

LA PENALIZACIÓN DE LAS LESIONES AL FETO

Una deuda pendiente para con el no nacido

Bocharel Tapia, Ana Grace. Universidad de Panamá,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas. Panamá.

RESUMEN

El derecho penal como un mecanismo de control social que busca proteger bienes jurídicos de importancia y relevancia para las personas, dentro de las cuales, para nadie es secreto u objeto de debate que el más importante de estos es la vida humana y en segunda instancia la integridad física de las personas, y aunque para el Derecho Penal parece tomar en cuenta la condición de *nasciturus* o vida humana dependiente como objeto de la vida humana dependiente, parece no otorgar protección a la integridad física de éste, toda vez que si el aborto no llegase a cumplir su cometido, el causar la muerte o destrucción del feto, crea una condición de impunidad cuando se causan lesiones al mismo.

Con el presente trabajo hacemos un estudio comparativo de las figuras que en la actualidad protegen al feto, ya el aborto y las lesiones personales; de igual forma se hace una breve referencia al caso Contergan, mismo que sirve para poder palpar el alcance que puede tener la desidia y desinterés de protección al concebido mas no nacido.

PALABRAS CLAVES: Lesiones, feto, aborto, Contergan, talidomida, nasciturus.

KEYWORDS: Injuries, fetus, abortion, Contergan, thalidomide, nasciturus.

ABSTRACT

Criminal law serves as a mechanism of social control aiming to protect legally significant interests for individuals, notably human life and, to a lesser extent, the physical integrity of individuals. While criminal law acknowledges the status of the *nasciturus* or dependent human life as part of the protected life, it seems to fall short in providing protection to the physical integrity of the unborn, creating a condition of impunity when injuries occur if an abortion is unsuccessful in causing the death or destruction of the fetus.

This work presents a comparative study of the legal frameworks currently safeguarding the fetus, encompassing abortion and personal injuries. Additionally, a brief reference is made to the Contergan case, illustrating the potential consequences of neglect and lack of interest in protecting the conceived but unborn.

SUMARIO: 1. Introducción, 2. Lesiones al feto y aborto, 3. Lesiones al feto y lesiones personales, 4. Lesiones al feto y caso Contergan, 5. Conclusiones 6. Bibliografía

1. Introducción

Utilizaremos como punto de partida del presente ensayo la definición de lo que se debe entender al referirnos a la figura de feto o *nasciturus*, ya que es sobre éste que girará en torno nuestro presente estudio; la Real Academia Española define feto como “Embrión de los mamíferos placentarios y marsupiales, desde que se implanta en el útero hasta el momento del parto.”, definición que nos plantea dos situaciones de gran importancia para comprender la situación actual, la primera es la consideración de embrión, mismo que es definido como “Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie.”, y la segunda sería el establecimiento de una condición cronológica previo al nacimiento.

Nuestro ordenamiento jurídico penal, en materia de protección al feto o *nasciturus*, contempla únicamente al aborto, como una protección a la vida humana dependiente, figura que es definida por RODRÍGUEZ DEVESA (1977) como “la muerte del feto mediante la destrucción en el seno materno o por una expulsión prematuramente provocada”, sin embargo parece que existiría impunidad si, ante un evento distinto a un procedimiento abortivo, se causara una lesión al feto cuyo resultado no produzca la muerte o destrucción del mismo, aunque está si pueda producir afectaciones físicas o psíquicas de por vida, una vez que salga del claustro materno.

No podemos perder de vista que, durante el periodo de gestación o gravidez, la madre es propensa a sufrir una serie de situaciones las cuales puede producir un daño o lesión al feto, ya desde el punto de vista casual o causado por una práctica imperfecta o incompleta de un procedimiento abortivo, ya sea por descuido o negligencia de la propia madre; es en este punto donde consideramos que la protección del derecho penal debería alcanzar a esta vida humana dependiente.

Lo anterior cobra una mayor relevancia si consideramos que las conductas o acciones que por uno u otro motivo no causan la muerte del feto (ya que de los fármacos, herramientas o procedimientos utilizados para causar las lesiones son fuertes y producen daños irreversibles como pérdida de las extremidades u órganos de los no nacidos) pueden producir malformaciones graves que podrían ocasionándole graves perjuicios físicos y con el tiempo psíquicos una vez se produzca el nacimiento.

Y es que la práctica incompleta o imperfecta de un procedimiento abortivo no puede ni debe considerarse como tentativa de aborto, puesto que, salvo aquellos procedimientos aprobados por los procedimientos legales establecidos para tal finalidad, pueden tener como

consecuencia el causarle daños o lesiones a la anatomía del feto mismo que, una vez nacido, tendrán que cargar con malformaciones o menoscabos a su integridad psíquica y/o físicas, ante un evento o situación no decidida por este.

Si bien es cierto la tendencia a nivel internacional en esta materia, busca eliminar ciertas conductas penales del catálogo de delitos como consecuencia de la despenalización que propugnan los criminólogos y que en muchos países ha traído efectos positivos, consideramos que esta tendencia esta perfecta, sin embargo el derecho penal debe buscar la tutela de bienes jurídicos de gran valor para la sociedad y en el caso de los delitos que atentan contra la vida y la integridad personal, jamás podría pensarse que esta demás su regulación y sanción, ya que son delitos graves que afectan bienes jurídicos muy importantes y el daño causado a estos bienes jurídicos es de tal trascendencia que pueden incurrir en afectaciones no solo físicas sino también psíquicas, lo que indica que no es un tema que podemos dejar pasar o simplemente pensar que aplicando una norma que no es específica para ese caso podremos solucionar la realidad en materia de lesiones al feto.

Hasta la fecha, todos los esfuerzos por su inclusión en nuestra legislación han sido en vano, ya que aun con la propuesta que existía en el Código Penal de 2007, este tipo penal de carácter especial no fue incluido, basándose precisamente en que ya existía un delito de lesiones, sin embargo si se consideró importante el aumento de la pena por el hurto de ganado, dándole entonces mayor valor al tema de factores económicos como lo son el sector del agro en nuestro país que ha una realidad tan triste como la de casos en donde se ven lesiones muy severas a la integridad física de un ser en formación, situación que ocurre aunque no tengamos las cifras exactas por el encubrimiento que existe y la impunidad latente que no permitirá sancionar esta conducta por no estar debidamente tipificada en nuestro ordenamiento jurídico penal, aun cuando la mayoría de los ordenamientos jurídicos de países con corrientes jurídicas similares a la panameña en materia penal, lo hayan incluido desde hace ya varios años como es el caso de España y Colombia.

No se ha comprendido que es importante dar respuesta a la situación de incertidumbre que se origina en los supuestos en que se infieren lesiones en el concebido y no nacido, de suficiente intensidad o lesividad para causar un menoscabo grave de su integridad o salud física o psíquica, pero sin que la conducta lesiva llegue a causar la interrupción del embarazo, por lo que no puede ser tipificada como delito de aborto. Las referidas lesiones podían perdurar después del nacimiento, o incluso manifestarse con posterioridad al mismo, originándose la contradicción de que la acción que había provocado tal grave perjuicio en el ser nacido y en su familia, no puede ser subsumible, en sentido estricto, en ninguno de los tipos penales existentes.

[En nuestro país, este tema ha sido estudiado por ARANGO DURLING (2010), que lo aborda desde la perspectiva de los Anteproyectos de Código Penal de 1998 y Revisado de

1999, y que reitera que de manera desafortunada el Código Penal del 2007 lo excluyó y ha dejado desprovisto de tutela este tipo de situaciones, porque como bien indica la autora” el delito de lesiones al feto debe interpretarse en el sentido de que se trata de una protección que abarca cualquier peligro a que sea expuesto el nasciturus, ya sea en su fase embrionaria o al feto en sentido estricto”

2. Lesiones al feto y aborto

Hablar de aborto, como figura de protección a la vida del no nacido, o como la protección penal a la vida humana dependiente no representa mayor situación siempre y cuando el feto muera, ya que el autor del hecho encontrará una consecuencia jurídica por su actuar, no obstante y ya mencionado anteriormente, la impunidad se presentaría cuando el feto no muere o se destruye, creando o pudiendo crear una situación de daño irreparable posterior al nacimiento.

El bien jurídico tutelado, para la doctrina, entre estos SERRANO GÓMEZ (2000) en el aborto “es la vida del producto de la concepción y en su caso de la madre”; es decir la vida humana dependiente.

Nuestro código penal establece diferentes formas de aborto, ya el autoaborto (artículo 141), consentido (artículo 142), el sufrido (artículo 143), sin embargo cada uno de ellos considera la muerte o destrucción del feto, no obstante pensar en que al no producirse el resultado sea considerada la tentativa de aborto sería premiar o aplicar una pena no proporcional con los daños y/o efectos que las lesiones producidas al feto, con las cuales tendrá que vivir o subsistir por el resto de su vida.

3. Lesiones al feto y lesiones personales

Nuestra legislación penal contempla las lesiones como el “daño físico o síquico que lo incapacita por un tiempo que oscile entre treinta y sesenta días” para las lesiones leves establecidas en el artículo 136, aunque también se contempla las llamadas lesiones graves que se plantean en el artículo 137 numeral 1 (cuando la incapacidad excede de los sesenta días), las lesiones gravísimas cuando el daño sea visible (artículo 137.2), incurable (artículo 137.3), debilitamiento grave o pérdida de extremidad (artículo 137.4), pérdida de capacidad para procrear (artículo 137.6), incapacidad laboral permanente (artículo 137.7) y por último el adelantamiento del parto (artículo 137.5) aunque pareciera más relacionado a una consecuencia en relación a la madre y no necesariamente pensada para con el feto.

Sobre la aplicabilidad del delito de lesiones en donde el sujeto pasivo resulte ser el feto somos del criterio que estaríamos forzando una especie de analogía toda vez que por la

tipificación el Legislador ha contemplado su tutela penal a las personas y no así al feto o al embrión.

En el delito de lesiones al feto, el sujeto pasivo es el nasciturus o el producto de la concepción, y las discusiones no faltan, en cuanto si es el embrión o el feto, pues como dice ARANGO DURLING (2010) independientemente de ello en general, se muestra partidaria de determinar al feto como límite mínimo a partir del tercer mes y su límite máximo antes de nacimiento, partiendo de que el mismo es un feto sano.

Por último, por la redacción del artículo 136, específicamente al establecer que “*sin intención de matar*” eliminaría la posibilidad de aplicar una figura de Lesión a aquellos daños a la integridad física y/o psíquica que se produzcan como resultado de procedimientos abortivos, toda vez que quien aplica o ejecuta estos con la intención de matar o destruir al feto, quedando como única aplicación la tentativa de aborto, con una posible sanción extremadamente irrisoria si consideramos que estos daños o afectaciones que se producen cuando el feto se encuentra en etapas de formación, afectarán al ser humano de por vida.

4. Lesiones al feto y caso Contergan

Toda esta historia y auge de las lesiones a nivel internacional, inicia con el famoso caso Contergan, cuya sentencia sirvió como jurisprudencia motivadora de cambios en múltiples legislaciones a nivel mundial y como punta de lanza para la tipificación de esta conducta que hasta la fecha era desconocida como figura delictiva en todas las legislaciones.

Todo inicia con el uso, por parte de mujeres embarazadas, de la talidomida como parte del medicamento de nombre Contergan fabricada durante los años 50 por el laboratorio alemán Grünenthal GmbH utilizada “*como sedante y como calmante de las náuseas durante los tres primeros meses de embarazo*” (Fundación Wikimedia, 2015). Como producto del uso del medicamento antes descrito se produjeron una serie de malformaciones en los recién nacidos, que si bien la creación y el consumo del mismo por parte de las mujeres embarazadas no fue con la intención o esperando el “*resultado causado*” en efecto se creó un perjuicio en los no nacidos, que tiene su génesis en la etapa embrionaria y sus consecuencias a lo largo de la vida del afectado. Fue un proceso de investigación larga y exhaustiva, toda vez que este medicamento tenía mucho tiempo en el mercado no había producido estos resultados, no obstante, dado a los múltiples casos que tenían como punto en común, la ingesta de este medicamento, se hizo necesario evaluar la composición química y al final de todo esto se pudo concluir con que efectivamente el medicamento causaba grandes malformaciones en los fetos, mismas que se percibían al momento del nacimiento y que lamentablemente eran irreversibles.

Este caso fue la punta de lanza para entender la forma en que se podía causar una lesión sin necesariamente desear el resultado muerte, por lo tanto muchos han tendido a confundir hablando sobre el delito de tentativa de aborto como un homólogo de lesiones al feto, pues

no es ese el caso, ya que recordemos que es importante la finalidad que se persigue al momento de desplegar la conducta que en su momento será evaluada para la configuración del hecho punible. En el caso de tentativa de aborto, la mujer intenta abortar, lo que no es más que quitarle la vida o interrumpir el periodo de gestación del no nacido, sin embargo por causas ajenas a su voluntad no consigue el resultado esperado, es decir, no logra quitarle la vida al feto y en algunos casos pueden producirse lesiones al feto pero como consecuencia de lo anterior y no como finalidad inicial al momento de desplegar la conducta.

La regulación de los tipos delictivos relativos a las lesiones al feto y consecuentemente la protección de su integridad física y de su salud, carece de precedentes en nuestra legislación penal, sin embargo, en el derecho comparado existen variados ejemplos en este sentido. Particularmente, la legislación española a partir del año 1995 incorporó estos tipos penales en el Libro II de su Código Penal desarrollándose hasta la fecha, una importante jurisprudencia y de igual forma en la hermana república de Colombia.

No obstante, recordemos que en los anteproyectos de Código Penal de 1998 y Revisado de 1999, se había propuesto su inclusión, aunque fueron excluidos posteriormente por la Comisión, por lo que actualmente no están regulados en la legislación vigente.

En la actualidad, las amplias posibilidades de acceso al feto con fines terapéuticos o no terapéuticos o de investigación, representan peligros ante los que quedan expuestas no sólo la vida sino también la integridad física, la salud y el desarrollo normal del feto, pudiendo ser objeto, eventualmente, de acciones dolosas o gravemente imprudentes que le lesiones directamente, a través de la madre.

5. Justificación a la penalización de las lesiones al feto

No sólo como profesionales del derecho, sino en nuestra condición de seres humanos, es nuestro deber velar por la protección de la vida y se hace mucho más importante la protección de la vida de seres indefensos, como es el caso de los no nacidos, quienes desde el momento de su concepción ya merecen ser tutelados por el Estado.

Es casi tan malo el acto de ocasionarle la lesión a una vida en formación, como la pasividad y permisibilidad de esta acción y es labor del legislador tomar en cuenta la lesividad de la conducta desplegada y el valor elevado del bien jurídico protegido, en este caso la dignidad del feto, que desde el momento de la concepción es sujeto de derechos y merece una protección especial no sólo por su condición de ser humano, sino por su vulnerabilidad, su incapacidad de defenderse obliga al Estado a tutelarlos de forma especial y por ello debe proponer una reforma a nuestro Código Penal en donde se introduzca esta conducta como delito dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tomando en consideración que la mayoría de los países del mundo ya lo contemplan y que el no establecer esta conducta como delito

permite impunidad para las personas que cometen esta grave violación a la dignidad de seres inocentes, daños que no se puede revertir y que la víctima no puede prevenir de ninguna forma.

El fundamento que hasta la fecha han utilizado los legisladores para su no inclusión está en el hecho de la existencia del delito de lesiones personales y sustentan que bien puede utilizarse ese tipo penal para sancionar a quien cometa lesiones al feto, lo cual representa el primer error que se comete y que permite impunidad, ya que no solo hay impunidad porque no está tipificada, sino que el mal uso de las conductas que contempla el código penal a la larga también acarrea nulidades dentro del proceso y por ende quien causa estas lesiones queda impune.

No podemos negar que los avances de la ciencia revelan como innegable la consideración del nasciturus como ser humano independiente de su madre, sí es verdad que hasta la aparición de las nuevas técnicas que hacen factible la intervención directa sobre el feto, como las propias de la reproducción asistida o de la manipulación genética, las lesiones que el nasciturus podía sufrir eran siempre inferidas a través del cuerpo de la madre, de ahí que el legislador penal no se planteara la necesidad de tipificación independiente. Sin embargo, la no regulación específica de las conductas lesivas sobre el feto origina la paradójica situación de que aun habiéndose probado que las taras o deficiencias físicas o psíquicas graves manifestadas en el nacido eran consecuencia de que su normal desarrollo prenatal había sido truncado por la intervención u omisión imprudente de un tercero, normalmente un facultativo en sus actuaciones durante la gestación o en el parto, las mismas quedaban sin represión penal.

Producto de este desconocimiento y errada inclusión de las figuras penales, se puede producir impunidad y en los casos en los que moralmente la persona que administra justicia sienta que debe actuar y castigar, lo hará utilizando figuras que no corresponden a la conducta desplegada y el permitir que se haga esto pudiendo incluir dentro de nuestro código la figura que en realidad es aplicable, equivaldría a permitir violaciones a los principios legales en nuestro país.

En la actualidad, las amplias posibilidades de acceso al feto con fines terapéuticos o no terapéuticos o de investigación, representan peligros ante los que quedan expuestas no sólo la vida sino también la integridad física, la salud y el desarrollo normal del feto, pudiendo ser objeto, eventualmente, de acciones dolosas o gravemente imprudentes que le lesiones directamente, a través de la madre.

Por tal motivo afirmamos que la existencia de una laguna con respecto de la protección al feto comenzó a sentirse cada vez más intolerable en la medida en que las posibilidades de realizar conductas que afectan a la salud del feto han ido creciendo en forma paralela al desarrollo de la medicina en el ámbito del diagnóstico y la terapia prenatal; de manera que

suele ser habitual en la doctrina afirmar que se trata de un delito que básicamente dará cobertura a conductas negligentes de los profesionales sanitarios.

El incorporar las lesiones al feto dentro del catálogo de delito que contempla nuestro código penal, significa hacer un cambio no solo legislativo sino moral porque incide en el Sistema de tutela penal de la vida y la salud, ya que no solo será el homicidio, aborto y las lesiones, las conductas consideradas lesionadoras de la vida humana, sino que además se contempla el hecho de que las lesiones al feto no solo serían danos o lesiones a la anatomía del feto, sino que también deja abierta la posibilidad de que se pueda afectar junto con su anatomía, su salud, de forma tal que se perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, por lo que estaríamos hablando de la vulneración de dos bienes jurídicos de vital importancia, los cuales corren riesgo de ser vulnerados en un solo acto.

El negarnos a la incorporación del delito de lesiones al feto dentro de nuestra legislación penal, nos mantiene en una situación de indefensión de un ser que requiere su protección especial, aunado al hecho de que es errado pensar como hemos recalcado a lo largo de nuestra investigación, que las lesiones o la tentativa de aborto podrían servir para evitar esa impunidad en dichos casos, lo que como bien hemos explicado no debe hacerse porque los principios penales impiden que se den este tipo de situaciones se den porque no brindan la certeza jurídica que necesitamos.

Los delitos que afectan la vida desde el momento anterior a su nacimiento o alumbramiento, dentro de los cuales también se encuentran la manipulación genética, la clonación y las fecundaciones in vitro, tienen una gran acogida en el plano internacional y han sido objeto de grandes y múltiples estudios, en donde se ha llegado a la conclusión de la enorme importancia que representa el incluirlos, estudiarlos y sancionarlos en los casos que corresponde, ya que el bien jurídico entra en la categoría de supranacional. En el caso de las lesiones al feto estamos hablando de una vida que es gravemente afectada, en muchos casos hasta con pérdida de órganos, extremidades y en otros con discapacidades producto de las lesiones que se le causaron en una etapa muy preliminar de su vida y que si no sancionamos puede ser la ruta de escape en los casos en que no se causa el aborto y se queda en una tentativa, en donde muy bien podría asegurarse que la intención no era matar sino lesionar y al no estar tipificada quedaría impune.

Puede decirse que las lesiones dañan la integridad corporal o la salud psicofisiológica de la persona. La integridad corporal alude naturalmente a la totalidad unitaria de la organización anatómica humana. La salud psicológica tiene que ver con el funcionamiento mental en su triple dimensión cognitiva, afectiva y comportamental. La salud fisiológica comprender un adecuado funcionamiento del cuerpo y todos sus órganos y funciones.

Relacionada con la protección al feto, lo que se protege es la integridad, la salud y la vida misma del feto, por lo que las lesiones al feto son el potencial daño que se le pudiera ocasionar al nasciturus en el vientre materno, con dolo o con culpa, pero sin llegar a causar el aborto.

El delito nos dice ARANGO DURLING (2010), que es un delito contra la vida humana en formación constituido para proteger al feto, evitando que se perjudique gravemente su desarrollo, es decir, su evolución normal.

Es importante tener claro que dentro de la doctrina penal (Arango Durling, 2010) en relación a este tipo penal, resulta ser un requisito para la consumación del delito de lesiones al feto que se verifique un daño irreparable en la salud misma del feto.

Se debe precisar que el delito de lesiones al feto es de tipo doloso (Arango Durling, 2010), lo cual conlleva a dejar impunes las conductas criminosas desarrolladas por culpa, vale decir, aquellas que son practicadas en su mayoría de veces por personal de la salud, quienes en un obrar negligente, causan daños irreparables en la integridad física y en la salud del concebido; y que por una deficiencia legislativa podrían quedar impunes.

No se podría afirmar de firma tajante que del delito de las lesiones al feto es un tema novedoso en nuestra legislación, pues en el proyecto de reformas al Código Penal en el año 2007 se propuso su introducción, sin embargo, si sería un valioso aporte para nuestra legislación la regulación de esta conducta por las enormes implicaciones de la misma no solo en el plano nacional, sino a nivel de protección de derechos humanos a nivel internacional.

6. Bibliografía

Arango Durling, V. (2010). Estudios penales y Código Penal del 2007. Ediciones Panamá Viejo.

Bajo Fernández, M. (2003). Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen 1” Centro de Estudios amón Areces S.A. Madrid.

García del Río, F.(2005). Delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud. Ediciones Legales.

García Miranda, C.(1999). Las Lesiones al Feto. Cuadernos de Bioética, N.1” Coruña.

Ossorio, Manuel (1999). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales - Electrónica” Realizada por Datascan, S.A.

Romeo Casabona, A. C. Mñ (2008). “ La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro”. Serie granate. Editor Universidad de Deusto.

Rodriguez Devesa, J. M. (1977), Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, 7ma edición. Graficas Carasa.

Serrano Gómez, A., A(2000). Derecho Penal. Parte Especial. Boxoyo Libros S.L.

ANA GRACE BOCHAREL TAPIA

Licenciada en Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Panamá.

Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Penal. Universidad de Panamá.

Maestría en Docencia Superior, Universidad Latina.

Profesora Especial de Derecho Penal, Universidad de Panamá, 2023.

Es profesora de Derecho Penal, en la Universidad Latina.

Artículo recibido: 30 de septiembre de 2023

Aprobado: 2 de noviembre de 2023