil, y arts. 165 y ss. del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

³⁸ Cfr. PUIG FERRIOL, Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I. Volumen I. Primera Parte. Parte General: sujeto y objeto del derecho, p. 29.

³⁹ Al margen de lo anterior, también debe tenerse en cuenta el art. 45 de la mencionada Ley, según el cual “las personas obligadas a declarar o dar el parte de nacimiento están también obligadas a comunicar en la misma forma el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente. En el Registro Civil se llevará un legajo con las declaraciones y partes de estos abortos”.

⁴⁰ Aunque no sólo en estos casos, pues como he dicho anteriormente, el Tribunal Supremo entiende que también debe tenerse por nacido el ser humano in utero desde el comienzo de las contracciones.

evitar el sufrimiento del mismo en tanto que la muerte se produzca.

En tal caso, nos encontramos sin duda ante un delito de homicidio, recogido en su formulación básica en el art. 138 CP, según el cual, “el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, a la pena de prisión de diez a quince años”.

Pero el art. 139 recoge una forma agravada de homicidio, el asesinato. De acuerdo con este precepto, “será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.^a Con alevosía (...)”. Y según el art. 22 CP, hay alevosía cuando el culpable comete un hecho delictivo “empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.

A este respecto, se ha planteado la duda acerca de la concurrencia de la agravante de alevosía cuando el hecho se realiza sobre una persona que no tenga capacidad para defenderse y, en todo caso, cuando se trata de niños de corta edad. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en alguna ocasión. No obstante, la doctrina mantiene que en tal caso no puede aplicarse la circunstancia agravante específica de alevosía⁴¹ sino la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad.

Además, el asesinato con alevosía es inconcebible por omisión⁴². Por lo tanto, el comportamiento omisivo del médico, cuando se trata del tratamiento de un recién nacido vivo que dé lugar al fallecimiento del mismo, será considerado, en su caso, como un homicidio y no un asesinato.

En el caso de que dicha actuación no logre su propósito por alguna razón, por ejemplo, por la actuación de un tercero que impide el resultado, el médico podrá ser condenado igualmente el delito de homicidio en grado de tentativa.

⁴¹ ROMEO CASABONA, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, p. 71.

⁴² La doctrina mayoritaria rechaza la posibilidad de aplicar la agravante de alevosía en los delitos de omisión. Vid. Luis GRACIA MARTÍN, en José Luis Díez Ripollés/Luis Gracia Martín, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad, *Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 133*; Manuel José ARIAS EIBE, “La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-03.pdf>

B. Omisión de tratamiento médico que no llega a producir la muerte del recién nacido pero agrava su discapacidad o enfermedad

También puede suceder que el comportamiento omisivo del médico dirigido a producir la muerte del recién nacido no logre este resultado, pero, sin embargo, ello agrava la discapacidad que padece el recién nacido, sin que éste deje de ser viable. De suceder esto, junto al delito de homicidio en grado tentativo, sería de aplicación el delito o, en su caso, la falta de lesiones (arts. 147 y 617 CP).

C. Omisión de tratamiento médico que pone en peligro la vida o la integridad del recién nacido, sin llegar a producirse un resultado lesivo (denegación de asistencia sanitaria)

Otra posibilidad que puede plantearse en la práctica es que la omisión del tratamiento médico por parte de un médico ponga en peligro la salud o la vida del recién nacido pero no llegue a producirse daño alguno, posiblemente por la intervención de un tercero. En tal caso podría ser aplicación el art. 196 CP, que castiga al “profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas (...)”. Para la aplicación de este tipo delictivo no se exige un resultado de lesión de un bien jurídico pero sí un resultado de peligro. También se requiere la existencia de una posición de garante. Dogmáticamente se trata, pues, de un delito de omisión pura de garante⁴³.

V. DELIMITACIÓN ENTRE VIABILIDAD Y NO VIABILIDAD EN EL CASO DE SERES HUMANOS EX UTERO CON GRAVES MALFORMACIONES O DISCAPACIDADES

Introducción

Hasta ahora he analizado brevemente el régimen jurídico aplicable a los seres humanos vivos *ex utero* viables y no viables. Mientras que en el primer supuesto estamos ante personas, ello no es así en el caso de fetos *ex utero* no viables, por lo que su protección es muy diferente. Lo que corresponde analizar ahora es la delimitación concreta

⁴³ Carlos María ROMEO CASABONA, “Artículo 196”, en José L. Díez Ripollés/Carlos M. Romeo Casabona (coords.), Comentarios al Código Penal. Parte Especial II, *Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 656*.

entre la viabilidad y la no viabilidad de un ser humano, y los efectos jurídicos de la omisión de todo tratamiento a seres humanos vivos en situaciones claramente excepcionales.

“Recién nacidos” prematuros no viables

Un primer caso de falta de viabilidad, quizás el más sencillo de valorar, hace referencia al grado de desarrollo fetal. Desde el punto de vista médico ha evidencias científicas que demuestran la incapacidad de desarrollo vital de fetos humanos *ex utero* que no hayan superado un cierto periodo de gestación *in utero*. Dicho periodo es susceptible de variación, evidentemente, atendiendo a los nuevos conocimientos médicos.

Como señalé más arriba, en la Disposición Adicional Primera de la referida Ley 42/1988, se exige al Gobierno que, en el plazo de seis meses a partir de su promulgación, establezca “los criterios de viabilidad o no del feto fuera del útero a los efectos de esta Ley”. A falta de una resolución que establezca tales criterios, éstos quedarán determinados por los conocimientos médicos existentes en el momento en que deba adoptarse una decisión al respecto.

En la actualidad, dichos estudios afirman que los fetos *ex utero* con un desarrollo inferior a las 23 semanas y 400 gramos de peso no son biológicamente viables, por lo que, tal y como se desprende del art. 5.4 de la Ley 42/1988, deberá omitirse cualquier actuación dirigida a favorecer su desarrollo y autonomía vital (que normalmente consistirá en no iniciar la reanimación)⁴⁴.

“Recién nacidos” a término pero no viables por no poseer las condiciones biológicas necesarias para seguir vivo (no viabilidad en sentido estricto)

Otro caso no controvertido de falta de viabilidad es aquél en el que las malformaciones o discapacidades del feto impiden su supervivencia más allá de unos días. Los médicos únicamente disponen de medios para retrasar el momento de la muerte, pero no para su curación o, incluso, para su mantenimiento con vida pese a las discapacidades.

En estos casos no tiene sentido alguno poner todos los mecanismos disponibles para alargar artificialmente la vida el feto *ex utero*. Al contrario, habrá de procurarse que ese ser humano fallezca en condiciones dignas y sin sufrimiento, salvo en los casos en los que vaya a realizarse una investigación autorizada con los mismos.

En definitiva, un feto *ex utero* será considerado inviable cuando el tratamiento permita únicamente retrasar el momento de un fallecimiento inevitable, no sea eficaz y no se pueda superar ni corregir la situación de amenaza para la vida, y carezca de utilidad para la supervivencia del feto.

La no viabilidad debe estar constatada científicamente y debe determinarse de acuerdo a criterios médicos, entre los cuales se encuentra, indudablemente, la propia experiencia del profesional. Normalmente se tratará de malformaciones en el feto claramente incompatibles con la vida y para las cuales no existe tratamiento alguno en la actualidad, o de otro tipo de enfermedades que, incluso, pueden haber sido detectadas ya en el feto pero, sin embargo, no se ha estimado conveniente interrumpir el embarazo⁴⁵. Si con base en criterios científicos no se considerara fallecidos a los anencefálicos (o a algunos de ellos), éste sería un claro ejemplo de inviabilidad.

Como señalé más arriba, en el caso de seres humanos vivos *ex utero*, debe presumirse su viabilidad. Cuando se adopte una decisión alegando la no viabilidad debe poder acreditarse científicamente que ello es ciertamente así. Así pues, si existen dudas sobre la viabilidad o no viabilidad del ser humano *ex utero*, éstas deberán resolverse a favor del tratamiento, cualquiera que sea la naturaleza de éste

⁴⁴ Grupo de Reanimación Cardiopulmonar de la Sociedad Española de Neonatología, “Recomendaciones en reanimación neonatal”, *Anales de Pediatría*, nº 1 (2004), p. 74; J. Javier ARENAS RAMÍREZ, “Consideraciones éticas. La visión desde obstetricia”, en Marcelo Palacios (ed.), *I Congreso Mundial de Bioética*. Ponencias, *Sociedad Internacional de Bioética*, Gijón, 2001, p. 597; Vicente MOLINA, “Consideraciones éticas en el periodo neonatal”, *Protocolos de la Asociación Española de Pediatría*, <http://aeped.es/protocolos/neonatalogia/index.htm>, p. 59 («Entre 23 y 24 semanas (menos de 25) los resultados actuales son suficientemente decepcionantes como para proponer una conducta activa o aceptarla si son los padres los que la proponen. Debe quedar clara, sin embargo, la posibilidad de instaurar una conducta activa inicial si la situación en sala de partos es mejor de lo esperado. Por encima de 25 semanas se aconsejará claramente una conducta activa, pero dejando claro que si en la evolución posterior se llega a una certeza razonable de secuelas permanentes graves, se planteará la conveniencia de la retirada del soporte vital»).

⁴⁵ Es posible que la mujer embarazada que ha tenido conocimiento a tiempo de la enfermedad o malformación de su hijo y de que éste es inviable, decida no abortar y llevar el embarazo a término con el fin de que el hijo pueda ser, tras el alumbramiento, fuente de órganos para trasplante. Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 176.

(por ejemplo, la reanimación), y asegurar, de este modo, el reexamen de la situación a la vista de su evolución posterior⁴⁶.

El hecho de que el recién nacido fallezca una vez iniciado el tratamiento no debe significar, en todo caso, que éste era inviable *ab initio*, sino que es posible que se trata de un ser humano, en principio, viable (así lo consideró el médico), pero que, sin embargo, no ha respondido adecuadamente a la intervención médica practicada (en otros casos similares, la experiencia demuestra que ese tratamiento es adecuado para salvar la vida del neonato), tal y como puede suceder en cualquier tratamiento médico realizado sobre personas adultas.

Por supuesto, el concepto de viabilidad es variable en el tiempo, por lo que hay que tener en cuenta los conocimientos científicos existentes en cada momento, siempre teniendo presente que la medicina (más aún, si cabe, la medicina neonatal), como toda ciencia aplicada, se basa en la lógica de la probabilidad y no en la de la certeza⁴⁷.

Recién nacidos viables y el criterio de la “calidad de vida”

El caso verdaderamente problemático es aquél en el que el feto *ex utero* es viable, pero presenta una discapacidad de tal gravedad que va a condicionar totalmente su vida futura. Y es que, tal y como dice MOLINA, «gracias a los tremendos progresos de la neonatología es posible actualmente salvar la vida de recién nacidos extraordinariamente graves, algunos de los cuales pueden presentar secuelas en su vida futura»⁴⁸. Puede tratarse de discapaci-

dades tanto físicas (falta de extremidades o de órganos vitales, cuya función hay que reemplazar artificialmente), como sensoriales o psíquicas.

Se trata, en definitiva, de discapacidades que van a impedir a dicha persona disfrutar de una calidad de vida aceptable, atendiendo a los estándares sociales vigentes. En algunos casos puede tratarse, incluso, de una vida en la que su portador no será consciente de su existencia y requerirá una ayuda constante y continuada por parte de terceros.

Un ejemplo tradicional de esta problemática es la del recién nacido con síndrome de Down, acompañado de atresia esofágica (Caso *Baby Doe*, en los Estados Unidos)⁴⁹. En estos supuestos, esófago no está bien formado, de tal forma que si no se opera, el recién nacido muere de inanición. Se trata de una intervención muy delicada, pero con posibilidad de éxito. Lo que sucede es que si se trata la atresia, se está favoreciendo la vida de un ser humano que puede padecer una grave discapacidad. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en los casos de espina bífida⁵⁰.

Se plantea, pues, la cuestión de hasta qué punto el criterio de la “calidad de vida” puede ser tenido en cuenta para omitir un tratamiento a estos recién nacidos. Aunque se trata de supuestos que no suelen llegar a los tribunales, la práctica médica diaria debe enfrentarse a este problema.

⁴⁶ Cfr. Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ, Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, Tecnos, Madrid, 1999, p. 90. En este sentido, el estudio elaborado por el Grupo de Trabajo de la Sociedad Española de Neonatología sobre Limitación del Esfuerzo Terapéutico y Cuidados Paliativos en recién nacidos “Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico”, Anales de Pediatría, nº 6 (2002), p. 551, señala lo siguiente: «(...) las decisiones de no iniciar un tratamiento son menos frecuentes que las decisiones de retirar un tratamiento ya instaurado (...). Hay que señalar también que la decisión de no iniciar un determinado tratamiento en un paciente puede ser éticamente menos apropiada si no se dispone de suficiente información pronóstica. En caso de duda razonable sobre el probable beneficio de la intervención, y puesto que la consecuencia de no iniciar un tratamiento de soporte vital será, en la inmensa mayoría de los casos, la muerte del paciente, la actuación debe ser “a favor de la vida” y se podría intentar un “tratamiento de prueba” durante un tiempo razonable».

⁴⁷ A. COUCEIRO VIDAL, “¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?”, Anales de Pediatría, nº 6 (2002), p. 505.

⁴⁸ Vicente MOLINA, “Consideraciones éticas en el periodo neonatal”, Protocolos de la Asociación Española de Pediatría, <http://aeped.es/protocolos/neonatalogia/index.htm>, p. 53.

⁴⁹ Vid. SINGER, Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional, pp. 114 y ss.

⁵⁰ Vid. SINGER, Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional, pp. 121 y ss. En los casos más graves, en niño nace con una parte de la espina partida y la médula espinal al descubierto. Por lo tanto, los nervios que recorren la espina están dañados. El resultado es una parálisis parcial o total de las piernas e incapacidad para controlar los intestinos y la vejiga. La espina también puede estar deformada y a menudo, las personas afectadas por una espina bífida sufren alguna discapacidad mental, pero no siempre.

VI. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA NO PUNIBILIDAD DE LA OMISIÓN DE TRATAMIENTOS MÉDICOS A SERES HUMANOS EX UTERO NO VIABLES Y VIABLES GRAVEMENTE DISCAPACITADOS

A) El fundamento jurídico de la no punibilidad de la omisión de tratamientos médicos a fetos *ex utero* no viables

Según lo expresado a lo largo del presente trabajo, los fetos *ex utero* vivos considerados no viables (por su prematuridad o por otras razones) no son seres humanos nacidos, por lo que carecen de personalidad y, en consecuencia, no son personas. Ello supone que las acciones dirigidas a favorecer su fallecimiento no deberán enmarcarse dentro de los delitos contra las personas (principalmente el homicidio) sino, en su caso, dentro de los delitos contra la vida humana prenatal. Es decir, deberemos analizar si la conducta ahora analizada (dejar morir a un ser humano vivo *ex utero* no viable) realiza el tipo penal de aborto o, por el contrario, se trata de una conducta atípica. Y en caso de que fuera de aplicación el tipo penal de aborto, cuál podría ser el fundamento de la no punibilidad de dicha conducta. Estimamos que este ulterior análisis no es necesario, puesto que nos encontramos ante conductas atípicas, tal y como expodré a continuación.

Ciertamente, al igual que sucede con el término “nacimiento”, el concepto de “aborto” tiene un diferente significado en los ámbitos social (lenguaje usual) y jurídico(-penal).

En el lenguaje cotidiano, por aborto se entiende “la interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas” (diccionario de la RAE). Se trata de una definición de aborto elaborada desde la perspectiva de la mujer gestante (poner fin al embarazo). Desde la perspectiva de feto, aborto sería la producción de la muerte de un ser humano no nacido (adquiriéndose la condición de ser humano con la implantación). Puesto que el feto *ex utero* vivo no viable es aún un ser humano vivo no nacido, los actos dirigidos a producir su muerte podrían ser considerados como un aborto (en comisión por omisión).

Ello, sin embargo, no es así. La conducta analizada no integra el tipo de aborto. Se trata de un comportamiento atípico. Para llegar a esta conclusión hay que hacer referencia al fundamento de la protección de la vida de los seres humanos no nacidos y a la cuestión de la interpreta-

ción de los tipos penales de acuerdo con el bien jurídico realmente protegido en dicho tipo penal.

El derecho fundamental a la vida no alcanza al *nasciturus*. Ahora bien, ello no le priva de una protección constitucional con fundamento en el art. 15 CE, pues como señaló el Tribunal Constitucional en la referida STC 53/1985, «(...) si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto esta 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» (fundamento jurídico 5). De esta forma, el derecho fundamental a la vida que se predica de las personas, supone, como presupuesto a su posterior ejercicio efectivo, la protección de la vida de quien más adelante será su titular.

Aunque no es posible detenernos ahora es esta cuestión, la anidación en el útero materno se corresponde con el momento en el que concurren los dos requisitos biológicos esenciales para poder llevar el embarazo a buen término: a) la existencia de un ser humano (pues se cumplen ya los requisitos de unidad y unicidad)⁵¹, y b) las

⁵¹ Siguiendo a Juan Ramón LACADENA CALERO, *Genética y Bioética, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2002, pp. 50 y ss., desde un punto de vista estrictamente científico, la individualización de un nuevo ser requiere que se den dos propiedades: la unicidad (ser único) y la unidad (condición de ser solamente uno). A este respecto, existe una amplia evidencia experimental que demuestra que estas dos propiedades fundamentales no están definitivamente establecidas en el nuevo ser en desarrollo antes de que termine la anidación.*

En relación con la unicidad hay que hacer referencia a los gemelos monocigóticos, que teniendo una frecuencia global de un 2 por 1000, se forman por la división de un embrión. Tal división solamente puede darse antes de la formación de la línea primitiva o cresta neural, lo cual ocurre hacia los catorce días, coincidiendo con la terminación de la anidación. La conclusión es evidente: la unicidad del nuevo ser no está fijada durante las etapas de desarrollo embrionario anteriores a la terminación de la anidación.

En relación con la propiedad de la unidad hay que hacer referencia a la existencia comprobada de quimeras humanas, es decir, personas que realmente están constituidas por la fusión de dos cigotos o embriones distintos. Se pueden distinguir entre quimeras cigóticas (producidas por la fecundación simultánea del óvulo por un espermatozoide y de un cuerpo polar derivado del mismo ovocito primario por otro espermatozoide, originando un solo individuo) y quimeras postcigóticas (producidas por fusión de dos embriones distintos). Dado que este fenómeno tiene que producirse obligatoriamente antes de aparecer la línea primitiva o cresta neural al terminar la anidación, puede concluirse que la unidad del nuevo ser no está fijada durante las primeras etapas embrionarias anteriores a la anidación.

condiciones ambientales imprescindibles para ello⁵². Ese es el momento en el cual, lo que era un ente biológico portador de vida humana se convierte en un ser humano digno de la protección otorgada a los mismos⁵³. De esta forma, sólo cuando se den las dos condiciones mencionadas (condiciones biológicas intrínsecas y condiciones ambientales) puede decirse que se dan los requisitos biológicos necesarios para que ese ente humano pueda desarrollarse y convertirse en una persona (ser humano nacido vivo). Y en consecuencia, para ser titular de bien jurídicos y, por ello, sujeto de protección penal.

Pero la afirmación anterior debe ser completada con otro elemento. En efecto, los requisitos biológicos no sólo exigen que se trate de un embrión implantado en el útero materno con un genotipo propio de la especie humana, sino que debe tratarse de un ser que en su día puede llegar a ser titular del derecho fundamental a la vida (pues éste es el fundamento de su protección). Debe tratarse, en consecuencia, de un ser humano viable⁵⁴. Así lo pone claramente de manifiesto la STC 212/1996, de 19 de di-

⁵² En realidad, si queremos ser absolutamente rigurosos, cuando hablamos de las condiciones ambientales imprescindibles para que el embrión pueda desarrollarse hasta dar lugar a una nueva persona, aunque nos refiramos a la anidación en el útero de la mujer, no debemos olvidar que es posible (aunque ciertamente extraordinario) que un embrión pueda desarrollarse fuera del útero, en un amplio espacio vacío del abdomen, conocido también como cavidad peritoneal. Con una buena implantación y una suficiente formación placentaria, el embrión puede desarrollarse normalmente hasta llegar a ser un feto que puede ser mantenido durante los nueve meses que normalmente dura el embarazo. Esta posibilidad también quedaría dentro de nuestro ámbito de protección, si bien no nos referiremos de forma expresa a ella por ser un supuesto claramente excepcional, especialmente si tenemos en cuenta que ello supone una clara amenaza para la vida, no sólo del feto, sino también de la madre, y cuando ello sucede, lo normal es provocar un aborto. Vid Lee M. SILVER, *Vuelta al eden. Más allá de la clonación en un mundo feliz*, Taurus, Madrid, 1998, pp. 266 y ss.

⁵³ Así también, Egber SCHROTEN, "¿Es la clonación humana algo intrínsecamente malo?", en Anne McLaren (coord.), *Clonación*, Editorial Complutense, Madrid, 2003, pp. 116 y s.: «el potencial del embrión humano de llegar a ser un ser humano está ahí, no cabe duda, pero es muy improbable (...) porque depende en muy alto grado de factores externos (...). Entre dichas condiciones destacan: la transferencia con éxito al útero; la anidación; y un embarazo sano. Si algunas de estas condiciones no se cumple, el embrión nunca llegará a ser un ser humano en el sentido normal de la palabra (...). En otras palabras, compartir la herencia genética humana es una condición necesaria pero no suficiente para ser un ser humano».

⁵⁴ Vicente BELLVER CAPELLA, "El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 11 (1999), p. 132; Gonzalo ARRUEGO RODRÍGUEZ, "Asistencia sanitaria coactiva y derechos fundamentales en la Ley 6/2002 de salud de Aragón", en Juan M.ª Pemán Gavín (dir.), *Derecho sanitario Aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón, Volumen I, Cortes de Aragón, Zaragoza*, 2004, p. 275. Para la valoración biológica de la viabilidad se tienen en cuenta criterios de carácter morfológico y criterios de carácter genético.

ciembre, según la cual "viable" es un adjetivo cuyo significado es "capaz de vivir". De esta forma, «aplicado a un embrión o feto humano, su caracterización como "no viable" hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una "persona" en el fundamental sentido del art. 10.1 C.E. Son, así, por definición embriones o fetos humanos (...) frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos "un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto" (el art. 15 C.E) "fundamento constitucional" (STC 53/1985, fundamento jurídico 5.) (...)» (fundamento jurídico 5)⁵⁵.

En definitiva, si la protección penal de un ser humano se justifica en tanto que éste puede llegar a convertirse en una persona, cuando esta posibilidad desaparece (un feto no viable nunca llegará a nacer a efectos del art. 29 Cc –nunca llegará a convertirse en persona–), desde ese mismo instante pierde toda justificación su protección penal, por lo que no tendrá sentido alguno hablar de la posible existencia de un delito de aborto cuando se causa la muerte de un ser humano no nacido no viable.

Esto enlaza con la segunda de las cuestiones que deben ser estudiadas, esto es, la interpretación de un tipo penal de acuerdo con el contenido del bien jurídico al que sirve. Esto es, el tipo penal deberá interpretarse conforme al bien jurídico que subyace en el mismo⁵⁶, de tal forma que no quedarán comprendidos en él todos aquellos comportamientos que excedan del ámbito de protección de dicho bien jurídico. Como dice TORÍO LÓPEZ, «(l)a tipicidad no se agota en la concordancia lógico formal (subsunción) del hecho en el tipo»⁵⁷. Así pues, existirán conductas en las que, habiéndose realizado todas y cada una de las características externas exigidas por la prescripción legal, sin embargo, no puedan considerarse como realizaciones del tipo, desde el momento en que ni lesionan ni ponen en peligro el bien jurídico, careciendo, por ello, del contenido de injusto de pudiera hacerlas penalmente relevantes⁵⁸. No estaríamos, en definitiva, ante una conducta penalmente típica.

⁵⁵ En el mismo sentido se vuelve a pronunciar el Tribunal Constitucional en la Sentencia 116/1999, de 17 de junio (fundamento jurídico 9).

⁵⁶ Hans Joachim RUDOLPHI, "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", *Nuevo Pensamiento Penal*, 1975, p. 329.

⁵⁷ Ángel TORÍO LÓPEZ, "Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma", *Estudios Penales y Criminológicos*, 1987, p. 384.

⁵⁸ Manuel COBO DEL ROSAL/Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 447. En el mismo sentido, Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO,

En este mismo sentido se ha pronunciado ROMEO CASABONA, cuando señala que «de *lege lata* es necesario encontrar algún criterio restrictivo con el fin de evitar la excesiva amplitud actual del tipo (...). Y es aquí donde el bien jurídico deberá desempeñar esa función delimitadora y restrictiva»⁵⁹. O dicho de otra forma, frente al entendimiento puramente formal y literal de las descripciones típicas, debe ser posible afirmar que «sólo han de considerarse verdaderamente típicas aquellas acciones que, además de coincidir con la descripción del tipo, constituyan acciones antinormativas que atentan contra el bien jurídico protegido, por ser lesivas o peligrosas para el mismo»⁶⁰.

Si para la consideración del ser humano prenatal como objeto de tutela penal se exige, junto a su localización en el útero materno, su viabilidad, la pérdida de dicha viabilidad en cualquier momento del desarrollo embrionario supondrá la pérdida de su protección, y en el caso de que ésta haya sido causada por una acción de un tercero, será la pérdida de viabilidad la que pueda determinar el momento de la consumación del delito de aborto⁶¹, y ello independientemente de que el embrión siga estando vivo desde un punto de vista biológico y pueda mantenerse así durante un tiempo, incluso fuera del útero materno. Ese individuo ha fallecido ya desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal⁶².

"Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1990, p. 20.

⁵⁹ Carlos María ROMEO CASABONA, "Los llamados delitos relativos a la manipulación genética: ¿Derecho penal simbólico?", en Carlos María Romeo Casabona (dir.), *Genética y Derecho, Estudios de Derecho Penal-36, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 341.*

⁶⁰ Blanca MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, Comares, Granada, 2001, pp. 392 y ss. y 429 y ss., con referencias jurisprudenciales que asumen este criterio.*

⁶¹ Cfr. en una línea similar, Susana HUERTA TOCILDO, "De ciertas incongruencias y aparentes paradojas en los delitos de lesiones al feto", en Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1430, nota 7.*

⁶² Cuestión distinta es que (con el fin de reducir, en la medida de lo posible, las consecuencias prácticas derivadas de la divergencia entre los conceptos social y jurídico-penal de aborto) sea conveniente esperar hasta el acaecimiento de su muerte biológica para que pueda procederse a condenar al autor por un delito de aborto, pero esta muerte biológica se entendería únicamente como una condición de procedibilidad, pues con ello únicamente se afectaría a la aplicación del Derecho penal, pero no a la existencia de un comportamiento que pueda ser objeto de sanción penal, tal y como mantiene José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General, III. Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 275 y ss. Este hecho, que diferencia las condiciones objetivas de punibilidad de presupuestos de procedibilidad o procesabilidad, es relevante no sólo desde un punto de vista meramente*

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que los arts. 144 y ss. CP se refieren al aborto de una mujer, por lo que se está refiriendo únicamente a actuaciones sobre seres humanos vivos y viables *in utero*. Por supuesto, la producción de la muerte de un ser humano viable *ex utero* dará lugar a un delito de homicidio, pues nos encontramos ante una persona.

Son varias, pues, las razones que nos llevan a declarar la atipicidad de la conducta de la persona que omite cualquier tipo de tratamiento en un feto *ex utero* considerado no viable.

Esta postura es plenamente consecuente con lo establecido en los ya conocidos arts. 13.2 de la Ley 35/1988 y 5.4 de la Ley 42/1988, según los cuales, sobre un embrión fuera del útero, si no es viable, podrán llevarse a cabo distintas actuaciones, aunque no favorezcan su desarrollo, pudiendo, incluso, ser donados a terceros con fines de experimentación.

Por supuesto, lo anterior no excluye otras posibles responsabilidades de naturaleza no penal que puedan producirse. Así, ciertas conductas realizadas sobre esos fetos *ex utero* vivos pero no viables puede dar lugar a sanciones administrativas si se incumple alguno de los requisitos exigidos por la Ley 42/1988, para poder utilizar dichos fetos. También puede plantearse la posibilidad de responsabilidad civil por los daños morales que puedan sufrir los progenitores durante el proceso de muerte del feto por cierto tipo de actuaciones del personal médico sobre éste o por una incorrecta información sobre su esta-

conceptual, sino también, como pone gráficamente de manifiesto Carlos MARTÍNEZ PÉREZ.: Las condiciones objetivas de punibilidad, *EDERSA, Madrid, 1989, pp. 103 y ss., desde la vertiente práctica, pues, como expone este autor, «(e) es cierto que la no materialización de la conducta de perseguibilidad impide que tenga lugar la imposición de la pena y, por ende, enerva la punibilidad; mas ello únicamente acontece de un sentido impropio y de modo indirecto (...): si se trata de una condición objetiva de punibilidad, se producirá un pronunciamiento del Tribunal sobre el fondo del asunto en el que procederá la absolución del sujeto por no existir un hecho delictivo; en cambio, en el supuesto de que no se cumpla un requisito de procedibilidad, el juez no abrirá el proceso o, en la hipótesis de que la apertura no se haya producido, lo paralizará sin pronunciarse sobre el fondo del asunto. En suma, una vez constatada la falta de la condición objetiva de punibilidad, queda definitivamente negada la existencia del delito o, en su caso, la agravación de la pena; por el contrario, la no verificación del requisito procesal despliega puramente el efecto de dejar imprejujada la acción, ya que el hecho sigue siendo en rigor punible —asi lo demuestra la circunstancia de que la condición para proceder puede cumplirse en un momento posterior y, en atención a ello, hacer factible la persecución del comportamiento punible». No obstante, no es presumible que esta situación no se produzca en la práctica, puesto que estos casos de embriones no viables su permanencia con vida es muy escasa y ya habrá fallecido cuando se pongan en funcionamiento los mecanismos judiciales.*

do de salud, de tal forma que se generen ciertas expectativas en los padres que puedan verse frustradas.

El fundamento jurídico de la no punibilidad de la omisión de tratamientos médicos vitales a recién nacidos viables gravemente discapacitados

Mucho más complicado que el caso anterior es el supuesto de omisión de un tratamiento médico a un ser humano *ex utero* vivo y viable, de tal forma que éste queda abocado irremediablemente a la muerte. Al tratarse de un ser humano nacido, en definitiva, de una persona, dicha conducta (omisiva) quedaría integrada en el tipo penal de homicidio⁶³.

Si nos quedamos aquí, habría que concluir que dicho comportamiento sería delictivo en todo caso y estaría, en consecuencia, prohibido. Sin embargo, y al margen de todas las consideraciones de carácter ético que surgen en torno a esta cuestión, la realidad nos demuestra cómo en nuestros hospitales no es extraño que en casos extremos se opte por esta solución. Es decir, los médicos que tratan a neonatos se plantean en muchas ocasiones si no es más correcto dejar morir a un recién nacido viable que presenta unas discapacidades de tal entidad que va a suponerle una vida totalmente desgraciada. Es más, se trata de discapacidades, en algunos casos, que van a impedir que dicho individuo tenga conciencia de sí mismo.

Nos encontramos, pues, ante valoraciones acerca de la “calidad de vida”, de tal forma que no es extraño que se omitan tratamientos médicos indispensables, esto es, se deje morir a recién nacidos para evitarle una vida llena de sufrimientos. Y esta decisión se toma de forma totalmente transparente, como la decisión médicamente más adecuada en el caso concreto.

Lo que se trata de dilucidar en este apartado es si los médicos que tratan al neonato están tomando una decisión (médica) contraria al Derecho y, en este caso, además, susceptible de sanción penal, o, si por el contrario, nos encontramos ante una conducta no punible, en cuyo caso, habrá que establecer el fundamento jurídico de la no punibilidad.

Ciertamente, se trata de una cuestión de difícil solución. En principio, parece que debe castigarse como autores de un homicidio en comisión por omisión, a los médi-

cos que dejan morir a un recién nacido cuando, pese a su viabilidad, las discapacidades que presenta le obligarían a llevar una vida con limitaciones extremas.

Lo cierto es que la ausencia de pronunciamientos de los tribunales (en cualquier sentido) sobre esta cuestión, parece indicar que la práctica de esta medida no está suponiendo un rechazo social ni, en lo que a nosotros respecta, un rechazo jurídico. Y ello aunque parezca evidente, a simple vista, la realización del tipo penal de homicidio en comisión por omisión.

Para que la omisión de un tratamiento médico causante de la muerte de una persona sea punible en comisión por omisión se requiere la existencia de una obligación jurídica de actuar. Esta obligación se determina por la posición de garante en la que se encuentra una persona en relación con la vida de otra. Como señala ROMEO CASABONA, «el deber jurídico de asistencia surge (*origen del deber de asistencia*), en principio, cuando la persona que atiende al sujeto necesitado del tratamiento guarde con éste una relación especial, que se conoce como “posición de garante”. Esta ha de entenderse como la situación de vulnerabilidad que se origina para el bien jurídico (en nuestro caso, la vida del paciente) como consecuencia de la particular relación que se establece entre el garante y este último (...)»⁶⁴. El dominio de esa vulnerabilidad de la vida o la salud del paciente se produce con la asunción del tratamiento.

Así pues, para poder condenar a una persona por un delito de homicidio en comisión por omisión (por ostentar una posición de garante), se requiere, entre otros requisitos⁶⁵, la ausencia de una acción tendente a evitar el resultado (el tratamiento médico indicado), seguida de la producción de dicho resultado (el fallecimiento), y la capacidad de acción, que comprende la capacidad de evitar el resultado (el tratamiento médico que se omite podría haber evitado el fallecimiento de la persona). Además, es igualmente necesario que el sujeto tuviera el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico⁶⁶.

⁶⁴ ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 440.

⁶⁵ Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General, III. Teoría jurídica del delito/2*, pp. 269 y ss.

⁶⁶ Carlos María ROMEO CASABONA, “Límites de los delitos de comisión por omisión”, en Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pp. 33 y 45..

⁶³ Cfr. JONSEN/SIEGLER/WINSLADE, *Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*, p. 232.

Lo cierto es que estas omisiones de tratamientos médicos en recién nacidos no presentan problemas muy diferentes a los supuestos en los que se trata de pacientes adultos. En primer lugar, tanto cuando se trata de recién nacidos considerados viables pero que están abocados a la muerte, como cuando se trata de adultos con enfermedades terminales (con previsión de fallecimiento inminente) sin capacidad de recuperación o que presentan lesiones de tanta gravedad que no existe capacidad de salvación, la omisión de cualquier tipo de tratamiento por parte del médico no sería punible. Según la doctrina, la iniciación, continuación o ampliación de un tratamiento es exigible únicamente cuando exista la posibilidad por parte del médico, atendiendo al estado de la ciencia médica y de los medios disponibles, de cumplir su función curativa. En caso contrario, no existe el deber de tratar⁶⁷. Como señala NÚÑEZ PAZ, el médico no puede estar obligado a la prosecución *ad infinitum* de un tratamiento artificioso. La omisión de tal prosecución es, por el contrario, una conducta perfectamente adecuada a Derecho⁶⁸.

Se trata, pues, de establecer que tipo de conductas le son exigibles al médico o, dicho de otra forma, hasta donde alcanza su deber de asistencia. De esta forma, la inexigibilidad de realizar un determinado acto médico elimina la posición de garante. A este respecto, es conveniente aclarar, como hace SILVA SÁNCHEZ, que «la inexigibilidad no es en la omisión una mera causa de exculpación. Al contrario, es elemento integrante del tipo (...). La exigibilidad opera también en la comisión por omisión, interviniendo en la configuración de las posiciones de garante (...)»⁶⁹.

En tales casos, el médico únicamente tendría medios para alargar artificialmente el momento de la muerte, incurriendo quizás en lo que se ha denominado como encarnizamiento terapéutico (prolongación de la agonía del enfermo)⁷⁰, que pueden llegar a ser considerados como

tratos inhumanos y degradantes⁷¹. Ello no es óbice, por supuesto, para seguir manteniendo la existencia de unos deberes médicos de actuación, pero que no serán deberes de tratamiento, sino deberes de cuidado, dirigidos a paliar los dolores y a hacer más llevadero en proceso irremediable hacia la muerte.

Sin embargo, cuando se trata de omitir tratamientos médicos que podrían salvar la vida del paciente, la vía más sencilla para eliminar la posición de garante es el rechazo de un tratamiento vital por parte del propio paciente. Ello no plantea excesivos problemas si éste está consciente y es plenamente capaz⁷². En tal caso, el rechazo del tratamiento médico, tras haber sido adecuadamente informado de las consecuencias del mismo, elimina la posición de garante del médico en relación con la vida o salud del paciente⁷³, sin perjuicio que, como en el caso anterior, puedan exigirse unos cuidados paliativos.

La cuestión se complica cuando se trata de un paciente incapaz o inconsciente. En tales casos, el consentimiento de la intervención médica deberán prestarlo los familiares o personas vinculadas de hecho con el paciente⁷⁴. En realidad, ese consentimiento no debe expresar la voluntad de quién lo presta, sino que debe ser una manifestación de la voluntad del propio paciente. El médico debe procurar que los familiares o personas vinculadas de hecho con éste tomen la decisión que el paciente hubiera deseado⁷⁵. Este proceso de toma de decisiones se facilita en gran medida si el paciente había emitido “instrucciones previas” previendo dicha eventualidad, de tal forma que su voluntad ha sido manifestada indubitablemente con anterioridad al acontecimiento en cuestión⁷⁶. Por supuesto, ante la duda, siempre cabe acudir a la autoridad judicial,

⁶⁷ ROMEO CASABONA, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, p. 442; NÚÑEZ PAZ, Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, pp. 79 y ss.

⁶⁸ NÚÑEZ PAZ, Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, pp. 81 y 88.

⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal del médico por omisión”, p. 4.

⁷⁰ Según ROMEO CASABONA, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, p. 442, este encarnizamiento terapéutico, si bien normalmente no daría lugar a un delito de coacciones, sí podría incurrir en una falta de maltrato de obra.

⁷¹ ROMEO CASABONA, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, p. 445.

⁷² Cfr. Carlos María ROMEO CASABONA, “Los derechos de los pacientes (I): información clínica y autonomía del paciente”, en Juan M.ª Pemán Gavin (dir.), Derecho sanitario aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón, Volumen I, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 190 y ss.

⁷³ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal del médico por omisión”, La Ley, n.º 1632 (1987), p. 4.

⁷⁴ Cfr. art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP).

⁷⁵ Cfr. María del Carmen GÓMEZ RIVERO, La responsabilidad penal del médico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 557 y s.

⁷⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal del médico por omisión”, p. 5. Sobre la posibilidad de emitir instrucciones previas, vid. art. 11 LAP.

que normalmente, en estos casos, deja en manos del médico la adopción de éste considere más adecuada desde el punto de vista médico. El médico puede solicitar igualmente el asesoramiento del Comité Asistencial de Ética del hospital, cuando exista.

A veces el médico no puede conocer la voluntad del paciente adulto, bien porque no es posible localizar a ningún familiar que actúe como interlocutor válido, bien porque los familiares no pueden aportar esta información por desconocimiento. Esto mismo acontece en el caso de los recién nacidos, con la salvedad de que en este caso nadie puede conocer cual sería la voluntad del mismo. En tales casos, la postura que adopten los familiares o, en nuestro caso, los padres (o representantes legales, a falta de padres) del niño es fundamental. Si ésta difiere de la postura del médico, siempre puede acudir, como en el caso anterior, al juez para que dirima la controversia.

En cualquier caso, la decisión no puede depender exclusivamente de la voluntad manifestada por los familiares. Por ello, cuando no exista un rechazo del tratamiento indubitado por parte del paciente, el médico no puede perder la posición de garante, debiendo ir dirigida su actuación a la protección de la salud y la vida de éste.

En definitiva, cuando el paciente no se encuentre en fase terminal y existan medios adecuados de tratamiento que permitan la mejora de la salud del paciente existe la obligación de tratarle y de hacer lo posible para salvar su vida. Así pues, si existen perspectivas de mejora, persistirá la obligación de tratamiento⁷⁷. En caso de conflicto con la voluntad de los sujetos que sustituyan la voluntad del paciente, deberá ser el juez quien decida.

Ahora bien, en estos casos conviene plantearse hasta dónde llega el deber de actuar del médico o mejor, el deber de asistencia médica. Es decir, la atribución de responsabilidad en los casos de comisión por omisión se fundamenta en la no realización de un comportamiento exigible a quien lo omite. La cuestión que surge ahora es si los médicos tienen obligación de llevar a cabo todas las intervenciones médicamente posibles para salvar la vida de un paciente, independientemente de cuáles sean los resultados y cuál sea la situación en la que quede el paciente tras dicha intervención. O si por el contrario, el deber de asistencia médica tiene un límite, de tal forma que en casos extremos, el comportamiento médicamente indicado sea precisamente no actuar, aunque ello derive

⁷⁷ ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 441.

necesariamente en una muerte que, de otra manera, podría haberse evitado, aunque reduciendo en una gran medida la calidad de vida del paciente. Esta necesaria reflexión se presenta en el caso de tratamiento a neonatos pero, como puede observarse, es igualmente aplicable a pacientes adultos.

La solución no es, en absoluto, sencilla y, sin embargo, las consecuencias prácticas son enormes. En concreto, la existencia o no de posición de garante (dependiendo de si había o no una obligación de intervenir) y con ello, la existencia o no de responsabilidad penal (por un delito de homicidio). Reiterando lo dicho anteriormente, la inexistencia de una posición de garante del médico no eliminaría, en cualquier caso, su deber de asistencia médica, que ya no sería salvar la vida a toda costa, sino paliar los efectos negativos de la falta de tratamiento⁷⁸.

Así pues, y centrándonos ya en el caso que ahora nos ocupa, es necesario determinar si los médicos tienen el deber de tratar en todo caso a un recién nacido, aun sabiendo que el resultado de esa actuación, que mantendrá con vida al paciente, limitará en gran medida su calidad de vida. Aquí se plantea el problema de lo indeterminado del concepto "calidad de vida", con connotaciones claramente subjetivas, puesto que implica un juicio de valor⁷⁹.

El Grupo de Trabajo de la Sociedad Española de Neonatología sobre Limitación del Esfuerzo Terapéutico y Cuidados Paliativos en recién nacidos elaboró hace pocos años un informe titulado "Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico"⁸⁰. En la introducción del mismo se dice lo siguiente: «Los avances ocurridos en los últimos años en medicina neonatal han determinado un aumento importante en la supervivencia de niños que hasta hace poco tiempo morían de forma irremediable. De forma paralela se ha ido suscitando un debate creciente sobre lo apropiado del uso de la alta tecnología en la asistencia de los recién nacidos críticos, pues en muchos casos, no todo lo que es posible desde el punto de vista técnico, es adecuado a los intereses del paciente. Con frecuencia se plantean, en determinadas situaciones, serias dudas sobre el posible beneficio de iniciar o continuar tratamiento intensivo o

⁷⁸ COUCEIRO VIDAL, "¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?", p. 506.

⁷⁹ COUCEIRO VIDAL, "¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?", p. 506. Vid. JONSEN/SIEGLER/WINSLADE, *Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*, pp. 183 y ss.

⁸⁰ "Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico", pp. 547 y ss.

medidas de soporte vital. El empleo de la tecnología permite, a veces, prolongar la vida del paciente durante un periodo de tiempo variable. En ocasiones, lo que realmente se prolonga es el proceso de morir o se consigue que el paciente sobreviva con una grave afectación neurológica u otro tipo de secuelas que comprometen seriamente su calidad de vida, con un coste muy elevado en términos de sufrimiento para el paciente, emocional para su familia y para el personal que le atiende, y de recursos para la sociedad. Cuando la incertidumbre es alta, esas decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico (LET) son polémicas y difíciles de tomar, generando gran estrés intelectual y emocional en las personas que tienen la responsabilidad de decidir»⁸¹.

Para ROMEO CASABONA, «la acción médica en un recién nacido o un niño habrá de basarse desde un punto de vista jurídico en las posibilidades de lograr los objetivos sanitarios propios de la función médica, esto es, de mejorar la salud del niño o mantener su vida, pero no en la calidad de vida que previsiblemente desarrollará en el futuro, con las mismas ponderaciones que se harían en relación con un adulto inconsciente o sin capacidad para consentir»⁸².

Aquí vuelve a plantearse el mismo problema al que hacíamos referencia más arriba. Es decir, nuevamente hay que fijar los límites del deber de asistencia⁸³. En mi opinión, tratándose de recién nacidos, no están justificadas todas las medidas dirigidas a salvaguardar la vida del mismo. Los médicos no tienen la obligación (no les es exigible) de salvar la vida del niño a toda costa, aun limitándose de forma extrema las capacidades de desarrollo y autodeterminación del mismo⁸⁴. Es más, la práctica médi-

ca demuestra que el pronóstico de la calidad de vida futura del niño tiene relevancia en la decisión de limitar el esfuerzo terapéutico⁸⁵. A este respecto, afirma MOLINA que no parece posible poder prescindir del pronóstico sobre la calidad de vida futura a la hora de plantearse un uso responsable de la nueva neonatología⁸⁶.

Por supuesto, la decisión de omitir un tratamiento concreto debe basarse en criterios razonables y razonados de carácter médico⁸⁷ y debe contarse con el consentimiento de los padres del recién nacido⁸⁸, que son los que deben valorar si la situación de discapacidad planteada por el equipo médico (de carácter objetivo)⁸⁹ entra en sus parámetros de ausencia de calidad de vida.

⁸⁵ En el informe "Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico", p. 550, se recogen los criterios utilizados por los responsables de la decisión de LET: «el mal pronóstico vital del paciente en 136 pacientes (79,5%); la mala calidad de vida actual en 64 (37,4%); la mala calidad de vida futura en 82 (48%) y los factores externos al paciente (entorno sociofamiliar desfavorable, consecuencias para la familia, coste de la asistencia, etc.) en 9 (5,3%). Al considerar el peso que tuvo en la decisión cada uno de esos criterios de modo individual, se encontró que la baja probabilidad de supervivencia del paciente fue el único criterio utilizado en el 50,3% de los casos, las consideraciones sobre la calidad de vida actual y futura en el 17,6% y no hubo ningún caso en el que de forma exclusiva se mencionaran los factores externos al paciente».

⁸⁶ MOLINA, "Consideraciones éticas en el periodo neonatal", p. 54. De la misma opinión, COUCEIRO VIDAL, "¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?", p. 505: «Ciertamente la vida es uno de los bienes más importantes, pero no es el único ni tiene carácter absoluto, y puede entrar en conflicto con otros valores no menos importantes, como la libertad de conciencia, o la calidad que cada uno puede asumir en su propia vida».

⁸⁷ COUCEIRO VIDAL, "¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?", p. 506.

⁸⁸ Cfr. en este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal del médico por omisión", p. 5; Mercedes GÓMEZ PELLICO, "Decisiones difíciles en neonatología. Una aproximación ética", en Jorge José Ferrer/Julio Luis Martínez (eds.), Bioética: un diálogo plural. Homenaje a Javier Gafo Fernández, S.J., Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2002, pp. 106 y s.; MOLINA, "Consideraciones éticas en el periodo neonatal", p. 55; COUCEIRO VIDAL, "¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?", p. 506.

⁸⁹ De la misma opinión, MOLINA, "Consideraciones éticas en el periodo neonatal", p. 55: «En aquellas situaciones en las que se establezca un pronóstico razonablemente malo (pero con certeza), en la que los médicos aconsejen una interrupción del tratamiento y los padres, una vez bien entendida la situación, decidan proseguir, creemos que debe respetarse la decisión de los padres. La incerteza del pronóstico y el alto grado de compromiso de los padres que, conociendo bien el alto riesgo de secuelas, prefieren que su hijo sobreviva justifica esta actitud»; COUCEIRO VIDAL, "¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?", p. 506: «Los criterios de calidad pueden estar más o menos claros, pero qué nivel de incapacidad motora o cognitiva se aceptará para ese niño es un juicio subjetivo de calidad de vida que sólo los afectados pueden realizar, y como en este caso hablamos de niños que no tienen sistema de valores propio, sus padres son, como representantes del niño, los primeros a tener en cuenta a la hora de tomar la decisión».

⁸¹ "Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico", p. 548. Este trabajo posee una gran relevancia, pues se trata de «un estudio que por el número de hospitales participantes correspondientes a diversas regiones españolas y el elevado número de pacientes estudiados [330], es probable que, en buena medida, refleje la práctica clínica habitual en España» (pp. 550 y s.)

⁸² ROMEO CASABONA, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, p. 466.

⁸³ Como dice a este respecto NÚÑEZ PAZ, Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, p. 90, «el problema de la omisión del tratamiento es el de establecer las condiciones y límites de la aplicación, continuación e interrupción del tratamiento».

⁸⁴ Así también, SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal del médico por omisión", p. 5, según el cual, ante la perspectiva de una vida futura deficiente y dolorosa podría afirmarse la inexigibilidad de una conducta médica dirigida a la salvación o prosecución del tratamiento; COUCEIRO VIDAL, "¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?", p. 505, para quién, aunque exista la posibilidad técnica de mantener la vida, ello no debe hacerse siempre y en toda situación.

Con esta doble exigencia se evitarían los posibles excesos a los que puede dar lugar esta tesis. Por un lado, al exigirse que se trate de una discapacidad especialmente relevante, cuya determinación debe fundarse en criterios de carácter médico y científico, se evita que los padres puedan decidir en todo caso sobre la vida del recién nacido y se asegura que la decisión se adopte atendiendo a lo que se considera mejor para el niño (aunque también se tengan en cuenta para tomar la decisión otros intereses). Por otro lado, al exigirse la autorización de los padres para omitir el tratamiento, se elimina cualquier resquicio de selección estatal de niños recién nacidos, que atiendan a distintos intereses (por ejemplo, de carácter económico, dado el enorme gasto que supone la atención sanitaria de dichas personas a lo largo de toda su vida).

Evidentemente, el principal problema es determinar el grado de discapacidad previsto para poder justificar la ausencia del tratamiento. Algún autor ha puesto el acento en la capacidad relacional futura del niño. De esta forma, no habrá que actuar para mantener con vida a un recién nacido cuando existe un daño probadamente irreversible de tal magnitud que no existe perspectiva alguna de que el niño llegue a alcanzar la capacidad de la percepción y la comunicación⁹⁰. Otros se fijan exclusivamente en las perspectivas de mejora, atendiendo al mismo tiempo a lo desproporcionado del esfuerzo en razón del sufrimiento acompañante⁹¹.

En neonatología, el criterio relevante que interpreta la calidad de vida se conoce como “mejor interés del paciente”⁹². Este criterio consiste en establecer si, para un recién nacido concreto, la muerte es mejor opción que la vida que se le puede ofrecer⁹³, y exige en cada caso un análisis de beneficio-riesgo de las posibles opciones en relación con el pronóstico del paciente⁹⁴.

⁹⁰ Arthur KAUFMANN, “¿Relativización de la protección jurídica de la vida?”, en Santiago Mir Puig (ed.), *Avances de la medicina y derecho penal*, PPU, Barcelona, 1988, p. 46.

⁹¹ Vid. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 470.

⁹² “Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico”, pp. 551 y s. Vid. también, GÓMEZ PELLICO, “Decisiones difíciles en neonatología. Una aproximación ética”, pp. 105 y s.; JONSEN/SIEGLER/WINSLADE, *Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*, p. 201.

⁹³ MOLINA, “Consideraciones éticas en el periodo neonatal”, p. 54.

⁹⁴ “Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico”, p. 552. En cualquier caso se trata de una decisión muy complicada. Como índice este mismo estudio, «es

En mi opinión, el tratamiento médico podrá omitirse, con el consentimiento de los padres, aunque ello suponga producir la muerte de un recién nacido que, de otra manera, hubiera seguido viviendo, siempre que la situación en la que quedaría la persona tras el tratamiento, le dejaría en un estado en el que se elimina o se limitan de forma extrema la capacidad relacional de dicho individuo con el entorno por causas tanto físicas (intervención en la columna vertebral que le salvará la vida a costa de padecer una tetraplejia; reanimación de un niño con una grave lesión de la médula espinal que impide cualquier movimiento corporal; amputación de extremidades debido a una isquemia que, de otra forma, supondría la muerte) como psíquicas (tratamiento de un infarto cerebral que probablemente de limiten gravemente sus posibilidades de comunicación y entendimiento)⁹⁵. Así, por ejemplo, el Grupo de Reanimación Cardiopulmonar de la Sociedad Española de Neonatología, estima que existe un amplio consenso de no iniciar la reanimación en enfermedades tales como las trisomías 13 y 18 confirmadas⁹⁶.

necesario recordar que al igual que en medicina del adulto existe un importante cuerpo de doctrina sobre decisiones de no tratamiento, no ocurre lo mismo en medicina neonatal; pues, si bien es cierto que disponemos de diversos documentos de consenso recientes sobre recomendaciones de actuación, tanto a nivel nacional como internacional, la tarea pendiente al respecto es todavía importante».

⁹⁵ Cfr. MOLINA, “Consideraciones éticas en el periodo neonatal”, p. 54; COUCEIRO VIDAL, “¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?”, p. 506 («Criterios como un grave retraso físico e intelectual, la ausencia de una mínima capacidad para establecer relaciones con el entorno, la inmovilidad o la ausencia de un desarrollo cognitivo o motor, pueden constituir el estándar de una mala calidad de vida»).

⁹⁶ “Recomendaciones en reanimación neonatal”, p. 74. La trisomía 18 y la trisomía 13 son trastornos genéticos que presentan una combinación de defectos congénitos que incluyen retraso mental grave, así como problemas de salud que comprometen a casi todos los sistemas orgánicos del cuerpo. Entre el 20 y el 30 por ciento de los bebés que nacen con trisomía 18 o trisomía 13 mueren durante el primer mes de vida, y el 90 por ciento muere al año. Es importante destacar que entre el 5 y el 10 por ciento de los bebés con trisomía sobreviven al primer año de vida. Por lo tanto, estos trastornos no son fatales en todos los casos y, ante la ausencia de problemas inmediatos que pongan en peligro la vida, es difícil hacer predicciones precisas respecto de la expectativa de vida. Existen algunos informes sobre bebés con trisomía 18 o 13 que sobrevivieron hasta la adolescencia. Sin embargo, estos casos son poco frecuentes.

Los bebés con trisomía 18 son delgados y frágiles. No pueden desarrollarse y padecen problemas de alimentación. La trisomía 18 provoca microcefalia, con la parte posterior de la cabeza (occipucio) prominente. Las orejas suelen encontrarse más abajo de lo normal en la cabeza. La boca y la mandíbula suelen ser pequeñas y el esternón (hueso del tórax) es más corto. Cuando nacen, estos bebés son pequeños para su edad, aun cuando hayan nacido en término, y poseen un llanto débil. Presentan una disminución en la respuesta al sonido y suelen existir antecedentes de actividad fetal poco frecuente durante la gestación. Alrededor del 90 por ciento de los bebés con trisomía 18 poseen defectos cardíacos. Aprietan los puños de una manera característica y les resulta dificultoso extender los dedos por completo. Suelen presentar contractu-

En definitiva, si la omisión del tratamiento se realiza de la forma indicada (criterios médicos objetivos, acompañados de consentimiento de los padres), la omisión del tratamiento necesario para salvar la vida del neonato es médicamente adecuada (no existe deber jurídico de realizarlo y desaparece, en consecuencia, la posición de garante del médico a tales efectos), y no debería ser objeto de sanción penal, pese a la producción de un resultado lesivo, la muerte del paciente.

Por supuesto, en caso de duda o conflicto, siempre será posible pedir la intervención del Comité Asistencial de Ética y, en última instancia, acudir a la autoridad judi-

ras en las articulaciones - donde los brazos y las piernas se encuentran flexionados en lugar de extendidos. Los pies pueden llamarse "de base redondeada" debido a su forma. Los bebés con trisomía 18 también pueden presentar espina bífida (en el 6 por ciento de los casos), problemas oculares (en el 10 por ciento de los casos), labio leporino y paladar hendido (en la mayoría de los casos) y pérdida de la audición (en la mayoría de los casos). También son frecuentes los problemas para alimentarse, el crecimiento lento, las convulsiones (alrededor del 30 por ciento de los casos en el primer año), presión sanguínea alta, problemas renales y escoliosis (curvatura de la columna vertebral). En los varones, los testículos no descienden al escroto. La mayoría de los bebés con trisomía 18 presenta problemas que afectan a todas las partes del cuerpo en algún grado. La mayoría de los niños con trisomía 18 presentará alguno de los problemas de salud, pero no todos, mencionados anteriormente. Los problemas cardíacos, las dificultades en la alimentación y la mayor susceptibilidad a contraer infecciones son factores que, con frecuencia, contribuyen a la muerte de estos niños.

Los bebés con trisomía 13 suelen tener un bajo peso al nacer, aun cuando hayan nacido en término. Presentan microcefalia, con una frente prominente. En general, existen problemas estructurales importantes en el cerebro que se diagnostican al poco tiempo del nacimiento. Con frecuencia, la parte frontal del cerebro no se divide correctamente, lo que resulta en un trastorno denominado holoprosencefalia. Esto puede producir cambios en el desarrollo del rostro del bebé, donde los ojos se encuentran muy juntos, o la nariz o las fosas nasales no se desarrollan completamente. El labio leporino y el paladar hendido se presentan en un 60 a un 80 por ciento de los bebés con trisomía 13. Son frecuentes los problemas oculares y las orejas se encuentran ubicadas más abajo de lo normal y poseen una forma poco común. A veces, los bebés con trisomía 13 pueden presentar anomalías en el cuero cabelludo (aplasia cutis) que se asemejan a las úlceras. También pueden presentar marcas de nacimiento que son de un color rojo púrpuro, formadas por vasos sanguíneos diminutos ubicados cerca de la piel (hemangiomas). Muchos bebés con trisomía 13 presentan dedos adicionales en las manos y en los pies (polidactilia). Los pies pueden presentar talones prominentes. En el 80 por ciento de los casos, existen otros problemas de salud presentes al nacer. Estos incluyen defectos cardíacos, problemas renales y/o un onfalocele (un trastorno en el cual algunos de los órganos abdominales sobresalen a través de un orificio en los músculos abdominales en la zona del cordón umbilical). En los varones, los testículos no descienden al escroto. Las mujeres pueden presentar un útero deforme, llamado útero bicorne.

Con esta sintomatología y la alta probabilidad de muerte prematura podría, incluso, plantearse ya la condición de viables de estos sujetos. Como se dijo, ante la duda, ya que en algunos casos estos niños puede vivir varios años, deberíamos inclinarlos por entender que se trata de seres humanos viables pero con una reducida calidad de vida. En cualquier caso, lo mejor será atenderse a cada caso en concreto.

cial⁹⁷, la cual también podrá revisar con posterioridad la decisión médica si se incoa un proceso tras tener conocimiento de la muerte del recién nacido, proceso en el cual habrá que justificar la decisión médica. Esta vía elimina o reduce el riesgo de exceso en la omisión de tratamientos de forma indiscriminada.

Distinto del supuesto analizado es el caso de que lo que se omita no sea un tratamiento dirigido a salvar la vida del recién nacido, sino ya cualquier tipo de asistencia no estrictamente médica que derive en el fallecimiento del mismo. En estos casos, la decisión no es ya una falta de actuación médica necesaria, sino la omisión de meros cuidados asistenciales a recién nacidos viables sin que requieran cuidados extraordinarios (por ejemplo, omitir la lactancia o dejarlo morir de frío por no tapanlo adecuadamente). La cuestión de fondo es la misma, pero creo que la solución del problema no puede ser coincidente.

En efecto, en ambos casos nos encontramos ante un recién nacido con graves malformaciones o discapacida-

⁹⁷ NÚÑEZ PAZ, Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, p. 95. Si la intervención es de carácter urgente, ésta podrá ampararse en un estado de necesidad. Para GÓMEZ PELLICO, "Decisiones difíciles en neonatología. Una aproximación ética", p. 108, «a la actuación de los jueces, aunque a veces es necesaria, debiera recurrirse sólo en casos muy excepcionales (...). En general, es mejor confiar en la responsabilidad profesional del equipo que trata al neonato y en los padres, para decidir sobre el mejor interés del recién nacido, y dejar en segundo y tercer lugar los intereses de la familia y la sociedad».

Para MOLINA, "Consideraciones éticas en el periodo neonatal", p. 56, «cuando el pronóstico de vida o de futuro son, con seguridad, muy malos, los médicos deben insistir en que se interrumpa el tratamiento. El que unos padres se opongan probablemente sólo indica que necesitan más información o más tiempo para decidirse y no suelen generarse problemas importantes. Sin embargo, frente a situaciones muy claras de tratamiento inútil (o fútil) que comporte sufrimiento físico importante para el recién nacido, y oposición persistente de los padres a interrumpirlo, debería plantearse una acción legal que autorizara a hacerlo. Se trata, no obstante, de un conflicto poco frecuente en la clínica».

También puede ocurrir, sin embargo, que los neonatólogos sean partidarios de tratar (iniciar o continuar un tratamiento) y los padres se opongan a ello. «Es cierto que a la hora de no autorizar el tratamiento algunos padres pueden estar valorando intereses que no son propiamente del niño (rechazo a una carga familiar o emocional en caso de tener un hijo deficiente, preocupación por la pareja, por la imagen social), pero lo mismo puede ocurrir a nivel del equipo médico (querer tratar por justificar la inversión en alta tecnología, por mejorar la estadística de mortalidad, por la imagen frente a otros colegas del hospital, por creencias religiosas, por no querer asumir el riesgo de equivocarse) (...). Puesto que en estas situaciones nadie tiene la verdad absoluta, los clínicos deben pensárselo muy bien antes de plantear definitivamente un conflicto de decisiones con los padres. Antes deben cuestionarse si los padres han entendido realmente la situación, si necesitan consultar con alguien más, si necesitan más tiempo, si basan su decisión en el afecto hacia su hijo, pensando que es lo mejor para él, y si su decisión es tan poco razonable como para plantearse remitir al recién nacido a otro centro donde apoyen su opinión o como para pedir una orden legal para proteger al recién nacido» (MOLINA, "Consideraciones éticas en el periodo neonatal", p. 56).

des, y en ambos casos se presupone que la calidad de vida del mismo será muy escasa. Sin embargo, existe una diferencia muy relevante en ambos casos. Mientras en el primero, el mantenimiento con vida del niño requiere una intervención médica (el recién nacido presenta una isquemia que requiere la amputación de los brazos y las piernas), en el segundo no (el recién nacido presenta ausencia de brazos y piernas pero ello no limita ninguna función orgánica y es plenamente viable en tales condiciones), bastando con los cuidados esenciales. No se trataría ya de una limitación del esfuerzo terapéutico, puesto que no existiría asistencia terapéutica.

La posición de garante del médico puede desaparecer cuando la acción que se omite es una actuación médica⁹⁸. Pero esa posición de garante no puede eliminarse cuando el comportamiento que se omite es una obligación de asistencia ordinaria, deber de asistencia y cuidado que, por otro lado, iría más allá del ámbito sanitario (deber de asistencia al desvalido). Indudablemente, el comportamiento que le exige al médico en el primer caso es de mucha mayor intensidad que el segundo, y no son exigencias comparables.

Por supuesto, también serán punibles los comportamientos activos dirigidos a producir la muerte del recién nacido con graves discapacidades⁹⁹, tanto si quien realiza la acción es un médico, como si son los padres del niño, sin perjuicio de que en este último caso pudiera plantearse una reducción de la pena atendiendo a una eventual reduc-

⁹⁸ Por actuación médica se entiende, a estos efectos, tanto no iniciar un tratamiento médico (con las posibles opciones siguientes: a) no reanimación; b) no inicio de cuidados intensivos; c) no intervención quirúrgica; y d) no inicio de nuevos tratamientos, con mantenimiento del tratamiento actual), como la retirada del soporte vital. Cfr. "Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico", p. 549. Según este mismo estudio, «en la práctica, parece que existe mayor dificultad en retirar un tratamiento ya instaurado que en no iniciarlo, dificultad que probablemente tiene una causa más psicológica que racional». A efectos jurídicos, la doctrina mayoritaria entiende que la actuación consistente en la retirada del soporte vital, debe tratarse como una omisión de tratamiento y no como un comportamiento activo. Vid. a este respecto, Claus ROXIN, "Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia", en C. Roxin/F. Mantovani/J. Barquín/M. Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Comares, Granada, 2002, pp. 14 y ss. («Y es que de acuerdo con su significado social el suceso se muestra como la interrupción del tratamiento y, por tanto, como la omisión de una actividad adicional. La frontera entre una eutanasia activa punible y la pasiva impune no debe extraerse del criterio naturalístico consistente en el desarrollo o no de movimientos corporales. Más bien depende de si normativamente es interpretable como un cese del tratamiento, pues entonces existe una omisión en sentido jurídico (...)»).

⁹⁹ ROMEO CASABONA, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, pp. 468 y s.; NÚÑEZ PAZ, Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, p. 90.

ción de la capacidad de culpabilidad de los mismos. Estos supuestos de eutanasia neonatal están claramente prohibidos en nuestro ordenamiento jurídico, no pudiendo ser la "calidad de vida" un argumento suficiente para declarar la atipicidad o justificar dicha conducta.

VII. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL CASO DE OMISIÓN DE TRATAMIENTOS MÉDICOS A SERES HUMANOS EX UTERO

A pesar de lo dicho anteriormente, el hecho de la omisión de un tratamiento médico a un ser humano *ex utero* (viable o no viable) pueda ser una conducta no punible, no excluye toda responsabilidad penal, pues puede ocurrir que el médico (quien decide no comenzar o continuar un tratamiento, o un tercero que ha intervenido en la gestación y nacimiento del niño) haya incurrido en alguna otra conducta delictiva. Sin ánimo de exhaustividad, y sin entrar a valorar problemas específicos que puedan plantearse en cada situación, podemos hacer referencia a los siguiente casos.

1. Intento de producir la muerte antes del nacimiento, sin éxito

Las graves deformidades o discapacidades que sufre el individuo vivo pueden haberse producido por una actuación previa al nacimiento dirigida a producir su muerte, esto es, a interrumpir el embarazo de la mujer, o bien a lograr la inviabilidad del mismo, con el fin de que no sea tratado tras el nacimiento y fallezca.

En tal caso, podría castigarse la actuación que produjo como resultado las graves lesiones que sufre el niño y que han justificado la omisión de cualquier tipo de tratamiento médico. Así, y sin ánimo de exhaustividad, pueden ser aplicables las siguientes figuras delictivas, dependiendo de distintas variables:

a) Puede suceder que la intención del autor fuera producir un aborto, pero esto no llega a suceder, produciéndose, sin embargo, unas lesiones al feto debidas a la intervención realizada, lesiones de tal gravedad que éste fallece fuera del útero.

Para un sector de la doctrina estaríamos ante un delito de aborto doloso en grado de tentativa, ya que quien efectivamente fallece es una persona y no un feto, en concurso con unas lesiones al feto imprudentes. Es más, si se mantiene que quien ha fallecido es una persona, podría

hablarse, mejor que de unas lesiones al feto imprudentes, un homicidio imprudente.

No obstante, parece más correcta la solución que ofrecen aquellos autores que defienden un concepto amplio de aborto, según el cual, bastaría que la muerte (acaecida tras el nacimiento) sea consecuencia de una acción prenatal¹⁰⁰. En tal caso, en el supuesto planteados nos encontraríamos ante un delito de aborto consumado. Es más, incluso esta teoría es susceptible de revisión, pues, según lo expuesto anteriormente, para la consumación del delito de aborto no habría que esperar a la muerte natural del feto, sino al momento en el que éste deja de ser biológicamente viable. De esta forma, la cuestión no es mantener un concepto amplio de aborto sino un concepto de aborto propio a efectos penales (el aborto consistiría en la pérdida de viabilidad biológica del ser humano vivo no nacido). De nuevo se produce una discordancia entre los conceptos social y jurídico de un término concreto (como sucede con el de “nacimiento”).

b) Si la intención del autor era producir unas lesiones al feto, de tal forma que “nazca” un niño vivo con tales deficiencias que lo hagan inviable, y fallezca una vez nacido, en tal caso estaríamos realmente ante un aborto doloso consumado, siendo las lesiones al feto un medio para conseguir el fin pretendido. Y ello aunque la persona pensara que se trataba de un homicidio al querer la muerte de un ser humano nacido (delito putativo)¹⁰¹

c) Finalmente, también puede ocurrir que la no viabilidad del recién nacido tenga su origen en unas lesiones al feto ocasionadas por imprudencia. Ahora bien, puesto que el resultado efectivamente producido es la muerte de un ser humano (o mejor, la pérdida de su viabilidad, que es lo que justifica su protección penal), habrá que decantarse por un aborto imprudente.

2. Incorrecta actuación médica durante el parto o con posterioridad al mismo

Un supuesto más realista es que el comportamiento médico que produce la muerte del sujeto se haya producido durante las maniobras del parto, de tal forma que se producen unas lesiones de tal importancia de llevan aparejada la decisión médica de omitir cualquier tratamiento, con la consiguiente muerte.

En este caso, deben diferenciarse dos supuestos diferentes. El primero de ellos se refiere al caso de que las lesiones producidas sean de tanta gravedad que la asistencia médica únicamente puede retrasar el momento de la muerte, lo cual justifica la limitación del esfuerzo terapéutico y el recién nacido fallece. Al producirse el comportamiento lesivo en un ser humano vivo durante la maniobra de extracción del mismo del útero materno, o incluso antes, pero ya comenzadas las contracciones, estaríamos ante un delito de homicidio, normalmente imprudente, pues el sujeto sobre el que se actúa, aunque aún se encuentre dentro del útero, y siempre que fuera viable, a efectos jurídicos ya ha nacido, por lo que la muerte se le causa a una persona.

Otro supuesto diferente sería aquél en el cual los daños sufridos en el sujeto durante las maniobras del parto le produzcan lesiones graves pero no incompatibles con la vida. El resultado lesivo serían pues unas lesiones del art. 149 CP en relación con el art. 152.2º CP, al tratarse de una conducta imprudente. La eventual limitación del esfuerzo terapéutico autorizada por los padres con la consiguiente muerte no puede modificar el título de imputación en relación con el autor del delito y sancionarle por un homicidio imprudente. La pena, en cualquier caso, es muy similar.

VIII- CONCLUSIONES

Las cuestiones que se plantean en torno al origen de la vida humana son quizás las más complejas a las que se enfrenta el Derecho. Uno de los problemas que se plantean en este ámbito es el referido al tratamiento jurídico de las conductas realizadas en torno al ser humano vivo *ex utero* tras el parto y la relevancia penal de la decisión de no asistir médicamente a dicho sujeto con la voluntad de que sobrevenga la muerte. Esto puede acontecer, fundamentalmente, cuando se trata de recién nacidos con graves discapacidades a los que se les augura una escasa calidad de vida futura.

¹⁰⁰ Defienden un concepto amplio de aborto, Elena FARRÉ TREPAT, “Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1990, p. 354; Fátima FLORES MENDOZA, “El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995”, Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 2 (1995), pp. 195 y s.; Enrique PEÑARANDA RAMOS, “La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo”, Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 11 (2003), pp. 186 y ss.; LÜTTGER, Medicina y Derecho penal, p. 75. Vid. más ampliamente sobre esta cuestión, RAMÓN RIBAS, El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud, pp. 307 y ss.

¹⁰¹ Con la expresión “delito putativo” se hace referencia, siguiendo a CEREZO MIR, Curso de Derecho penal español. Parte General. III. Teoría jurídica del Delito/2, Tecnos, Madrid, 2001, p. 205, «a todos aquellos supuestos en los que una persona realiza una conducta en la creencia de que constituye delito siendo que no es así».

Un correcto análisis jurídico de esta cuestión requiere distinguir entre diferentes supuestos, a los que nos hemos referido en el presente trabajo. En primer lugar, hay que descartar que se trata de un ser humano muerto, pese a que puedan aún existir ciertas funciones vitales. El mantenimiento de dichas funciones puede ser, incluso, imprescindible para proceder a una extracción y trasplante de órganos. Hay que comprobar, pues, si tales funciones vitales son compatibles con la existencia actual de vida en términos médicos. Esto se planteará fundamentalmente en el caso de graves malformaciones o daños cerebrales los que pueda confirmarse la inexistencia de funciones encefálicas (muerte encefálica). Este supuesto es el que menos problemas plantea desde un punto de vista jurídico. En tal caso, habrá que omitir cualquier intento de reanimación o cualquier otro tipo de tratamiento médico.

Mayores problemas surgen cuando se trata de analizar la posible responsabilidad médica en los casos de omisión de tratamientos médicos en seres humanos vivos, de tal manera que se provoca su muerte. Aquí hemos diferenciado dos supuestos distintos atendiendo a la viabilidad del ser humano, esto es, a su capacidad de vida extrauterina.

Cuando nos encontremos ante un ser humano vivo *ex utero* pero no viable no debe comenzarse un tratamiento dirigido a salvar su vida. Así se desprende claramente de las leyes 35/1988 y 42/1988. Es más, de acuerdo con esta última Ley, tales fetos *ex utero* podrán ser donados con fines de investigación. En realidad no se trataría de personas en el sentido propio del término, esto es, como sujetos dotados de personalidad (*ex art. 29 Cc*), lo cual supone la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. El nacimiento (jurídico), en definitiva, la adquisición del estatuto de persona, requiere la viabilidad del “recién nacido”. Se trataría, pues, de fetos fuera del útero materno, tal y como señalan las leyes referidas. De esta manera, en ningún caso serían sujetos de la protección debida a las personas, esencialmente a través de los delitos de homicidio y lesiones. De hecho, no quedan amparados penalmente en modo alguno. En términos generales, porque la protección penal del no nacido únicamente puede plantearse frente a individuos viables (así se desprende de las SSTC 53/1985 y 212/1996). En segundo término, porque la redacción típica de los delitos contra la vida humana prenatal en el ordenamiento jurídico español, únicamente

permite incluir en los mismos las conductas que supongan la destrucción un ser humano no nacido y viable que se encuentre aún en el útero materno (se habla de producir el aborto de una mujer).

La viabilidad debe presuponerse en todo caso, de tal forma que será aquél que alegue la no viabilidad del ser humano quien deba probarla. Es decir, a falta de prueba en contrario, todo ser humano vivo *ex utero* será considerado persona y, en consecuencia, titular de derechos, entre ellos, el derecho a la vida.

Como el interés por probar la no viabilidad del feto *ex utero* no será lo más común, en relación con nuestro tema de estudio lo más normal será encontrarnos ante un ser humano vivo *ex utero* (presuponemos que) viable (en definitiva, una persona) pero que padece una grave discapacidad (física o psíquica). En tales circunstancias, se presenta la duda de la conveniencia de omitir todo tratamiento dirigido a salvar la vida de dicha persona, atendiendo a su mejor interés, pues se le presupone una vida con graves limitaciones y sufrimientos. Se plantea pues la cuestión de la posible responsabilidad penal de los médicos que deciden no tratar a un recién nacido produciendo su muerte (delito de homicidio en comisión por omisión).

En mi opinión, el análisis jurídico de este supuesto debe girar en torno a la posición de garante del médico y a su alcance. En el ámbito biomédico, la posición de garante del médico que trata al paciente desaparece en tres supuestos: a) cuando el paciente renuncia al tratamiento (personalmente o por medios indubitados); b) cuando se trata de enfermedades terminales para las cuales no existe curación posible, o en casos de estado vegetativo (coma) irreversible; y c) cuando, tratándose de recién nacidos (mayores dudas se plantean en el caso de los adultos), se prevé que la calidad de vida de esta persona va a ser muy limitada, siempre que exista autorización de los padres (o representantes legales) o de la autoridad judicial, en caso de conflicto.

En estos casos no existe un deber de asistencia del médico. Desaparece pues su posición de garante en relación con la vida del paciente. Ello no obsta para que el médico sí tenga el deber de aplicar cuidados paliativos, que eviten, en la medida de lo posible, el sufrimiento del paciente hasta que la muerte acontezca.