

# LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS EN EL MARCO DEL ASESORAMIENTO GENÉTICO

AITZIBER EMALDI-CIRIÓN

Profesora de la Facultad de Derecho. Universidad de Deusto  
Investigadora de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación  
Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano  
Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco/EHU, Bilbao (España)

## Sumario

Introducción. 1. Negligencia en el ofrecimiento de los distintos servicios sanitarios. 2. Negligencia en la toma de muestras. 2.1. Lesiones fetales. 2.2. Aborto imprudente. 2.3. Lesiones en la mujer gestante. 2.4. Muerte de la mujer gestante. 3. Negligencia en la valoración e interpretación de los resultados. 3.1. Falsos positivos. 3.2. Falsos negativos: A) Acciones de *wrongful pregnancy* o *wrongful conception*. B) Acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. C) Acciones de *wrongful death*. 4. Incumplimiento del deber de informar. 5. Revelación de datos a terceras personas sin consentimiento del paciente. 6. Conclusiones.

## Introducción

Antes de empezar a plantear los problemas jurídicos que pueden surgir a raíz de una inadecuada *praxis* médica durante el proceso del asesoramiento o consejo genético, es necesario hacer una aproximación conceptual. Por consiguiente, diremos que el consejo genético es un acto médico que forma parte de los servicios de salud dentro de la

medicina predictiva y preventiva y por ello, de ofrecimiento tanto a personas individualmente como a parejas —matrimoniales o no—. En definitiva, consiste en un proceso por el que los pacientes —y a veces también sus parientes— con riesgos de padecer enfermedades de carácter hereditario, genético o en relación con alguna alteración cromosómica, son advertidos de las consecuencias de la enfermedad o anomalía, de la probabilidad de padecerla o de transmitirla y de los medios posibles para evitarlas, mejorarlas o paliarlas<sup>1</sup>.

Por tanto, el consejo genético es un proceso que engloba distintas fases que se van sucediendo paulatinamente. Dada la diferente y específica relevancia o conflictividad jurídica que presenta cada una de estas fases es imprescindible, como paso previo, identificar cada una de ellas.

En la primera fase, el consejero genético informa a las personas con problemas reproductivos sobre la posibilidad que tienen de someterse a una serie de pruebas genéticas predictivas para determinar los posibles riesgos que tienen de transmitir ciertas anomalías o enfermedades a su descendencia, o bien para conocer el origen de su infertilidad. Según el momento en el que se lleven a cabo y la finalidad que las mismas persigan estas pueden clasificarse en:

- a) Pruebas preconceptivas: se realizan en el sujeto antes de la concepción para comprobar los posibles riesgos de concebir un hijo con enfermedades o anomalías genéticas, hereditarias o cromosómicas.
- b) Pruebas preimplantatorias: pretenden detectar las posibles anomalías cromosómicas o alteraciones genéticas que pudieran tener los preembriones *in vitro* antes de ser transferidos a la mujer.
- c) Pruebas prenatales: son todas las acciones prenatales que tengan por objeto el diagnóstico de un defecto congénito entendido por tal toda anomalía del desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer hereditaria o no, única o múltiple.
- d) Pruebas postnatales: son el conjunto de pruebas a las que se someten las personas y, en concreto, los recién nacidos para

---

<sup>1</sup> Véase más ampliamente todo lo relacionado con el consejo genético y sus implicaciones jurídicas en Aitziber EMALDI-CIRIÓN, *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Ed. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco/EHU y Ed. Comares, Bilbao-Granada, 2001.

demostrar la posible anomalía o enfermedad que presenta el mismo; su predisposición hacia un desorden concreto o, finalmente, la confirmación de que no se trata de una persona portadora o enferma.

La segunda fase consiste en el sometimiento voluntario del paciente a las pruebas genéticas pertinentes —preconceptivas, preimplantatorias, prenatales o postnatales—.

La tercera fase, corresponde al consejero genético, puesto que es él quien tiene que estudiar los resultados obtenidos de las pruebas, interpretarlos y valorarlos a fin de hallar un diagnóstico correcto. Además, debe transmitir a sus pacientes toda la información obtenida, de una manera clara y comprensible, ofreciéndoles asimismo las posibles alternativas que tienen a su disposición para solucionar su problema. Se puede decir que esta fase coincidiría, precisamente con la de asesoramiento genético en sentido estricto.

La cuarta fase sería la elección que deben hacer los pacientes de entre todas las alternativas que les ha propuesto el consejero genético.

La quinta y última etapa sería el seguimiento médico que debe ofrecer el profesional sanitario a las personas, una vez que éstas ya han realizado la opción que ellos consideraron más apropiada.

Una vez que hemos expuesto en qué consiste el proceso del consejo genético y las diferentes etapas que lo forman podemos apreciar cómo cada vez los avances científicos y tecnológicos ponen a disposición de las personas mejores servicios médico-sanitarios pero, por ende, la medicina tiende a ser más agresiva y por consiguiente tiene más riesgos de provocar daños. Por ello, hoy en día, hay un incremento substancial de denuncias frente a los profesionales sanitarios generadas cuando éstos no actúan con la debida diligencia.

A continuación analizaré las posibles responsabilidades médicas que pueden surgir a lo largo de las distintas etapas del proceso del consejo genético haciendo hincapié en las que considero más relevantes.

## **1. Negligencia en el ofrecimiento de los distintos servicios sanitarios**

En primer lugar, cuando el profesional sanitario no aconseja a los pacientes con problemas reproductivos la conveniencia de someterse a ciertas pruebas genéticas puede incitarles a renunciar a la procreación de niños, que probablemente serían sanos, porque tienen miedo a transmitirles ciertas anomalías. En este supuesto se estaría privan-

do a las personas del derecho subjetivo a procrear reconocido en el ordenamiento constitucional español, el cual se basa en los siguientes preceptos:

- a) En la libertad, como valor y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 10.1 Constitución Española, CE), puesto que todas las personas pueden decidir libremente sobre cuestiones que les afectan a su ámbito personal e íntimo. En efecto, el derecho a la reproducción se basa en el reconocimiento constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y la dignidad de la persona como expresión del reconocimiento de sus derechos y del libre desarrollo de la personalidad, pero entiende el derecho a la reproducción como un derecho de autodeterminación física y por lo tanto, como un derecho fundamental<sup>2</sup>. Es decir, sería un derecho fundamental en cuanto que estaría incluido en el derecho a la libertad personal del artículo 17.1 CE.
- b) En el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), en el sentido de que no pueden existir intromisiones estatales en un ámbito tan íntimo como es la familia y la procreación.
- c) En el derecho a la protección de la salud<sup>3</sup> (art. 41.3 CE), puesto que las limitaciones a este derecho podrían suponer un problema psicológico en las personas y, por otra parte, se debería poner a disposición de todos, las medidas necesarias para solucionar su problema de salud. En definitiva, la no procreación para estas personas supondría un problema de salud que el Estado tiene la obligación de resolver.

La mayor parte de estos derechos son fundamentales y por tanto, inherentes a la persona y por ello, la CE los hace respetar. Por consiguiente, este derecho a la reproducción se deriva del derecho a la autodeterminación de las personas sin que puedan existir ciertas interferencias estatales en el ejercicio del mismo, por pertenecer estas decisiones al ámbito de la vida privada. No obstante, no es un derecho absoluto, sino que tendrá los límites —que tienen otros derechos—,

---

<sup>2</sup> Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas / Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pp. 41 y ss.

<sup>3</sup> Se ha visto cómo el derecho a la reproducción es una manifestación del derecho a la protección de la salud —en la lucha contra la esterilidad—. Constitucionalmente encontrarán apoyo en el artículo 43.1. Carlos LEMA AÑÓN, *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 289 y ss.

derivados del ejercicio de la propia libertad, de la libertad de los demás, del ejercicio de los propios derechos y del respeto a los derechos de los demás.

En segundo lugar, estaríamos ante el supuesto que podría plantearse cuando el médico por no informar sobre la posibilidad de someterse a ciertas pruebas genéticas predictivas evita que la mujer conozca ciertas patologías fetales y por ello, limitaría su derecho a interrumpir el embarazo bajo la indicación eugenésica cuando estuviera dentro de los plazos establecidos por la ley. En este caso, se podrían formular las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth* las cuales analizaremos más adelante.

## 2. Negligencia en la toma de muestras

Una vez que se ha ofrecido a la pareja el sometimiento a unas pruebas determinadas —antenatales, prenatales o postnatales— para obtener un diagnóstico preciso puede ocurrir que debido a la poca diligencia del médico al practicar la intervención se produzcan una serie de lesiones<sup>4</sup>: al feto, a la madre o a ambos. Incluso, en casos extremos se puede dar lugar a su muerte. En tal caso, el profesional sanitario responderá penalmente de acuerdo con el supuesto concreto.

---

<sup>4</sup> De acuerdo con la definición que suelen dar los códigos penales en la actualidad, los delitos de lesiones comprenden no sólo los menoscabos a la integridad corporal del ser humano sino también a las alteraciones de su salud física y mental. La integridad física o corporal se refiere a la plenitud de la estructura físico-orgánica, es decir, a la sustancia corporal y a la funcionalidad de sus distintos componentes, sean miembros, órganos o tejidos o partes de éstos; su menoscabo puede consistir en la pérdida o alteración de la sustancia corporal o en la inutilización total o parcial (tanto en cantidad como en calidad) de la funcionalidad fisiológica de sus componentes. La salud física y mental alude al bienestar del ser humano en estos dos aspectos exclusivamente; su menoscabo consiste en el padecimiento de una enfermedad física o mental, cualesquiera que sean la gravedad y su pronóstico.

Este criterio lo mantiene para el Código Penal español (v. art. 147 CP95): José Luis Díez Ripollés, en Luis Gracia Martín y Patricia Laurenzo Copello, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Díez Ripollés - Gracia Martín (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 330; González Rus, en Cobo del Rosal (dir.), Carmona Salgado, Morillas Cuevas, Polaino Navarrete, Portilla Contreras y Segrelles Arenaza: *Curso de Derecho Penal. Parte Especial I*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 140; Alfonso Serrano Gómez, *Derecho Penal. Parte Especial* (6.ª edición), Dykinson, Madrid, 2001, p. 97; Tamarit Sumalla, en Valle Muñoz, Quintero Olivares, Morales Prats, Prats Canut y García Albero: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 82; Carlos María Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal I. La actividad curativa*, Bosh Casa Editorial, Barcelona, 1981, pp. 134 y ss.

## 2.1. Lesiones fetales

Hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995, los tipos delictivos relativos a las lesiones fetales carecían de precedente en la legislación penal española. En el derecho derogado la protección jurídico-penal del *nasciturus* se limitaba a la tipificación del aborto doloso y el aborto imprudente ocasionado violentamente, de esta forma quedaba garantizada únicamente la vida del embrión postanidatorio y del feto, aunque no de forma absoluta. Por tanto, se dejaba fuera del ámbito punitivo, aquellas conductas que atentaran contra otros bienes o intereses de aquéllos (embrión postanidatorio y feto) que no fuesen la vida y, además, aquellas otras que atentaran contra cualquier interés del embrión *in vitro* y del embrión preanidatorio<sup>5</sup>. En definitiva, como bien apunta Flores Mendoza, la vida humana preanidatoria intrauterina y extrauterina quedaba totalmente desprotegida penalmente, dejando impunes las posibles manipulaciones que se pudieran practicar en los mismos, así como las maniobras imprudentes, del médico durante el parto (una inadecuada cesárea) o los actos médicos, generalmente imprudentes también realizados durante el embarazo (efectos secundarios de medicamentos prescritos a la mujer embarazada).

No obstante, el avance reciente de la medicina en el campo de la reproducción asistida y de las investigaciones sobre el genoma humano ha permitido, por un lado, un mayor conocimiento del proceso biológico del comienzo de la vida humana, siendo posible en la actualidad intervenir en el proceso biológico de su creación mediante la obtención de embriones *in vitro*, y la posibilidad de detectar, prevenir y, en algunos casos, curar o, al menos, paliar enfermedades de origen genético. Pero por otro lado, ha puesto de manifiesto la vulnerabilidad que presenta el no nacido frente a estas nuevas técnicas.

Por todo ello, ante estas nuevas formas de agresión o intervención en el embrión o feto que atentan contra su integridad se ha planteado la necesidad de su protección y así el Código Penal de 1995 introduce por primera vez el delito de lesiones al feto en los arts. 157 y 158. Mediante estos artículos es posible que las actuaciones sobre el feto se realicen no sólo por imprudencia o negligencia profesional —lesión fetal durante la toma de muestras para realizar diagnósticos predictivos—, sino también de forma dolosa —lesiones originadas al *nascitu-*

---

<sup>5</sup> Fátima FLORES MENDOZA, «El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 5, 1996, pp. 170 y ss.

*rus* como consecuencia de actividades experimentales—. No obstante, lo más frecuente es que la comisión del delito de lesiones al feto se realice por imprudencia, especialmente por actuaciones u omisiones de los profesionales de la salud, al tener más posibilidades de incidir sobre el feto directamente o a través del cuerpo de la madre, así como por su especial deber de cuidado durante el embarazo. Por tanto, se puede decir que la nueva figura delictiva viene a consolidar la tendencia del legislador a considerar que el ser humano, en todas sus fases de desarrollo, es merecedor de tutela penal, por lo que ha de protegerse no sólo su vida, sino también su salud e integridad. Se trata de preservar al *nasciturus* de toda injerencia que pueda menoscabar de forma grave su integridad o salud física o psíquica, cuando la lesión sea originada en el período comprendido entre la concepción y el parto, aunque el menoscabo sólo se conozca o se manifieste con posterioridad al nacimiento, en cuyo caso será más problemático probar la relación de causalidad. Por tanto, se castigan las lesiones prenatales con consecuencias prenatales y postnatales.

Desarrollando los artículos relativos a las lesiones fetales observamos que el artículo 157 establece que, quien por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años. A su vez el art. 158 estipula que, quien por imprudencia grave, cometiera los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

A la vista de estos dos artículos vemos que el Código Penal de 1995 contiene:

- a) Un tipo doloso que abarca la gravedad del resultado de la agresión (art. 157).
- b) Un tipo básico imprudente —imprudencia grave—, donde existe una grave infracción del deber de cuidado por parte del sujeto activo (art. 158.1).
- c) Un tipo agravado por imprudencia profesional (art. 158.2).

A continuación, describiré los elementos del tipo de lesiones al feto, tanto en su modalidad dolosa (art. 157) como imprudente (art. 158), así como los elementos comunes de ambos.

### 2.1.1. Cuestiones comunes a los delitos relativos a las lesiones fetales

#### A) *Bien jurídico protegido*

La doctrina está dividida en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido. Por una parte, Carbonell Mateu, González Cussac y Gracia Martín, consideran que el objeto de protección no es el feto mismo, sino la salud e integridad de la persona que nacerá con posterioridad: «El momento de la lesión, o de la transmisión de la enfermedad, es pues, anterior al nacimiento, pero lo que se trata de evitar son los efectos que subsistirán con posterioridad al mismo»<sup>6</sup>.

Otra posición mantienen Valle Muñiz, Flores Mendoza y Romeo Casabona, quienes siguiendo la *ratio legis* de los preceptos, consideran que el bien jurídico protegido es la integridad del feto, incluyendo tanto la integridad física o corporal como la salud física o psíquica de éste<sup>7</sup>. En efecto, consideran que es necesario que la lesión o enfermedad «perjudique gravemente su normal desarrollo» lo cual hay que entenderlo como una acotación típica basada en el principio de ofensividad, descartando, de esta forma, ataques a la salud o integridad del

<sup>6</sup> J. C. CARBONELL MATEU y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «Comentario a los artículos 157 y 158», *Comentarios al Código Penal de 1996*, I, Tomás S. Vives Antón (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 813; Luis GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 614 y ss.

<sup>7</sup> F. FLORES MENDOZA, «El delito de lesiones...», *op. cit.*, p. 180; José Manuel VALLE MUÑIZ, en VALLE MUÑIZ, Gonzalo QUINTERO OLIVARES *et al.*, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 756 y ss.; J. M. VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS, PRATS CANUT, TAMARIT SUMALLA y GARCÍA ALBERO: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 118 y ss.; Carlos María ROMEO CASABONA, «Los delitos contra la integridad corporal y la salud», en José CEREZO MIR, Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES, Antonio BERISTAIN IPIÑA y Carlos María ROMEO CASABONA (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. Don. Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 944 y ss. En esta misma línea, vease también Carmen María GARCÍA MIRANDA, «Las lesiones al feto», *Cuadernos de Bioética*, 1999/1, pp. 113 y ss.; Fernando SUANZES PÉREZ, «Los delitos de lesiones. Especial referencia a las lesiones al feto», *Lecciones de Derecho Sanitario*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1999, p. 506.



embrión o feto con una carga lesiva insignificante<sup>8</sup>. Mas, en ningún momento exige el tipo que la lesión o enfermedad permanezca o sea idónea para permanecer en el nacido vivo. En otros términos, aun cuando el feto supere a lo largo de la gestación la lesión o enfermedad producida el tipo se habrá consumado, pues, la salud e integridad del feto, con el nuevo Código Penal, se configura como objeto jurídico de protección autónoma. De otra forma, habría que entender que tan sólo serían típicas aquellas lesiones que permanecieran en el nacido vivo<sup>9</sup>.

Asimismo, también hemos de entender que serían encuadrables en este tipo delictivo, las lesiones graves que, ocasionadas al feto, fuesen determinantes para que la madre decidiese interrumpir su embarazo al encontrarse dentro del plazo en que se exime de punibilidad el aborto por indicación eugenésica o embriopática.

## B) *Sujeto activo*

El delito de lesiones al feto es un delito común, puesto que la ley no establece ninguna limitación del círculo de posibles sujetos activos. El sujeto activo será la persona física que realice la conducta típica de causar al feto las lesiones descritas. Por tanto, si atendemos a la redacción de los arts. 157 y 158, puede ser cualquier persona, no obstante, en la práctica suelen ser los profesionales sanitarios, teniendo en cuenta el ámbito en el que generalmente se causan estas lesiones. Además, en el ámbito del consejo genético podemos restringir estas lesiones en la mayoría de los supuestos al ámbito de la imprudencia, puesto que se produce como consecuencia derivada de una práctica médica.

Siguiendo con esta cuestión relativa a las lesiones al feto, el art. 158 contiene una indicación relativa a la propia embarazada: «no será penada a tenor de este precepto». Esto quiere decir, que no se le va a exigir responsabilidad penal en el caso en el que su hijo resulte afectado por su propia conducta imprudente —aun cuando ésta sea grave—, puesto que la punibilidad de la conducta va referida a la actua-

---

<sup>8</sup> En contra de esta opinión García considera más acorde con la letra de la ley, que lo que se penaliza es el hecho de que haya inferido la lesión grave con anterioridad al nacimiento, por lo que también serán punibles las conductas lesivas que, no obstante, apreciadas en el *nasciturus*, sean curadas o aliviadas con anterioridad al nacimiento, de modo que el nacido no padezca el menoscabo grave a su salud o integridad. C. M. GARCÍA MIRANDA, «Las lesiones al feto», *Cuadernos de Bioética, op., cit.*, p. 115.

<sup>9</sup> VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS, PRATS CANUT, TAMARIT SUMALLA y GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial...*, *op. cit.*, p. 118.

ción de un tercero ajeno a la mujer gestante, sobre el que recaen los deberes de cuidado que pueden fundamentar el injusto. Diligencia debida no extensible a la mujer embarazada, entre otras muchas razones, porque deberes de cuidado penalmente impuestos sobre el transcurso del embarazo no encontrarían justificación político-criminal y, en cualquier caso, las consecuencias podrían ser totalmente contrarias a las perseguidas<sup>10</sup>. En ciertos casos se puede plantear la posible responsabilidad civil de la que tendrá que responder la madre cuando sea el propio hijo quien le demande por haber permitido su nacimiento con ciertas anomalías<sup>11</sup>.

### C) *Sujeto pasivo*

Con anterioridad a la regulación actual, la jurisprudencia consideraba que la madre puede ser sujeto pasivo de este delito<sup>12</sup>, mas estimo

---

<sup>10</sup> VALLE MUÑOZ, en QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS, PRATS CANUT, TAMARIT SUMALLA y GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial...*, op. cit., p. 121.

<sup>11</sup> EMALDI-CIRIÓN, Aitziber, *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Ed. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco/EHU-Ed. Comares, Bilbao-Granada, 2001, Capítulo III, Excurso.

<sup>12</sup> Según la STS de 5 de abril de 1995, se entiende que en los supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción se intenta y realiza sobre una persona, la madre, y el resultado trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento, de modo que se afirma como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercitada sobre la madre embarazada o, atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad. En términos semejantes se pronuncia la STS de 22 de enero de 1999 (Sala 2.ª). En relación con esta última sentencia véase Ignacio PÉREZ VALERO, «El problema del límite mínimo en la delimitación del objeto material en los delitos de homicidio y lesiones (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1999)», *Actualidad Penal*, n.º 29 1999, pp. 571-588.

De acuerdo con este criterio jurisprudencial se deduce que las lesiones al feto estarían comprendidas ya en los tipos de lesiones a las personas con vida humana independiente, y la muerte del feto, por la misma razón, habría de estimarla comprendida en los tipos del homicidio. En efecto, de admitirse esta teoría, se estaría violando el principio de legalidad por lo que debía ser rechazada. F. FLORES MENDOZA, «El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995», op. cit., pp. 174 y ss.; I. PÉREZ VALERO, «El problema del límite mínimo en la delimitación del objeto material en los delitos de homicidio y lesiones...», op. cit., pp. 571 y ss.; Pastora GARCÍA ÁLVAREZ, «Lesiones al feto: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995», *Cuadernos Jurídicos*, n.º 43, 1996, p. 14; C. M. ROMEO CASABONA, «Los delitos contra la integridad corporal y la salud», op. cit., pp. 944 y ss.

esta interpretación incorrecta puesto que el embrión es un ser independiente de la madre en lo que respecta a este delito. Sí sería sujeto pasivo la mujer, de acuerdo con el delito de lesiones contra la personas (arts. 147 y ss.)<sup>13</sup>, si las conductas que lesionen al feto pueden ser a su vez conductas que atenten contra la integridad física de la misma.

Hay una segunda opinión, que no comparto, en la que se defiende que la comunidad<sup>14</sup> —la sociedad en su conjunto— es la titular de la vida del *nasciturus*, así que el sujeto pasivo de las lesiones al feto también deberá ser colectivo, puesto que si el *nasciturus* no tiene capacidad para ser titular de la vida hasta el nacimiento, tampoco será titular de su salud. Además, se argumenta que si el Tribunal Constitucional niega la titularidad de derechos al *nasciturus*, si el Estado no es titular de la salud del feto, si tampoco lo es la mujer gestante, entonces será la comunidad —la colectividad social— la titular de esa salud individual del ser humano en formación aún de modo provisional hasta su nacimiento y la adquisición de la condición de persona.

Finalmente, hay quien entiende —con una argumentación que comparto—, que si el bien jurídico es la integridad y salud del feto, el sujeto pasivo será el feto, puesto que es el portador del bien jurídico lesionado<sup>15</sup>, lo que es una cuestión diferente a que el feto sea —o no sea— jurídicamente persona y por ello, titular de derechos subjetivos.

---

<sup>13</sup> Arts. 147 a 151; estos artículos vienen a decir que los que causaren lesiones (menoscabo de la integridad física o mental; pérdida o inutilidad de un órgano principal, o de un sentido; o pérdida de un órgano no principal), cometidas por imprudencia grave se sancionan con diversas penas, según sean de una u otra clase, y si fueran cometidas por imprudencia profesional se impondrá a su autor la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años.

Asimismo, el art. 621.3 estipula que los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito, serán castigados con pena de multa de quince a treinta días; además, el art. 621.6 dice que «las infracciones penales de este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal». F. FLORES MENDOZA, «El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995», *op. cit.*, p. 176; S. VIVES ANTÓN, J. BOIX REIG, E. ORTS BERENGUER, J. C. CARBONELL MATEU y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial. Segunda edición revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1996*, Tirant lo Blanch, Madrid, 1996, p. 136.

<sup>14</sup> I. F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana, op., cit.*, pp. 226 y 227.

<sup>15</sup> JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II* (6.ª edición), Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 317; C. M. ROMEO CASABONA, «Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas», *Derecho y Salud*, vol. 4, n.º 2, 1996, p. 164; F. FLORES MENDOZA, «El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995», *op. cit.*, p. 172.

#### D) Objeto material

Continuando con los elementos del tipo, el objeto material del delito de lesiones al feto puede llegar a plantear problemas en su determinación, puesto que el legislador utiliza el término «feto». En efecto, el Código Penal de 1995 utiliza la palabra «feto», lo que resulta algo inadecuado, pues mediante este término se designa sólo una de las fases —en concreto la más avanzada— del desarrollo prenatal<sup>16</sup>. Tengamos en cuenta que la interpretación que se haga de este vocablo —feto—, es sumamente importante, puesto que dará lugar a repercusiones jurídicas muy diferentes. También aquí la doctrina esta dividida.

Un sector de la misma, entiende que el término feto debe interpretarse en sentido estricto<sup>17</sup> —según el tenor literal del precepto—, es decir, el objeto material del delito de lesiones lo será únicamente el feto, de modo que el preembrión y el embrión implantado quedarán excluidos del ámbito de protección frente a las lesiones que se les puedan causar.

Otro sector de la doctrina, considera que el término «feto» utilizado en la descripción legal debe ser entendido en el sentido más amplio, es decir, como equivalente al ser en todas las fases de su desarrollo prenatal<sup>18</sup>. Para avalar esta interpretación extensiva del precepto, considero acertada la opinión por la que se considera que el tenor literal no

---

<sup>16</sup> Las distinciones del proceso de este desarrollo son asumidas por la legislación española en la Exposición de Motivos de la Ley 35/88, que reza lo siguiente: «Generalmente se viene aceptando el término «preembrión» —también denominado «embrión preimplantatorio», por corresponderse con la fase de preofanogénesis—, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero —acabado el proceso de implantación que se inició días antes, y aparece en él la línea primitiva.

Por «embrión» propiamente dicho, se entiende tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más; se corresponde esta fase con la conocida como de «embrión posimplantatorio».

Finalmente, por «feto», como fase más avanzada del desarrollo embriológico, se conoce el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto.

<sup>17</sup> Defienden la postura de una interpretación restrictiva del vocablo: J. F. HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, Ed. Trivium, Madrid, 1995, p. 324; J. M. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España. (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pp. 163 y ss.

<sup>18</sup> En defensa de una interpretación amplia del término se decantan: L. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, p. 620; C. M. ROMEO CASABONA, «Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto...», *op. cit.*, p. 164; P. GARCÍA ÁLVARA

es incompatible con esa interpretación, puesto que la palabra feto se ha venido entendiendo tradicionalmente en Derecho penal, como equivalente a *nasciturus*, es decir, extendiéndolo a todo el proceso del embarazo, abarcando así también al embrión<sup>19</sup>.

En mi opinión, la tesis restrictiva no puede ser defendida, puesto que no se adecua al ámbito de protección de los tipos de lesiones al feto. Es decir, teniendo en cuenta que el Código Penal de 1995 pretende salvaguardar la integridad y la salud del feto pensando sobre todo en el futuro, lo lógico será protegerlo durante todo el período de su formación mediante los tipos de lesiones fetales y para ello ha de hacerse una interpretación amplia del término «feto» en su acepción vulgar, no científica. Por tanto, ha de aceptarse que dicho objeto está encarnado tanto por el embrión postanidatorio como por el feto.

Una vez que se han analizado las cuestiones y problemas comunes a los tipos de lesiones al feto, pasaremos a continuación a realizar un análisis de las cuestiones específicas que plantea cada uno de los tipos concretos.

### 2.1.2. El tipo doloso de lesiones al feto

#### A) Elementos del tipo

En el ámbito del tipo objetivo podemos distinguir los siguientes elementos:

*Acción típica.* El tipo puede realizarse tanto por acción como por omisión (art. 11), sin ningún requerimiento específico sobre los medios o procedimientos comisivos.

Se trata de un delito material o de resultado, que consiste en causar una lesión o enfermedad en el feto que: 1) perjudique gravemente su normal desarrollo; o 2) que provoque en el mismo graves taras físicas o psíquicas. Por tanto, no todas las lesiones causadas al feto son típicas, tengamos en cuenta por ejemplo, las lesiones que no perjudiquen su normal desarrollo o las que provocan leves taras físicas o psíquicas o simplemente las que no les provocan taras de ningún tipo. En definitiva, el resultado de lesión o enfermedad que provoque en el feto una grave tara física o psíquica parece incluir los casos en los que la grave tara se manifiesta durante la gestación o tras el nacimiento.

---

REZ, «Lesiones al feto: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995», *op. cit.*, p. 14.

<sup>19</sup> C. M. ROMEO CASABONA, «Genética y Derecho Penal...», *op. cit.*, p. 165.

*Relación de causalidad.* Quizás la relación de causalidad entre la acción y el resultado sea uno de los problemas más arduos de probar y por tanto, más difíciles de resolver, en este clase de delitos. El por qué de ello se debe, en primer lugar, a que a pesar de los avances de la genética y del diagnóstico prenatal aún se desconocen las causas de muchas malformaciones y de enfermedades y taras con los que pueden nacer los seres humanos. En segundo lugar, esta dificultad resulta porque la constatación de las lesiones, en ocasiones, queda diferida a un momento posterior al del nacimiento, es decir, a momentos muy posteriores a cuando se produjo la acción (resultados a largo plazo)<sup>20</sup>.

Por todo esto, se hace difícil identificar el agente causal de las mismas y atribuirles probadamente a un determinado comportamiento, doloso o imprudente<sup>21</sup>.

Estimo que el legislador debió haber previsto específicamente esta última posibilidad, y haber rebajado la pena cuando la lesión se manifestara en un momento lejano al nacimiento. No obstante, no hay duda que probada una relación de causalidad entre la lesión fetal acaecida durante el proceso de gestación y los daños efectivos de una persona nacida, se reconduciría el actuar al delito de lesiones al feto.

*Tipo subjetivo.* En cuanto al tipo subjetivo, se puede decir que está constituido por el dolo en cualquiera de sus modalidades; sin embargo es más normal que se trate de un dolo eventual. Mientras las finalidades perseguidas por el autor deberán valorarse en el ámbito de las causas de justificación.

## B) Causas de justificación

Las causas de justificación plantean una gran problemática en relación con estos delitos, puesto que existe la duda de si la realización del tipo puede ser lícita de admitir la concurrencia de alguna de aquéllas. Veamos al respecto un supuesto que se puede producir en el contexto del consejo genético.

En el ámbito del consejo genético hemos visto cómo para proceder a un diagnóstico antenatal es necesario someter a la mujer embaraza-

---

<sup>20</sup> Sobre estos resultados a largo plazo hay un sector de la doctrina que entiende que en estos supuestos no puede sostenerse ya la relación de causalidad. José CERREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, op. cit.*, pp. 55 y ss.

<sup>21</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Madrid (13.ª edición), 2001, p. 122.

da a una serie de pruebas en las que se recogerá información sobre las posibles anomalías y malformaciones congénitas del feto. Como sabemos, en el ordenamiento jurídico se reconoce la licitud del diagnóstico prenatal con la limitación de que se realice con el fin del bienestar del *nasciturus* o de favorecer su desarrollo (a salvo de la excepción relativa a la interrupción voluntaria del embarazo). No obstante, dichas pruebas pueden ser invasivas o no invasivas, siendo las primeras las más problemáticas por poder lesionar, al feto y, por tanto, realizar el tipo delictivo.

En los casos en que se produjeran las lesiones en el feto o en el embrión como consecuencia de la utilización y puesta en práctica de las técnicas y procedimientos de diagnóstico, la conducta del médico no podrá estar amparada por ninguna causa de justificación. Sin embargo, las lesiones serán generalmente atípicas, pues en los supuestos de realización normal y con éxito del diagnóstico las posibles lesiones que se realicen no serán nunca tan graves como las que requiere el tipo y la conducta, por ello, será siempre atípica, no habiendo entonces lugar alguno para plantear cuestiones de justificación<sup>22</sup>.

Como adelantábamos más arriba, algunos autores<sup>23</sup> consideran que si a la vista de las circunstancias del caso concreto fuera predecible y previsible la producción de lesiones fetales de la entidad de las descritas por el tipo, entonces la producción de las mismas no podría estar amparada por ninguna causa de justificación, especialmente por la del ejercicio legítimo de la profesión médica, pues en tal caso se produce una imposibilidad de alcanzar el fin que legitima el diagnóstico —el bienestar del *nasciturus* y el favorecimiento de su desarrollo—, dado que el resultado típico consiste, precisamente, en lo opuesto a aquel fin: lesiones que impiden un desarrollo normal del feto.

Otro supuesto que cabría plantearse en relación con el consejo genético y los diagnósticos antenatales sería el caso en que se diagnosticara una malformación o deficiencia fetal que se pudiera corregir o paliar con un tratamiento fetal determinado. En efecto, se podría producir una colisión de deberes para el médico o una colisión de un deber y un derecho para la mujer embarazada. En tal caso, la cuestión que se plantea es si la omisión del tratamiento por parte del médico o la negativa de la madre a someterse al mismo estarían ampara-

---

<sup>22</sup> Carlos María ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 376 y ss.; C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal I. La actividad curativa*, op. cit., pp. 135 y ss.

<sup>23</sup> L. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 629.

dos por una causa de justificación. En este supuesto caben dos alternativas a seguir<sup>24</sup>:

- a) Si el feto padece malformaciones o enfermedades congénitas detectadas mediante un diagnóstico prenatal, la omisión del tratamiento o la negativa de la madre a ser tratada son resueltas de dos formas distintas, aunque se llegue a conclusiones semejantes. Es decir, no se puede imponer el tratamiento. Para una de ellas se trataría de actuaciones atípicas, sin poder llegarse a plantear ni siquiera una colisión de deberes y, por tanto, tampoco cabría ninguna situación de justificación. Para la otra, aun aceptando la existencia de colisión de deberes<sup>25</sup>, tal colisión se resolvería siempre a favor de la madre.
- b) Podría suceder que el profesional sanitario y la madre prestaran su consentimiento e iniciaran un tratamiento para paliar o mejorar el estado del feto, pero —una vez apreciadas las mejoras fetales—, decidieran paralizar el tratamiento con el consiguiente empeoramiento de las mejoras obtenidas. En tal caso, se estará realizando el tipo por omisión, si tras la interrupción o abandono del tratamiento se produce un resultado gravoso. Sin embargo, la realización del tipo por omisión podrá estar amparada, por una causa de justificación, tanto para el médico como para la madre cuando, antes de que pueda terminarse el tratamiento, sobrevengan circunstancias determinantes de un estado de necesidad o de una colisión de deberes y el mal representado por el empeoramiento o regresión del estado de salud del feto no sea mayor que el que se evite con la interrupción del tratamiento.

Hay una tercera hipótesis no recogida por la doctrina, que se refiere a la no realización consciente por parte del médico de un tratamiento al feto exento de riesgos significativos para éste. Podría admitirse la posición de garante del facultativo en relación con la salud del feto desde el momento que se hizo cargo de su control, y siempre que estuviera cualificado para realizar dicho tratamiento. En este caso la omisión de ese tratamiento sólo podría estar justificada cuando colisionase con el cumplimiento de un deber de rango prioritario<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> L. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 632 y ss.

<sup>25</sup> C. M. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética*, op. cit., pp. 401 y ss.

<sup>26</sup> Sobre la solución de colisión de deberes, remitámonos a J. CERZO MIR, *Curso de Derecho Penal*, op. cit., pp. 192 y ss.



### C) Penalidad

La penalidad correspondiente al delito de lesiones dolosas en el feto está compuesta de una pena de prisión de uno a cuatro años y de otra de inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años. De acuerdo con este artículo, aunque en realidad se trata de un tipo no especial de autor, la pena de la —inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria— confirma que el legislador estaba pensando básicamente en lesiones causadas por profesionales. Si la conducta es realizada por un tercero que no tenga la condición de profesional sanitario, la pena de inhabilitación sanitaria consistirá entonces en la incapacidad para acceder al ejercicio de cualquier profesión sanitaria o a la prestación de servicios en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados.

Hay autores que han puesto en tela de juicio la penalidad de este delito desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Así, Latorre Latorre<sup>27</sup> encuentra en la comparación de las penas una incongruencia y considera que son desproporcionadas, en primer lugar, porque se castigan más las lesiones al feto que el aborto consentido, y, en segundo lugar, porque para las lesiones al feto se establece una pena de inhabilitación que, sin embargo, no está prevista para los delitos de lesiones a personas nacidas. No obstante, este autor opina que sí existe proporcionalidad entre las penas correspondientes al aborto no consentido y a las lesiones al feto, puesto que son más elevadas las del primero<sup>28</sup>.

También resulta llamativo que la pena prevista para el delito de lesiones al feto sea más grave que la establecida para el delito de lesiones a un nacido (art. 147, prisión de seis meses a tres años, o arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses, según el párrafo que resulte aplicable), no obstante, ha de tenerse en cuenta que las lesiones al feto tipificadas son únicamente las graves, mientras que el tipo de lesiones al nacido, tomado como referencia, alude tan sólo a los tipos básico y atenuado, pues otros tipos cualificados de lesiones prevén penas más graves (v. arts. 148 y 149)<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Virgilio LATORRE LATORRE, «Lesiones al feto», *Mujer y Derecho Penal*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 204.

<sup>28</sup> De la misma opinión es C. M. ROMEO CASABONA, «Genética y derecho penal...», *op. cit.*, p. 166.

<sup>29</sup> Véase sobre esta cuestión F. FLORES MENDOZA, «El delito de lesiones al feto...», *op. cit.*, p. 190.

Sin embargo, no toda la doctrina opina lo mismo, sino que por el contrario hay quien considera que sí existe alguna incongruencia pero esta se da, justamente en el caso en que Latorre encuentra que hay proporcionalidad. Se defiende que el aborto sin consentimiento y las lesiones al feto también sin consentimiento de la mujer, son imponderables<sup>30</sup>. Por tanto, en ausencia de consentimiento de la madre, estima que entre la pena del aborto y la de las lesiones al feto existe una incongruencia, una desproporcionalidad, en el sentido, en este caso, de que, a la vista de la valoración que merecen las lesiones al feto, la pena prevista para éstas debe estimarse insuficiente, escasa, para reflejar la mayor gravedad de las lesiones con respecto a la muerte del feto. A juicio de Gracia, la pena para el delito de lesiones al feto debiera ser superior, o cuando menos igual a la prevista para el aborto sin consentimiento de la embarazada.

Personalmente considero, que la penalidad de estos dos supuestos es una cuestión ardua que no encuentra una respuesta fácil en el texto de la ley. Entiendo, que el aborto no consentido establezca penas mucho más graves que el delito de lesiones al feto, dado que con aquél se ven afectados bienes jurídicos de los que es titular la madre —pensemos en su libertad personal procreativa— y además, es más acorde con el ordenamiento jurídico penal que se proteja con mayor rigor la protección de la vida que su integridad.

Sin embargo, considero que el Código Penal no llega a soluciones satisfactorias al respecto puesto que al referirse al delito de aborto sin consentimiento pierde de vista el momento de desarrollo biológico que tiene el embrión en ese momento —cuestión que sí tiene presente, por ejemplo, en las indicaciones del aborto embriopático y criminológico, en las que pasado un plazo, el feto ha alcanzado una madurez tal que es digna de una mayor protección—. Por tanto, este matiz podría llegar a plantear la cuestión de si es más grave un aborto no consentido de un feto —2 meses—, que las lesiones dolosas o imprudentes<sup>31</sup> ocasionadas a un feto de 8 meses, lesiones que perdurarán en el nacimiento y por tanto, las padecerá el ya nacido durante toda su vida, algo que supone no sólo un daño moral sino también económico para toda la familia y para el propio sujeto afectado. De acuerdo con la dicción del Código Penal este último supuesto se resolvería castigando con más

---

<sup>30</sup> L. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 644 y ss.

<sup>31</sup> Estructuralmente la figura delictiva del art. 157 acoge tanto las lesiones al feto consentidas (aunque resulte difícilmente imaginable esta hipótesis) como no consentidas por la madre. En esta línea véase C. M. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética*, op. cit., pp. 400 y ss.

pena el aborto sin consentimiento, mas no cabe duda que en tal situación aparecerían algunos interrogantes.

#### D) *Supuestos de concurso*

Considero de interés plasmar los posibles concursos de leyes o de delitos que se pueden presentar con otras figuras delictivas, debido a la naturaleza y a los medios que se pueden emplear actualmente para producir una lesión al feto<sup>32</sup>.

1. Un concurso ideal propio de delitos entre unas lesiones al feto y unas lesiones a la mujer embarazada. En efecto, la conducta lesiva puede suponer al mismo tiempo lesiones al feto y a la mujer embarazada, estando entonces ante un concurso ideal de delitos, en el que un solo hecho constituye dos o más infracciones y a resolver según lo dispuesto en el art. 77 del Código Penal de 1995.
2. Generalmente, el dolo característico del delito de aborto incluye el dolo de lesionar al feto, de ahí que la destrucción del feto dé lugar a un concurso de leyes a resolver por el principio de consunción (art. 8.3 del Código Penal de 1995) a favor del primero.
3. El delito de manipulación genética del art. 159 Código Penal de 1995 también puede entrar en concurso —ideal— con el delito de lesiones al feto, bien porque éstas sean el resultado de aquélla, bien porque aquélla sea el medio empleado para llegar a éstas, más improbable. Teniendo en cuenta la presencia de bienes jurídicos diferentes en ambas figuras: la integridad genética del no nacido en las lesiones y la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico (herencia genética) en las manipulaciones. La solución al caso tiene diferentes enfoques. Así, González Cussac<sup>33</sup> propone resolver estos conflictos por un concurso ideal de delitos mientras que,

---

<sup>32</sup> Véase más ampliamente: VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS, PRATS CANUT, TAMARIT SUMALLA y GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial...*, *op. cit.*, p. 118; F. FLORES MENDOZA, «El delito de lesiones al feto...», *op. cit.*, pp. 191 a 196; F. SUANZES PÉREZ, «Los delitos de lesiones. Especial referencia a las lesiones al feto», *Lecciones de Derecho Sanitario, op., cit.*, p. 506; Marisé GONZÁLEZ, «Las lesiones fetales», *Cuadernos Jurídicos*, n.º 10, 1993, pp. 12 y 13.

<sup>33</sup> Véase sobre esta cuestión J. C. CARBONELL MATEU y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «Comentarios...», *op. cit.*, p. 813.

Romeo Casabona<sup>34</sup> considera que se estaría ante un concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad, finalmente, Cuerda Riezu<sup>35</sup> estima que se resolvería a través del principio de especialidad.

Personalmente, creo que la solución correcta sería la aplicación de un concurso ideal entre ambas figuras, puesto que se protegen bienes jurídicos diferentes; de lo contrario, se equipararían al desvalor del hecho una manipulación genética típica que provocase graves lesiones a otra que no lo hiciese.

### 2.1.3. El tipo imprudente de lesiones al feto

En este precepto se castiga el mismo hecho material y objetivo de la causación de lesiones fetales, pero cuando las mismas fueran cometidas por imprudencia grave o profesional. Como ya he dicho antes, los elementos objetivos del tipo de las lesiones al feto por imprudencia, son iguales a los del tipo doloso, en lo que se refiere al resultado típico, a la relación de causalidad, sujeto activo, etc. La diferencia, por tanto, radicará en el diferente título subjetivo de imputación relevante para cada uno y en su correspondiente penalidad.

El tipo penal al que se refiere este artículo queda limitado a la imprudencia grave. No existe una falta de lesiones al feto y obviamente la falta de lesiones contra las personas del art. 621.3 Código Penal de 1995 no es de aplicación. Son, por tanto, atípicas las agresiones al feto por imprudencia leve con independencia de que se produzca un resultado leve o grave, incluso, cuando el resultado sea la destrucción del feto o la muerte de la persona poco después de nacer<sup>36</sup>. La impunidad de estas conductas responde al carácter residual de la protección jurídica del feto.

Asimismo, el párrafo segundo del art. 158 castiga un tipo de lesiones al feto por imprudencia grave, pero agravado por la cualidad profesional de la imprudencia. En realidad, la imprudencia en el ámbito profesional sanitario es precisamente donde puede producirse esta lesión con mayor asiduidad.

---

<sup>34</sup> C. M. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética...*, *op. cit.*, p. 403.

<sup>35</sup> A. CUERDA RIEZU, «Los delitos...», *op. cit.*, p. 228.

<sup>36</sup> Jaime M. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España (Principios penales fundamentales y tipificación penal de las genotecnologías)*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 167.

Analizado ya el tipo penal del delito de lesiones, nos quedan sólo por ver un par de cuestiones: la primera, sería mencionar las decisiones judiciales que se han dictado con ocasión de las lesiones al feto desde 1995<sup>37</sup>; la segunda, decir que esta experiencia legislativa española no tiene reflejo semejante en otros países<sup>38</sup>.

## 2.2. *Aborto imprudente*

La figura del aborto imprudente ya estuvo regulada en el anterior Código Penal (1973), mas recogía únicamente la modalidad de aborto imprudente que entonces era imaginable, dado el estado de la técnica y los conocimientos existentes en el ámbito médico —castigaba el aborto ocasionado violentamente, a sabiendas del estado de embarazo de la mujer, cuando no hubiera habido propósito de causarlo (art. 412)—. No obstante la defectuosa redacción del artículo, en cuyo seno se podía entender comprendidas las conductas violentas de naturaleza dolosa-eventual como las meramente imprudentes, propició la impunidad de numerosos supuestos de negligencia médica que por su gravedad intrínseca resultaban merecedores de conminación penal<sup>39</sup>.

Posteriormente, los nuevos avances científicos y tecnológicos en la biomedicina demostraron un aumento en las posibilidades de acceso e intervención en el embrión. Este pasaba a ser más vulnerable y por ello, se demostró la insuficiencia de la regulación penal en relación con el aborto imprudente, recogido en el art. 412 Código Penal de 1973. En

---

<sup>37</sup> La Sala de lo penal del Tribunal Supremo (STS de 5 de abril de 1995) condena a una matrona que infringió las normas reglamentarias, advirtiendo los magistrados que «los elementos de información que facilita el proceso permiten advertir una grave negligencia por darse cita en el hecho, imprevisión e irreflexión meridiana, y la infracción de las más elementales normas de cuidado». En opinión de Pastora García, con esta sentencia el Tribunal Supremo, extendió la aplicación del precepto sancionador penal (puesto que aún no estaba en vigor el CP95), algo que no es correcto hacer puesto que no puede verse tentado a sancionar una conducta no prevista legalmente, por el simple hecho de considerarla merecedora de castigo, sino que ha de limitarse a emplear los mecanismos legales previstos para estos casos. P. GARCÍA ÁLVAREZ, «Lesiones al feto. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995», *Cuadernos jurídicos*, n.º 43, 1996, p. 19.

<sup>38</sup> Véase en relación con el delito de lesiones fetales tratado desde el punto de vista del derecho comparado: M. A. SOTO LAMADRID, *Biogenética, filiación y delito...*, op. cit., pp. 205 y ss.

<sup>39</sup> Véase sobre esta cuestión la STS de 22 de enero de 1999 y el trabajo de Ignacio PÉREZ VALERO, «El problema del límite mínimo en la delimitación del objeto material en los delitos de homicidio y lesiones (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1999)», *Actualidad Penal*, n.º 29, 1999, pp. 571 a 588.

consecuencia, cuando se redactó el Código Penal de 1995 se tuvo en cuenta aquella laguna legal y se procedió a la tipificación del aborto imprudente de acuerdo con la nueva situación. Así en el art. 146, incluido en el Título II, Libro II, «Del aborto» reza lo siguiente: «El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana.

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

Con esta redacción se supera la situación anterior en materia de aborto culposo, quedando regulado expresamente el aborto cometido por tercero por imprudencia grave, la imprudencia profesional, y la impunidad de la embarazada en los supuestos de autoaborto imprudente<sup>40</sup>. Como advierte el tenor literal, se castiga únicamente la «negligencia grave» quedando impunes en el Código Penal de 1995 los supuestos de aborto mediando imprudencia leve, al no existir la correlativa falta de aborto por imprudencia leve. La doctrina penal mayoritaria<sup>41</sup> se ha pronunciado en sentido favorable a esta opción político-

---

<sup>40</sup> Una reflexión que se plantea es la posible exigencia de responsabilidad civil a la embarazada en los supuestos de autoaborto imprudente, una vez excluida la actuación penal del art. 146. Dicha hipótesis deriva de situaciones acaecidas en nuestro ámbito cultural occidental (niños con malformaciones que alcanzada la mayoría de edad adulta deciden emprender un proceso contra sus padres biológicos, dirigido a exigir la responsabilidad civil en virtud de las acciones lesivas para el feto que dolosa o imprudentemente éstos hubieran podido haber llevado a cabo durante la gestación). V. Aitziber EMALDI-CIRIÓN, *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, op. cit., pp. 259 y ss.

Sin embargo, dicho supuesto difiere sensiblemente del de autoaborto culposo objeto de estudio. En principio, surgen problemas evidentes en relación con la legitimación procesal para iniciar dichas actuaciones —toda vez que el fruto de la concepción en el caso del art. 146, ha fallecido durante el embarazo—. Quedaría únicamente abierta la posibilidad de ejercicio de la acción a instancia del cónyuge o de los familiares de la abortada, resultando relativamente infrecuente en la práctica que cualquiera de los anteriores emprendiese la citada iniciativa judicial. En todo caso, queda aquí abierta dicha posibilidad, en torno a cuya admisibilidad a trámite y posterior sustanciación habrán de resolver los Tribunales en el caso de que algún supuesto de hecho de dicha naturaleza llegue a su conocimiento. Asier URRUELA MORA, «Sobre el delito de aborto imprudente a la luz del anterior y del actual CP», *Actualidad Penal*, n.º 6, 2000, p. 140.

<sup>41</sup> J. M. VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS, PRATS CANUT, TAMARIT SUMALLA y GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial...*, op. cit., pp. 78 y ss.; Patricia LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 299 y ss.

criminal de criminalizar el aborto imprudente con carácter general y consideran punible el aborto provocado por el hecho de incumplirse las normas más elementales de cuidado<sup>42</sup>.

Es de interés destacar como novedad la introducida por la redacción del art. 146 Código Penal de 1995 relativa a la pena de inhabilitación prevista para los supuestos de imprudencia profesional. La citada previsión obliga a una concreción de las conductas implicadas en el ámbito de dicha agravación. En principio, se establece en este supuesto una pena principal privativa de derechos, cuya naturaleza en atención a la previsión del art. 33 Código Penal de 1995 es la de pena menos grave «inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años». En cuanto al fundamento de la agravación en los supuestos de imprudencia profesional la doctrina no es unánime. La doctrina penal mayoritaria ha cuestionado la configuración de la imprudencia profesional, de hecho, Cerezo Mir considera que dicha circunstancia calificativa atenta contra el principio de culpabilidad, ya que implica un residuo de responsabilidad objetiva. Además, el citado autor propone que «cuando la reprochabilidad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido fuera mayor por ser el autor profesional, el Tribunal podrá y deberá tenerlo en cuenta en la mediación de la pena, dentro del marco fijado por la ley»<sup>43</sup>. En la misma línea Gracia sostiene la práctica inexistencia de niveles de cuidado objetivo superiores para quienes ejercen una profesión, por lo que la negligencia profesional no podría fundarse en una supuesta mayor gravedad del injusto. Entiende, con base en lo anterior, que la agravación entrará en aplicación de modo automático por el hecho de que el sujeto activo de la imprudencia sea un profesional, lo que a su juicio constituye una infracción del principio de culpabilidad<sup>44</sup>.

Frente a la concepción mayoritaria, aparecen buenas argumentaciones que contrastan con los comentarios precedentes. En efecto, Flo-

---

<sup>42</sup> Por el contrario, hay quienes mantenían una argumentación opuesta a la incriminación general del aborto imprudente con anterioridad a la promulgación del CP95, basando dicha opinión en la dificultad para la demostración de la relación de causalidad concurrente entre imprudencia y resultado punible (aborto), situación ante la cual podía llegar a crearse un peligro en la intimidad familiar de naturaleza aún más grave que el hecho objeto de incriminación. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, *op.*, *cit.*, pp. 79 y ss.

<sup>43</sup> J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, *op.*, *cit.*, pp. 178 y ss.; asimismo, Asier URRUELA MORA, «Sobre el delito de aborto imprudente a la luz del anterior y del actual CP», *op.*, *cit.*, p. 135.

<sup>44</sup> L. GRACIA MARTÍN, en J. L. DÍEZ RIPOLLÉS y P. LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal Parte especial*, *op.*, *cit.*, pp. 156 y ss.

res<sup>45</sup> al interpretar el art. 158.II Código Penal de 1995 —análogo en este punto al precepto analizado—, considera que el tipo agravado allí establecido se fundamenta en el mayor desvalor concurrente en la imprudencia profesional. Asimismo, Gratacós<sup>46</sup> manifiesta que desde una perspectiva estrictamente preventiva puede resultar justificada la imposición de una pena vinculada a la imprudencia profesional, y ello en virtud de la presunción social de capacitación para el desarrollo de una concreta actividad, inherente a la ostentación de un determinado título académico, por lo que si el sujeto a través de la comisión de un hecho previsto como delito pone de manifiesto su falta de pericia, es decir, la carencia de conocimientos y capacidades para el ejercicio de dicha profesión, resulta justificada la aplicación de la pena de inhabilitación especial, en atención a la mayor peligrosidad para los bienes jurídicos penalmente protegidos, demostrada a través de su conducta.

Personalmente, coincido con la argumentación mantenida sobre el particular por la doctrina minoritaria, considerando que el tipo agravado se debe fundamentar en el mayor desvalor concurrente en la imprudencia profesional. En efecto, hay que diferenciar cuando las intervenciones son hechas por un profano de las realizadas por un profesional, el cual tiene mayores conocimientos, además de disponer de la técnicas y de los centros habilitados para proceder a prácticas médico-sanitarias.

Por consiguiente, sin salirnos de nuestro campo de estudio, observamos que durante el proceso del consejo genético pueden existir supuestos concretos en los que debido a la imprudencia médica se provoca un aborto. Estaríamos por tanto ante un supuesto tipificado por el art. 146 Código Penal de 1995. En efecto, hoy en día, puede suceder que mediante las técnicas invasivas del diagnóstico prenatal se generen lesiones fetales, incluso, es posible que se provoque la interrupción del embarazo. No hemos de olvidar que existe un cierto margen de riesgo derivado de la propia naturaleza de la intervención, por lo que no cabrá apreciar tipicidad de la conducta más que en los supuestos de inobservancia del cuidado debido. Por ello, si el profesional sanitario actúa negligentemente procederá la incriminación de la conducta en virtud del art. 146 Código Penal de 1995, siempre que se pruebe la relación de causalidad entre la acción del profesional y el resultado de aborto y éste se impute objetivamente a aquella conducta.

---

<sup>45</sup> F. FLORES MENDOZA, *El delito de lesiones al feto...*, op. cit., p. 189.

<sup>46</sup> Nuria GRATACÓS GÓMEZ, La imprudencia en el nuevo Código Penal. Especial referencia de la imprudencia profesional y la inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión, oficio o cargo», *Derecho y Salud*, vol. V, n.º 1, 1997, pp. 69 y



Otro supuesto de aborto imprudente que se puede plantear durante el consejo genético es el realizado con base en un diagnóstico prenatal erróneo. En efecto, es posible que exista un error en el dictamen por parte del especialista encargado del mismo, apreciando la concurrencia de graves taras en el feto no existentes en realidad (diagnóstico de falso positivo), diagnóstico que servirá para llevar a cabo un posterior aborto embriopático. Aunque lo estudiaremos en profundidad más adelante<sup>47</sup>, cabe adelantar que se plantea, la posible subsunción de la conducta del especialista que emite el dictamen en el tipo de aborto imprudente recogido en el 146 Código Penal de 1995. En todo caso, se trataría como afirma Romeo «de un supuesto de participación culposa en un hecho típico doloso —ya que el médico que practica el aborto actúa con dolo, si bien mediatizado por el error de prohibición—, cuestión no resuelta pacíficamente por la doctrina, aunque por el momento comparto el criterio mayoritario de que dicha participación no es posible en los delitos culposos en general, tratándose en estos casos más bien de la autoría de un delito culposo»<sup>48</sup>. Por tanto, y excluida la posibilidad anterior, únicamente cabría afirmar la tipicidad de dicha conducta de considerar al especialista autor mediato imprudente, a pesar de que no resulta pacífica en la doctrina la admisión de la autoría mediata en los delitos culposos. Sin embargo, hay autores que se pronuncian en favor de esta posibilidad, al considerar que dicha modalidad típica concurre cuando una conducta no cuidadosa marca forzosamente el sentido y curso de una segunda conducta que determina directamente el hecho, pero funcionando como mero instrumento de la primera, es decir, sin que la decisión de actuar haya sido plenamente consciente y libre<sup>49</sup>. Por consiguiente, cuando el error en el dictamen derive de imprudencia grave por parte del especialista, podrá aplicarse en este caso el tipo previsto en el art. 146 Código Penal de 1995 (considerándolo un supuesto de autoría mediata de un delito imprudente), además de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o cargo establecida en el citado precepto.

### 2.3. Lesiones en la mujer gestante

Como ya se expuso anteriormente, cuando se utilizan técnicas invasivas para tomar las muestras necesarias con el propósito de proceder

---

<sup>47</sup> Véase más adelante apartado 3.1.

<sup>48</sup> C. M. ROMEO CASABONA, «Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas», *op. cit.*, p. 161.

<sup>49</sup> José Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal Español*, Comares, Granada, 1996, pp. 321 y ss.

a un análisis genético, puede ocurrir que se produzca algún tipo de lesión en la mujer. El Código Penal de 1995 recoge en su Título III los delitos relativos a las lesiones, distinguiendo entre el tipo básico, uno privilegiado y cinco cualificados. Así, el artículo 152 trata la punición de los delitos imprudentes de lesiones.

Sin embargo, en este apartado sólo voy a analizar la punición de los delitos imprudentes de lesiones provocados por un profesional (art. 152.3)<sup>50</sup>, excluyendo, por tanto, el análisis del delito de lesiones cometido por un facultativo de manera dolosa. El motivo es, precisamente, que durante el proceso del consejo genético si se produjera algún tipo de lesión, ésta será, con toda probabilidad, imprudente, tal vez con la agravación de la imprudencia profesional grave<sup>51</sup>.

Así, en relación con este supuesto el tratamiento médico realizado conforme a la *lex artis*, con diligencia, y con intención diagnóstica o terapéutica, excluye la parte subjetiva del tipo imprudente. Además, si el objeto de tutela es la salud, cualquier intervención que redunde en beneficio de la paciente tampoco podrá considerarse típica, al margen de la cuestión del consentimiento, el cual, no obstante, es relevante en estos casos.

#### 2.4. Muerte de la mujer gestante

No cabe duda de que, excepcionalmente, puede ocurrir que al proceder a la toma de muestras pudiera producirse la muerte de la mujer. En efecto, dicho proceder se podría reconducir al delito de homicidio. En este sentido, el Código Penal de 1995 estipula: a) que quien por *imprudencia grave* causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años

---

<sup>50</sup> En este artículo 152.3 se dice que cuando los hechos referidos a las lesiones fueran cometidos por imprudencia profesional se impondrá la pena de inhabilitación especial para ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años.

<sup>51</sup> La imprudencia grave del CP95 equivale a la temeraria del CP73. Además, la expresión «imprudencia profesional» (art. 152.3) que se utiliza ahora en vez de la expresión anterior «negligencia o impericia profesional» no constituye obstáculo alguno para seguir afirmando la punibilidad agravada de ambos supuestos, ya que la infracción de la norma de cuidado puede manifestarse tanto en la realización de una actividad peligrosa sin la preparación técnica que la misma requiere, como en una indebida aplicación de los conocimientos atribuibles a la falta del esmero, atención o diligencia exigibles al profesional médico. José María TAMARIT SUMALLA *et al.*, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, *op. cit.*, p. 744; J. C. CARBONELL MATEU y J. M. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 51.

(art. 142.1); b) cuando el homicidio fuere cometido por *imprudencia profesional* se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años (art. 142.3).

Estas conductas son delictivas pero su equivalente venial se recoge en el art. 621.2, al estipular que aquellas personas que por *imprudencia leve* causaren la muerte de otra persona serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

A continuación voy a analizar únicamente estos artículos por considerar, que son los que pueden estar más cercanos al proceso del consejo genético.

En relación con el art. 142.3, podemos observar que el homicidio por imprudencia requiere la producción de un resultado de muerte de la mujer embarazada, acaecido en el contexto hospitalario, es decir, se trata de imprudencias cometidas por profesionales y en el ejercicio de la profesión<sup>52</sup>. Además, se requiere que la imprudencia sea grave. Por tanto, es preciso la realización de una acción sin la debida diligencia, lesionando el deber objetivo de cuidado que es necesario tener en cuenta en la ejecución de acciones que previsiblemente pueden producir la muerte de alguien. Es de interés mencionar la importancia que tiene la previsibilidad de la muerte, puesto que la misma constituye, en consecuencia, un elemento conceptual del homicidio imprudente.

Por consiguiente, la inobservancia del cuidado objetivamente debido, el resultado, la relación de causalidad que debe existir entre éstos dos elementos, así como los criterios de imputación objetiva oportunos hacen que pueda imputarse el homicidio imprudente a través de los preceptos mencionados<sup>53</sup>. Habrá tantos delitos como resultados se deriven de una sola acción imprudente —en el supuesto al que nos referimos, podría producirse la muerte de una mujer a la vez que la del feto,

---

<sup>52</sup> En relación con la negligencia profesional. JOSÉ CERESO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, op. cit., pp. 151 y ss.; J. C. CARBONELL MATEU y J. M. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, op. cit., p. 52.

<sup>53</sup> Véase esta cuestión en J. CERESO MIR, *Curso de Derecho Penal*, op. cit., pp. 51 y ss. Siguiendo a este autor, para que concurra el tipo de lo injusto de los delitos de acción imprudente es preciso, en primer lugar, que el resultado o la cualidad de la acción no queridos se hayan producido por imprudencia, como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. El derecho exige para realizar las diversas acciones en la vida social una determinada diligencia o cuidado. Se trata de una medida objetiva, que está en función de la necesidad de protección de los bienes jurídicos y de las exigencias de la vida social. El deber de cuidado es, por tanto, un deber objetivo.

teniendo en cuenta que este último resultado se incluiría en el delito de aborto—.

Nos venimos refiriendo a un homicidio imprudente grave, sin embargo también puede plantearse una imprudencia leve y por consiguiente, constitutiva de falta. En efecto, la gravedad de la imprudencia no depende del bien jurídico protegido, sino de la intensidad de la infracción del deber de cuidado<sup>54</sup>. De ahí que el artículo 621.2 del código penal prevea en este caso, una falta de homicidio imprudente. Sin embargo, estamos ante un tipo de lo injusto imprudente distinto al del homicidio por imprudencia grave, pero cuya estructura no difiere en nada a la de aquél, puesto que para su apreciación se requieren los mismos elementos típicos, a salvo de la mayor o menor gravedad de la respectiva infracción del cuidado debido.

En definitiva, cuando a lo largo de las pruebas pertinentes del consejo genético se produjera la muerte de la mujer por imprudencia profesional, dicho actuar será punible —aunque existiese consentimiento de la mujer al acto médico—, cuando la inobservancia grave del cuidado objetivamente debido sea demostrable.

### **3. Negligencia en la valoración e interpretación de los resultados**

El consejero genético tiene en sus manos el resultado de las pruebas. En este preciso momento, ha de realizar la valoración y la interpretación de los resultados, objetivos ambos de gran relevancia, puesto que ha de valorar la situación teniendo presentes todos los datos que ha obtenido hasta el momento sobre su paciente.

Una vez que analiza, valora e interpreta los resultados, el consejero genético alcanzará un diagnóstico. En principio, si se ha actuado con la debida diligencia, si se ha estudiado el caso a conciencia y siempre que no se produzcan circunstancias espontáneas que malogren la situación, con toda seguridad, el diagnóstico será el correcto.

El problema puede surgir cuando debido a ciertas circunstancias se produce un error en el diagnóstico, con las consabidas consecuencias perjudiciales para el paciente y para el propio médico, puesto que éste deberá hacer frente a su fallo y responder por vía civil o, incluso,

---

<sup>54</sup> L. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 150; J. C. CARBONELL MATEU y J. M. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, op. cit., p. 52.

penal. De entre estas circunstancias destacamos<sup>55</sup>: 1) cuando se establece un diagnóstico sin haber examinado previamente al paciente; 2) cuando para la emisión del diagnóstico no se ha servido, siendo ello posible, de todos los instrumentos y aparatos que suelen ser utilizados en la práctica profesional; 3) cuando no se toma en consideración, al formular el diagnóstico, las eventualidades más remotas que pueden ocurrir, y que son tenidas en cuenta tanto en el plano científico como experimental.

En definitiva, es posible que el profesional sanitario llegue a un diagnóstico erróneo del que se derivarán consecuencias muy diferentes dependiendo de la etapa del proceso en la que se encuentre, o de si se trata de un error burdo o invencible<sup>56</sup>.

Así, en el supuesto de que se ofrezca un diagnóstico preconceptivo o prenupcial erróneo, difícilmente se dará lugar a responsabilidad penal por parte del profesional sanitario. Esta teoría la defiende de una manera clara Montano<sup>57</sup> al decir que no habrá responsabilidad, por cuanto el error en el diagnóstico pudo determinar dos actitudes: casarse o no; y tener hijos o no.

Aunque dichos supuestos —no casarse, no procrear—, no estarían recogidos en el ordenamiento jurídico, sin embargo, no estoy de acuerdo con este planteamiento, ya que en el caso de que la pareja decidiera no tener descendencia las consecuencias pueden ser más graves, en tanto en cuanto son muchas las posibilidades para evitarlo, entre las que se encuentra, por ejemplo, la esterilización.

Por otra parte, si se trata de un error en el diagnóstico prenatal, podemos observar que algunas consecuencias jurídicas son parecidas a las presentadas en el caso anterior y otras afectan a terceras personas lo que puede implicar una mayor responsabilidad.

Por tanto, para poder estudiar con más detenimiento estos errores diagnósticos, vamos a plantear dos supuestos diferentes: cuando se trate de un falso positivo y cuando sea un falso negativo. En estos casos se puede plantear un ilícito penal o bien se puede generar responsabi-

---

<sup>55</sup> Peter S. HARPER, *Practical Genetic Counselling*, J. Wright & Sons, Bristol, 1984, pp. 7 y ss.

<sup>56</sup> Véase en este sentido: Enrique RUIZ VADILLO, «La responsabilidad civil y penal de los médicos (especial referencia a los anestelistas)», *DS*, vol. 3, n.º 1, 1995, pp. 72 a 75; Carlos A. GHERSI, *Responsabilidad por prestación médico asistencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pp. 100 a 102; M. BRAZIER, *Medicine Patents and the Law*, Ed. Penguin Group, Londres, 1992, p. 126.

<sup>57</sup> Véase sobre esta cuestión, P. MONTANO, *Responsabilidad penal de médicos y consejeros*, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1991, pp. 75 y ss.

alidad civil y por tanto, obligar a reparar los daños y perjuicios causados a las personas (art. 1902 CC)<sup>58</sup>.

### 3.1. *Falsos positivos*

Los identificados falsamente como positivos son casos en que los individuos examinados se identifican inicialmente como portadores del defecto genético, pero con posterioridad se descubre su inexistencia<sup>59</sup>.

De acuerdo con estos resultados falsos positivos, las personas toman sus decisiones, reproductivas que en algunos supuestos pueden plantear repercusiones jurídicas como, en las siguientes circunstancias:

- a) El primer supuesto sería el recurso a un *aborto embriopático*<sup>60</sup> cuando se cree que existen malformaciones fetales —creencia errónea provocada por un diagnóstico incorrecto—. En tal caso, para proceder al aborto embriopático hubiera sido necesario que dos especialistas emitieran un dictamen médico previa-

---

<sup>58</sup> Código Civil, art. 1902: «1. La ejecución de un hecho descrito en la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil».

<sup>59</sup> G.H. KIEFFER, *Bioética*, Ed. Alhambra Universidad, Madrid, 1983, p. 160.

Un supuesto típico, es que el laboratorio que analiza el fluido amniótico detecte un feto con un mosaico de trisomía 13. El médico genetista responsable puede que no esté de acuerdo con este resultado y considere la posibilidad de que sea un falso positivo, bien porque el resultado es ambiguo o por considerar que hay un fallo del laboratorio. D. C. WERTZ y J. C. FLETCHER, «Privacy and disclosure in medical genetics examined in and ethics of care», *Bioethics*, vol. 5, n.º 3, 1991, p. 223.

<sup>60</sup> En España, existen tres indicaciones médicas por las que se permite la interrupción del embarazo:

1.º) Cuando sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2.º) Cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.º) Cuando se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las 22 primeras semanas de gestación y que el dictamen expresado con anterioridad a la práctica de aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

mente a la intervención, así como que el sujeto otorgase su consentimiento libre de vicios a dicha práctica. Posteriormente, otro médico sería quien realizaría la intervención. El controvertido planteamiento jurídico se presenta cuando los dictámenes precedentes a la intervención son erróneos. En ese caso, la persona que emitió el dictamen erróneo será considerado como autor mediato imprudente, puesto que erróneamente infringió los deberes objetivos de cuidado ofreciendo un dictamen falso, el cual fue decisivo y con el cual se tenía dominio de la situación<sup>61</sup>. No obstante, este proceder —dictaminar erróneamente— no equivale a lesionar necesariamente, sino que necesita la conducta de otra persona que practique la intervención. Por consiguiente, este segundo sujeto —también médico— responderá como autor directo de un hecho doloso porque sabía lo que hacía y conocía los efectos de la intervención. Sin embargo, se puede decir que su actuar estaba amparado por un error de prohibición invencible<sup>62</sup> ya que el consentimiento es una causa de justificación (error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación).

- b) Otro supuesto se plantearía cuando tras un diagnóstico preconceptivo erróneo se confirma que el futuro progenitor es portador de una enfermedad genética grave, y por tanto, con base en esa información el sujeto decide libremente recurrir a la *esterilización*<sup>63</sup> para evitar transmitir dicha enfermedad a su des-

---

<sup>61</sup> Sobre esta cuestión, veamos Virgilio LATORRE LATORRE (coord.), «Lesiones al feto», *Mujer y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 203; Joan CÓRDOBA RODA, «Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo código penal», *Derecho y Salud*, n.º 2, vol. 4, 1996, pp. 140 a 146; Laure FINEL, «La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies foetales», *Rev. Dr. Sanit. Soc.*, 33 (2), 1997, pp. 223 a 238; Carlos María ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, op., cit., pp. 405 y ss.

<sup>62</sup> Entiendo que ha de resolverse como un error de prohibición, es decir, de acuerdo con el art. 14.3 CP95 por el que el sujeto estaría exento de responsabilidad penal. J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal*, op. cit., pp. 100 y ss.

<sup>63</sup> En relación con la esterilización de las personas el Código Penal estipula:

Art. 149: «El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años».

Art. 156: «No obstante, lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, *esterilizaciones* y cirugía transexual realizadas por facultativo salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otor-

endencia. En este supuesto el mismo médico que emitió el dictamen erróneo es quien procede a la intervención por lo que será considerado como un autor directo de un delito doloso de lesiones (art. 149 Código Penal de 1995) bajo creencia errónea de estar amparado por una causa de justificación (error de prohibición)<sup>64</sup> dado que el consentimiento otorgado por el paciente no es válido, al hallarse viciado por la errónea representación de la realidad que ha provocado a su vez aquél diagnóstico erróneo.

### 3.2. *Falsos negativos*

Los identificados falsamente como negativos son casos en los que la prueba inicial no detecta la condición de portador y se supone que los individuos están libres de anomalías cuando, de hecho, son heterocigóticos portadores.

Desde el punto de vista penal, si el médico comete un error diagnóstico y no detecta anomalías, de tal manera que la mujer no recibe la información adecuada para decidir sobre la interrupción del embarazo y el niño nace con taras graves, la conducta es atípica penalmente porque el médico no causa dichas anomalías, ni podrían imputársele tampoco en comisión por omisión<sup>65</sup>. En efecto, sin entrar ahora en la cuestión de la hipotética posición de garante del profesional respecto a la vida y a la salud del feto, al menos por el momento faltaría la capacidad de acción, puesto que en la actualidad, por lo general, no son posibles tratamientos del feto in útero, que sean efectivos. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la conducta del médico no consiste

---

gante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz».

<sup>64</sup> El error de prohibición del médico podrá ser vencible o invencible dependiendo de la dificultad técnica.

<sup>65</sup> No cabe duda que conceptualmente ambos delitos admiten la comisión por omisión. Véase en este sentido, expresamente en relación con el delito de lesiones al feto por imprudencia: L. GRACIA MARTÍN, Díez RIPOLLÉS y LAURENZO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, op., cit.*, pp. 624 y ss.



en una omisión de acción determinada (la del tratamiento del feto), sino en que con su conducta —presuntamente negligente— al emitir un diagnóstico equivocado y, por ello, incorrecto (falso negativo) impide que otro especialista pueda realizar la acción de protección del bien jurídico (el especialista capacitado para realizar el tratamiento oportuno), respecto al cual sería más problemático determinar al menos su propia posición de garante, en particular si todavía no se había iniciado una relación médico-paciente. No obstante, en este contexto deben abordarse las reclamaciones civiles que serían interpuestas contra los médicos —y, en ocasiones, contra las administraciones públicas— por su actuar negligente. En estas reclamaciones los progenitores solicitan una indemnización en nombre propio (*wrongful birth*) o en representación de su hijo (*wrongful life*), que las analicemos más abajo.

A continuación voy a referirme a las acciones civiles que se pueden plantear frente al médico por su actuar negligente, haciendo hincapié en las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth* que son las que realmente se derivan de los resultados de falsos negativos.

### **A) Acciones de *wrongful pregnancy* o *wrongful conception***

En ocasiones, los *errores médicos conducen a la concepción*, es decir, el médico incurre en un error que lleva al desenlace del embarazo de una mujer —embarazo no deseado por ésta—. En definitiva, nace un niño sano pero no querido<sup>66</sup>. En este apartado entrarían los siguientes

---

<sup>66</sup> Una opinión que merece la pena ser mencionada por controvertida, y de la cual disiento, dice a este respecto que: «*Un hijo no deseado*, por no planificado (o por presentar alteraciones congénitas), se convierte en un «*indeseable*»; y no sólo porque sea un intruso, que perturba la paz familiar y el equilibrio psíquico de la madre y por ello no merezca la pena nacer, sino que llega incluso a decirse que no es una vida humana. Además, esta vida —la del niño que va a nacer— no se convierte en vida más que por el deseo que yo, mujer, tengo de ella. Por el contrario, jamás será vida contra mi propia voluntad, sino un amasijo de células malignas que quemará en mi cuerpo traicionado». Así lo afirma Gisèle Halimi, la feminista francesa promotora de la legalización del aborto. A. SARMIENTO, G. RUIZ PÉREZ y J. C. MARTÍN, *Ética y genética. Estudio ético sobre la ingeniería genética*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1996, p. 72.

Son varios los motivos por los que discrepo de las ideas planteadas en el párrafo anterior. El primero, porque llega a afirmar que una vida no deseada no merece la pena nacer, el segundo porque se desprecia la idea de que el feto sea una vida humana, y el tercero porque consideran al feto como una parte del cuerpo de la mujer. A mi parecer, los argumentos planteados son impensables, puesto que el feto querido o no, sano o enfermo es una vida humana y además, el hecho de que una vida no deseada no merezca la pena ser vivida, es una cuestión que la tendría que decidir el niño

supuestos<sup>67</sup>: a) esterilizaciones fallidas o defectuosamente ejecutadas —operaciones fallidas de vasectomía o de ligaduras de trompas—; b) intervenciones esterilizantes realizadas correctamente, pero el tratamiento o la información posteriores fueron insuficientes, dando lugar a una concepción no deseada ni previsible. Así, por ejemplo, se ha de informar a los pacientes que durante un tiempo posterior a la intervención el uso de otras medidas anticonceptivas es necesario por formar parte del mismo tratamiento. De no proceder de esta manera puede producirse un embarazo posterior; c) interrupciones fallidas del embarazo.

Visto lo anterior, los padres que tienen un hijo no deseado por una negligencia médica —intervenciones fallidas, falta de información— demandan al facultativo para que éste responda por su actuar, reparando el daño causado con una indemnización. Por tanto, son las acciones de *wrongful conception* las que darán lugar —cuando sea pertinente—, a una responsabilidad civil médica y al consiguiente resarcimiento por los daños irrogados<sup>68</sup>.

---

—sano o enfermo—. Téngase en cuenta, que hay alternativas para los niños no deseados como es la de llevarlos a centros de acogida o darlos en adopción.

<sup>67</sup> Véanse algunos supuestos en los que se da lugar a un embarazo no planeado, por actuación incorrecta del médico: bien por falta de información posterior a una intervención o por información escasa que conduce a un nuevo embarazo. Véanse al respecto las siguientes sentencias españolas: a) Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994 (Sala Civil); y de 27 de junio de 1997 (Sala Civil), de 20 de mayo de 1998; b) las Sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz de 22 de abril de 1991 (Sala Civil); y de Valladolid de 19 de mayo de 1993, y de Oviedo de 30 de marzo de 2001.

En este sentido también en la jurisprudencia extranjera se pueden observar acciones de *wrongful pregnancy* frente a los médicos que informaron de manera sesgada a los pacientes sometidos a operaciones esterilizantes. Véanse así, los supuestos de *Behrmann and Another v. Klugman* en Sudáfrica, o el caso de *Eyrs v. Measday* en el Reino Unido. S. STRAUSS, «*Wrongful conception, wrongful birth and wrongful life: the first South African cases*», *Med Law*, n.º 15, 1996, pp. 162 y 163; V. P. ARGENT, «*Failed Female Sterilization and the Law*», *Medicine, Science and the Law*, vol. 25, n.º 2, 1985, pp. 137 a 142.

En sentido diferente al que se ha analizado en las sentencias precedentes, se ha de destacar una reciente sentencia del Tribunal Supremo en la que dicho tribunal examina el caso de un padre de familia que, por motivos económicos, se sometió a una vasectomía, a pesar de lo cual su mujer quedó embarazada a los dos años. Después de desmenuzar los requisitos de la responsabilidad objetiva se concluye que efectivamente existe daño y nexo causal con su operación. Sin embargo, no es indemnizable por derivar de un comportamiento extraordinario del que el paciente fue suficientemente informado. Por tanto, la prueba por parte de la Administración de que se informó al paciente, aunque no fue por escrito, y la concurrencia de un fallo inexplicable para la ciencia, excluyen la responsabilidad objetiva (STS de 3 de octubre de 2000).

<sup>68</sup> Remitémonos a las sentencias españolas: a) del Tribunal Supremo: de 25 de abril de 1996, Sala Civil; b) Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 16 de junio de 1994.

Por consiguiente, cuando los tribunales condenan al pago de indemnizaciones médicas ante demandas de *wrongful conception* alegan dos razonamientos diferentes: el primer fundamento de la indemnización sería la aportación de una ayuda a la alimentación y crianza de los hijos nacidos en esas circunstancias. En cuanto al segundo fundamento de la indemnización se centraría en el daño evaluable basado en las limitaciones físicas y laborales del tiempo de la gestación, así como en el impacto psicológico que produjo a la actora el hecho imprevisible del embarazo.

## **B) Acciones de *wrongful birth* y *wrongful life***

A continuación estudiaremos las acciones derivadas de los falsos negativos: acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, las cuales se analizan de una manera conjunta, puesto que son muchos los aspectos que tienen en común, mientras que las diferencias se refieren a los titulares que interponen las demandas y otros problemas específicos que trataremos por separado.

### *Acciones de wrongful birth*

Consiste en una demanda interpuesta por los padres del hijo deficiente contra el médico. El médico o consejero genético es responsable de un daño al no proponerle a una mujer una serie de pruebas, o bien al no detectar o no avisar a la mujer embarazada sobre la enfermedad o anomalía que sufre su feto, a tiempo de que ésta pueda abortar amparada por la Ley. Entonces, se permite que la mujer ejerza esta acción contra el médico, puesto que debido a su negligencia le privó de la oportunidad de tomar una decisión informada sobre la continuidad o interrupción de su embarazo. Por tanto, se trata una demanda que entablan los padres del niño contra el médico que no detectó en un diagnóstico prenatal la afección fetal o que, incluso, no les propuso la realización de pruebas diagnósticas y, por tanto, le reclaman una indemnización por el daño consistente en: a) el quebranto moral<sup>69</sup>;

---

<sup>69</sup> Actualmente, predomina la idea de «daño moral» representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o incluso resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por el propietario, etc.). Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 678.

y b) el quebranto económico derivado de haber tenido un hijo aquejado con una enfermedad o anomalía genética.

Recurriendo al derecho comparado en lo que a estas demandas se refiere, podemos comprobar que en Alemania la jurisprudencia ha aprobado reclamaciones de *wrongful birth* desde 1980. Los primeros casos en los que se aceptaron estas demandas consistieron en una malograda esterilización, y en un fallo en el diagnóstico de una enfermedad muy común en Alemania (rubéola), evitando con ello el proceder a un aborto legal<sup>70</sup>.

Por otra parte, en los Estados Unidos de América, en Francia y en el Reino Unido, se admiten acciones contra los médicos basadas en su negligencia por utilizar de forma dañosa para el feto las técnicas de diagnóstico prenatal<sup>71</sup>.

En España, como veremos, más adelante, son escasas las sentencias existentes al respecto hasta el momento, pero poco a poco va en aumento su número, gracias al conocimiento que se tiene, cada vez mayor, sobre la posibilidad de ejercitar dichas reclamaciones civiles.

### *Acciones de wrongful life*

Consiste en una demanda que interpone el hijo que ha nacido con alguna enfermedad o anomalía contra el médico que actuó con negligencia<sup>72</sup>. Hemos de puntualizar, que cuando se habla de acciones entabladas por el hijo son demandas que pueden ser formuladas por sus representantes legales —padres o tutores—, pero en nombre de aquél. Por ello, es frecuente que al demandar los padres lo hagan por el doble

---

<sup>70</sup> Véase el estudio de este caso en: Erwin BERNAT, «Informed consent and wrongful birth: the Austrian Supreme Court's approach», *Med Law*, n.º 11, 1992, p. 70; Anthony JACKSON, «Wrongful life and Wrongful birth», *The Journal of Legal Medicine*, n.º 17, pp. 349 y ss.; B. DICKENS, «Wrongful birth and life, wrongful death before birth, and wrongful law», *Le Bioéthique, ses fondements et ses controverses*, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

<sup>71</sup> Bertha Maria KNOPPERS, «Modern Birth Technology and Human Rights», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 33, 1985, p. 4.

<sup>72</sup> Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)», *Rev Der Gen H*, n.º 5, *op. cit.*, p. 109; S. CHAPMAN, «Debating the question of "wrongful life"», *Med Law*, n.º 1, 1982, pp. 105 a 107; y G. M. LEHR y H. L. HIRSH, «Wrongful conception, birth and life», *Med Law*, n.º 2, 1983, pp. 199 a 208; Thomas de Witt ROGERS, «Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counselling and prenatal testing», *South Carolina Law Review*, vol. 33, 1982, pp. 713 a 757; George J. ANNAS, «Righting the Wrong of Wrongful life», *Hast Cent Rep*, febrero, 1984, pp. 8 a 10.

concepto de *wrongful birth* (por ellos mismos) y de *wrongful life* (en nombre del hijo)<sup>73</sup>.

La causa que motiva la acción de *wrongful life* es esencialmente la reclamación por la negligencia o la mal praxis médica. El niño que padece alguna anomalía alega que el profesional sanitario tenía un deber con él y que ese deber fue incumplido. En esta acción, el niño no alega que la negligencia del personal sanitario fuera la causa de su lesión o de su enfermedad, sino que la negligencia dio lugar a su nacimiento<sup>74</sup>. Por tanto, el niño tendrá que probar, no que el médico causó sus anomalías, sino que su negligencia —por no detectar las anomalías o por informar erróneamente a sus padres—, dio lugar a su nacimiento.

De hecho, se dice que «la realidad del concepto de *wrongful life*, es que los demandantes existen y sufren debido a la negligencia de terceras personas»<sup>75</sup>. En este supuesto, el hijo demandante argumenta que «de no haber sido por el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad»<sup>76</sup> por

---

<sup>73</sup> G. H. KIEFFER, *Bioética*, cit., p. 160.

Asimismo, veamos un ejemplo que considero muy significativo y que se produjo en la República Federal de Alemania: Una mujer que padecía hemofilia, se hizo un diagnóstico prenatal para interrumpir su embarazo si el feto padecía la enfermedad o bien para continuar con el embarazo si el feto era sano. Tras una serie de pruebas se diagnosticó la salud del hijo. No obstante, nació con anomalías. En síntesis, se produjo un error en el diagnóstico, más concretamente un falso negativo. Ante esta situación la mujer demandó al médico (1.ª demanda) en concepto de indemnización por daños y perjuicios que le supondría la vida de esa persona nacida con discapacidad. El marido demandó asimismo al médico (2.ª demanda) por el mismo concepto que su mujer. Además, en beneficio del hijo, los dos padres demandaron al médico (3.ª demanda), por el sufrimiento que le suponía al hijo tal situación. También en nombre del hijo demandaron al médico (4.º demanda) por lo que suponía su mantenimiento si sobrevivía de esa situación. Finalmente, la mujer demandó al médico (5.ª demanda) por el hecho de haber sufrido depresiones derivadas del sufrimiento de su hijo. Erwin, DEUTSCH, «Gene Technology in Medical Diagnosis and Criminal Procedure and Liability for Malpractice in Germany», *Med Law*, 1990, pp. 756 y ss.

<sup>74</sup> Kathy BOUTCHEE, «Genetic counselling and medical malpractice: recognizing a cause of action for wrongful life», *Thurgood Marshall Law Review*, vol. 8, 1983, p. 168.

<sup>75</sup> B. M. KNOPPERS, «Modern Birth Technology and Human Rights», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 33, 1985, p. 8.

<sup>76</sup> Es de interés mencionar que no en todas las acciones de *wrongful life* se hace patente la presencia de un niño con anomalías. De hecho, el primero de los casos en los que se utilizó la expresión de *wrongful life*, fue uno en el que no había problema de error en el diagnóstico prenatal. Fue el caso *Zepeda v. Zepeda*, en el que el demandante (sano) demandó a su padre alegando que le había causado un daño al haberle hecho nacer de una relación ilegítima. El tribunal de Illinois en 1963, denegó la

ello, solicita al médico que le indemnice en concepto de: a) los daños económicos que acarrea su vida enferma (educación especial, cuidados médicos, etc.); b) el hecho mismo de haber nacido, puesto que considera que hubiera sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones en las que lo hace. Es decir, existe un daño moral o perjuicio por el sufrimiento<sup>77</sup>. Evidentemente, la valoración de los daños resulta difícil en el caso de estos daños morales, por lo que la fórmula más expresiva sería la que manda fijar la indemnización en atención a las circunstancias y necesidades del caso concreto, es decir, una estimación económica de los bienes inmateriales de que la víctima se ha visto o se verá temporal o permanentemente privada<sup>78</sup>.

Se puede ver que a raíz de estas acciones de *wrongful life* el niño demandaría a los profesionales sanitarios en nombre de su derecho a no nacer disminuido y su derecho a nacer con una mente y un cuerpo sanos.

#### a) Derecho a no nacer

A raíz de este pretendido derecho a no nacer, hay autores que muestran el posible dilema que podría plantearse al niño disminuido si le dieran a escoger entre nacer o no nacer. A este respecto se argumenta que si los niños tuviesen la oportunidad de decidir, es posible que algunos prefiriesen no haber nacido, mientras que otros, con minusvalías graves estarían a favor de la vida. Estas actitudes opuestas dependen de la naturaleza de la malformación (física, mental o de ambos tipos), la personalidad e inteligencia de la persona minusválida y sus experiencias vitales, en otras palabras, de su conciencia de la vida.

Asimismo, hay autores que estiman que no todos los tipos y calidades de vida han de ser ciegamente preservados<sup>79</sup>. De hecho quienes

---

indemnización solicitada, por miedo a ser inundado de reclamaciones. Estos pleitos se han calificado de «vida insatisfactoria», porque el actor alega el trauma emocional resultante del estigma de la ilegitimidad. B. STEINBOCK, «The Logical Case for «Wrongful life», *Hast Cent Rep*, abril, 1986, pp. 16 y ss.

<sup>77</sup> Denominado tradicionalmente *pretium doloris*. Entendido como un daño físico o moral duradero y posterior. R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., p. 693.

<sup>78</sup> R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., p. 699.

<sup>79</sup> En ocasiones estas acciones de *wrongful life*, plantean un conflicto de valores no entre la felicidad del niño o su desgracia, sino entre la felicidad de los padres o el deber de respetar la vida humana, incluso disminuida. No obstante, hay cuestiones que se nos plantean a raíz de esta materia: ¿tenemos el derecho a dejar vivir mártires en nombre del respeto al ser minusválido? ¿tenemos el derecho a hacer mártires

piensan así consideran que el nacimiento en ciertas circunstancias puede suponer un perjuicio no sólo para el hijo en sí, sino también para el resto de la sociedad. Así, son tres los planos<sup>80</sup> sobre los que se puede situar el perjuicio que provoca el nacimiento de un ser disminuido:

1. El del niño aquejado de una deficiencia física o mental, fuente de sufrimientos para él y para sus padres.
2. El del estado puesto que la seguridad social se hace cargo de la salud pública y deberá soportar los gastos, a menudo muy onerosos, de la asistencia que necesitará el niño durante meses o años.
3. El de la humanidad, si llega a procrear el portador de una tara habiendo posibilidad de transmitirla y por tanto, de hacer aumentar el número de taras que comprometen el patrimonio genético de la familia y de la humanidad.

En efecto, el primer supuesto supone que no siempre ha de preservarse toda vida humana, sino que ha de mantenerse cierto nivel de calidad de vida. De hecho, parece irresponsable tener descendencia cuando se conoce fehacientemente y antes del embarazo se le va a transmitir una enfermedad grave e incurable. Así, el respeto a la dignidad humana y el principio de *alterum non laedere*, parecen que responden a la defensa de esta premisa.

En cuanto al perjuicio que puede suponer al Estado una persona con anomalías es, en efecto, elevado, puesto que no sólo se tiene que soportar los gastos de asistencia a esa persona, sino el hecho de que dicha persona no va a ser tan productiva para el Estado, como lo es una persona sana. No obstante, la consistencia de este planteamiento se destruye cuando la política estatal no obliga a la interrupción del embarazo en caso de anomalías fetales, es decir, cuando no se restringe el derecho a procrear. Por tanto, si las personas deciden libremente, y amparadas por la Ley, tener un hijo afectado por una deficiencia, el Estado está obligado a proteger a los niños para que gocen de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 CE). Asimismo les compete a los poderes públicos orga-

---

en nombre del respeto a la vida?, ¿tenemos, en algunos casos, el derecho de sacrificar por nuestra felicidad el respeto a la vida humana disminuida?, ¿tenemos el deber absoluto de sacrificar nuestra felicidad, es decir, al respeto absoluto de la vida humana? J. MALHERBE, «Estatuto personal del embrión humano: ensayo filosófico sobre el aborto embriopático», *op. cit.*, pp. 94 y 95

<sup>80</sup> A. SARMIENTO, G. RUIZ PÉREZ y J. C. MARTÍN, *Ética y genética. Estudio ético sobre la ingeniería genética*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1996, pp. 83 y 84.

nizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (art. 43.2 CE). Finalmente, y de manera más directa, los poderes públicos tienen la obligación de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán, especialmente, para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga a todos los ciudadano (art. 49 CE).

En relación con el perjuicio que ese ser disminuido puede causar en la humanidad si llega a procrear, tenemos que decir que, actualmente, las investigaciones científicas y los avances tecnológicos están encaminados a mejorar, entre otras cosas, la salud de los individuos, la reproducción, la aplicación de terapias génicas, etc. Por tanto, en un futuro puede ocurrir que una persona afectada por una anomalía no transmita a su descendencia la misma, con lo que puede quedar salvaguardado el patrimonio común de la humanidad y el acervo genético.

Y para concluir, desde un enfoque jurídico, podemos decir que ese derecho a no nacer no tiene cabida en el ordenamiento jurídico español porque significaría que tiene que existir una titularidad y el nacido no podría ejercerla, es por tanto, una imposibilidad categórica.

#### b) Derecho a nacer con una mente y un cuerpo sanos

En opinión de Kieffer<sup>81</sup> es correcto y bueno utilizar todos los medios y tecnologías necesarias para asegurar que los niños estén sanos, puesto que son ellos los que deben vivir en el mundo después de que nazcan. La salud genética se toma como un don. Si no puede cumplirse con este derecho es mejor no nacer. Todas las personas están obligadas moralmente a no causar conscientemente penas y sufrimientos al mundo, como ocurriría si nacieran niños deficientes cuando el riesgo genético se conociera anticipadamente. El mismo autor considera que el concebir hijos con el conocimiento pleno de que hay un riesgo sustancial de que sean deficientes —esto es, riesgo mayor de lo que se sabe que ocurre en la población general debido a la recombinación sexual, al azar o a las mutaciones espontáneas— constituye un modo de acción que a primera vista es descuidado, inhumano y moralmente irresponsable<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> G. H. KIEFFER, *Bioética*, *op. cit.*, pp. 143 y 144.

<sup>82</sup> Viene a opinar algo similar Verspieren, al decir que debe garantizarse la calidad de vida como algo absoluto, por lo que sería razonable impedir el nacimiento de un niño con minusvalías intolerables para él o para su familia. Sería un deber filial



En relación con este planteamiento considero que, efectivamente, el hecho de querer procrear cuando se sabe anticipadamente —antes del embarazo—, que la descendencia nacerá con graves anomalías o enfermedades genéticas, es un acto irresponsable por parte de los progenitores. El por qué de esta argumentación no es la defensa del acervo genético<sup>83</sup>, ni el hecho de que la buena salud de la población reporta más beneficios económicos a la sociedad. La razón es que las nuevas tecnologías están al servicio de la comunidad, precisamente, para poner a disposición de estas personas nuevas formas de tener descendencia sana. Además, ante un conflicto de intereses entre el derecho a la reproducción de la pareja y el derecho de la descendencia a nacer sana —en la medida de lo posible— hemos de decantarnos por el último teniendo en cuenta una ponderación de intereses (costo económico, atención asistencial que requiere la persona deficiente, sufrimiento que se genera tanto en el hijo como en la pareja, etc.). No obstante, con independencia de la clasificación moral que nos reporte este actuar, ni el derecho, ni la sociedad pueden entrometerse con normas jurídicas en la vida familiar e íntima de las personas, por lo que su decisión de procrear no podrá ser constreñida de ninguna manera. Algo diferente será el hecho de que una vez nacido el hijo con las anomalías previstas, sea éste quien demande civilmente a sus progenitores amparándose en el principio de *alterum non laedere* (CC, art. 1902)<sup>84</sup>.

---

o fraternal poner fin a la existencia de una vida humana indigna. P. VERSPIEREN, «Diagnóstico prenatal y aborto selectivo. Reflexión ética», *op. cit.*, p. 172.

Podemos encontrar diferentes conceptos de lo que se entiende por «calidad de vida», los cuales variarán dependiendo de la concepción que se tenga sobre el sentido de la vida del hombre: A. SARMIENTO, G. RUIZ PÉREZ y J. C. MARTÍN, *Ética y genética. Estudio ético sobre la ingeniería genética*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1996, pp. 53 a 60; Darryl R. J. MACER, *Bioethics for the People by the People*, Eubios Ethics Institute, Nueva Zelanda, 1994, pp. 28 y ss.

<sup>83</sup> Es interesante, la opinión que tiene Gaylord, sobre las personas genéticamente disminuidas a las que considera como un signo positivo de diversidad genética. Define esta postura con la afirmación «No hay un genotipo que sea el mejor, ni siquiera unos pocos genotipos mejores, y un gen que puede parecer defectuoso en sí mismo puede no obstante ser deseable en el acervo genético del conjunto de la población». George GAYLORD SIMPSON, *The meaning of Evolution*, Yale University Press, New Haven, 1967, p. 59.

Por otro lado, nos encontramos con una argumentación contraria, en la que se discute la posible responsabilidad civil de los padres en los supuestos de transmitir enfermedades o defectos genéticos a los hijos. En Nekane RUIZ LARREA, «El daño de procreación: ¿un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?», *La Ley*, n.º 4491, marzo de 1998, pp. 2040, y ss.

<sup>84</sup> Remitémonos sobre esta cuestión a Aitziber EMALDI-CIRIÓN, *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Ed. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Dipuo-

Por otra parte, si es durante el embarazo cuando se averigua la anomalía fetal, la situación se presenta distinta. En efecto, no se puede decir que los padres actuaron de manera irresponsable al procrear y tampoco si deciden seguir adelante con el embarazo. De hecho, interrumpir el embarazo es un derecho que se le otorga en determinadas circunstancias a la mujer pero no es una obligación que se le impone cuando se conozca previamente, que su hijo nacerá afectado por una enfermedad, por muy grave que ésta sea.

Se habla de un *derecho a nacer sano*<sup>85</sup>, y sin embargo no se encuentra regulado como tal derecho en ninguna legislación. En concreto, en la legislación española se regula el derecho a la integridad física y moral como derecho fundamental (art. 15 CE) y el derecho de protección de la salud (art. 43 CE). Es evidente, que ninguno de estos derechos abarca el que ahora tratamos. Además, el reclamar el derecho a nacer sano —incluso, cuando la alternativa sea no nacer— supone una dificultad práctica de medir los daños y la imposibilidad de comparar la vida defectuosa con la no existencia. La mayoría de los tribunales alegan esta difícil valoración, puesto que la no-existencia no es un estado al que se le pueda dar un valor o un estado que se le pueda atribuir a una persona. En definitiva, la vida frente a la no existencia no se pueden comparar y valorar. Incluso, si pudieran valorarse estos dos supuestos, la persona deficiente podría preferir su propia muerte (por suicidio o eutanasia), frente a su indeseable vida, pero nunca podría preferir su no concepción, puesto que es algo que desconoce. Por eso, frente a esta situación, los tribunales tienden a hacer una comparación diferente: la vida deficiente frente a una vida sana.

En conclusión, de estas argumentaciones se deriva que no puede ser exigido legalmente el derecho a nacer con una mente y un cuerpo sanos porque estas características dependen de muchos factores.

Teniendo en cuenta estos dos incisos: derecho a no nacer y derecho a nacer con una mente y un cuerpo sanos, y tomando el tema relativo a las acciones civiles de *wrongful life*, hemos de decir que los tri-

---

tación Foral de Bizkaia de derecho y genoma humano, Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco/EHU y Ed. Comares, Bilbao-Granada, 2001, pp. 400 y ss.

<sup>85</sup> Alusión a este derecho la hacen Powledge y Sotillo, al decir: «La buena salud genética es también un derecho fundamental de todo recién nacido: el derecho a nacer con mente y cuerpo sano. Tabitha POWLEDGE y S. SOTILLO, «Prenatal diagnosis. The past and the future», *Hast Cent Rep*, 1974, pp. 11 a 13; José María ÁLVAREZ CIENFUEGOS, «¿Existe un derecho a no nacer con limitaciones? Comentario al informe del Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia, con motivo del caso “Perruche”», *Revista Actualidad Administrativa*, n.º 1, 2002.

bunales norteamericanos no solían estimar estas demandas alegando diversos motivos para su rechazo, entre los cuales se encuentran las siguientes<sup>86</sup>:

- 1.º Que el demandante no sufría daños reconocibles por la ley.
- 2.º Dificultad de medir los daños e imposibilidad de comparar una vida deficiente con la no existencia<sup>87</sup>.
- 3.º Los principios de orden público relativos a la santidad de la vida militan en contra de la reclamación del hijo<sup>88</sup>. El criterio o la idea de la santidad de la vida (*sanctity of life*) viene a significar, que todas las vidas, independientemente de la anomalía que padezcan, son necesariamente buenas para las personas que las viven. En palabras del juez D. Levin «el hecho de que una persona pueda ver la gloria del amanecer y la belleza del cielo azul, así como experimentar el hecho de vivir, aun con las desavenencias que ella conlleve es siempre mejor que el

---

<sup>86</sup> De acuerdo con estas argumentaciones se rechazaron demandas de *wrongful life* en casos como el de *Gleitman v. Cosgrove* del tribunal de Nueva Jersey, cuya demanda se estableció porque el niño había nacido con serias deficiencias como consecuencia de la rubéola sufrida por su madre durante el embarazo; el demandante alegaba que los médicos demandados habían cerrado el paso a la posibilidad del aborto al informar erróneamente a sus padres, puesto que les habían asegurado que la infección no produciría efecto alguno en la criatura concebida. Igualmente, en el caso de *Berman v. Allan*, en el que el tribunal manifestó que la vida incluso con algún tipo de deficiencias es más preciada que la no vida. Cynthia B. COHEN, «Give Me Children or I Shall Die. New Reproductive Technologies and harm to Children», *Hast Cent Rep*, marzo-abril, 1996, p. 22; Carey PARKER, «Some ethical and legal aspects of genetic counselling», *Developments in Human Reproduction and their Eugenic, Ethical Implications*, C. O. Carter (ed.), The Eugenic Society, Londres, 1983, pp. 55 y ss.

<sup>87</sup> E.g., *Berman v. Allen* (1979); *Eisbrenner v. Stanley* (1981); *DiNatale v. Lieberman*. (1981) en B. M. KNOPPERS, «Modern Birth Technology and Human Rights», cit., p. 5; también, en el caso *Zeitsov v. Katz*, se debaten estos dos conflictos de opiniones. D. HEYD, *Genetics. Moral issues in the creation of people*, op. cit., pp. 21 a 38; Joel LEVI, «Wrongful life decision in Israel», *Med Law*, n.º 6, 1987, pp. 373 a 374.

<sup>88</sup> Amnon CARMÍ, «*Wrongful life: An Israeli Case*», *Med and Law*, vol. 9, 1990, pp. 777 a 781. Sobre este principio de la santidad de la vida, véanse: Bonnie STEINBOCK, «The Logical Case for «Wrongful life», *Hast Cent Rep*, abril, 1986, pp. 15 a 20; Joseph A. PROCACCIO, «Life v. Quality of Life: The Dilemma of Emerging Medical-Legal Standards», *Medical Trial Technique Quarterly*, vol. 29, 1983, pp. 45 a 60; Harvey TEFF, «The action for wrongful life in England and the United States», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, 1985, pp. 423 a 441; Edward W. KEYSSELINGK, «Sanctity of life or quality of life in the context of ethics, medicine and law», *The Law Reform Commission of Canada*, Ottawa, 1979, pp. 1 a 157; Patrick HANAFIN, «Reproductives Rights and the Irish Constitution: From the Sanctity of Life to the Sanctity of Autonomy?», *European Journal of Health Law*, vol. 3, 1996, pp. 179 a 188.

hecho de que le sea negada la oportunidad de vivir»<sup>89</sup>. Además, como podemos observar, este principio se opone directamente al de la «calidad de vida». Con esto quiero decir, que alegando el principio de la calidad de vida, habrá vidas que debido a sus deficiencias —aunque sean pequeñas—, será preferible que no nazcan (el problema radica en quién debe efectuar tal valoración, sobre todo cuando nos referimos al feto o al recién nacido) mientras que de acuerdo con el principio de la santidad de la vida, por muy graves que sean las discapacidades de una persona es preferible su vivencia.

Tras esta serie de vacilaciones iniciales en las que los tribunales americanos argumentaban sobre la dificultad de medir los daños en estos casos y, sobre razones de orden público basadas en argumentos contra el aborto y el de la santidad de la vida humana, finalmente la jurisprudencia optó por admitir la demanda<sup>90</sup> y condenar a los médicos demandados al pago de los gastos extraordinarios ocasionados por el nacimiento y la existencia de los hijos enfermos cuando aquéllos fueran responsables de su nacimiento, de alguna manera.

En definitiva, fue a partir del año 1977 cuando algunos tribunales comenzaron a estimar demandas de *wrongful life*<sup>91</sup>. De hecho, el caso *Park v. Chessin* en Nueva York, consistió en que una niña afectada por una enfermedad poliústica del riñón, demandó al médico por infor-

---

<sup>89</sup> Citado por A. CARMI, «*Wrongful life: An Israeli Case*», *op. cit.* p. 778.

En contra de esta hipótesis por considerar inaceptable el hecho de que la vida, aun sufriendo daños corporales o deficiencias mentales, es un don tan inestimable y precioso que comprenda todo sufrimiento, tenemos a Nekane RUIZ LARREA, «El daño de procreación: ¿un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?», *La Ley*, marzo 1998, p. 2042.

<sup>90</sup> Ver el caso *Jacobs v. Theimer* (Tribunal Supremo de Texas, 1975) cuando se admiten dichas demandas. K. BOUTCHEE, «Genetic counselling and medical malpractice: recognizing a cause of action for wrongful life», *Thurgood... cit.*, p. 158. Asimismo, fue de gran relevancia el caso *Procanik v. Cillo*, en el que el niño nacido con deficiencias, demanda al médico porque debido a su negligencia, no le diagnosticó la rubéola a su madre y por tanto, no se pudo proceder a un aborto embriopático. Por tanto, la base de la demanda se centra principalmente en tres puntos claves: 1. por su sufrimiento; 2. por la capacidad de sus padres para hacer frente al problema y 3. por el costo de los servicios médicos que suponía el cuidado del niño. Finalmente, el tribunal descartó la demanda en los dos primeros apartados, pero consideró la indemnización basándose en los costos médicos, puesto que esto sí era fácil de calcular. George SMITH, *Bioethics and the Law*, University Press of America, Maryland, 1993, pp. 149 a 161.

<sup>91</sup> K. BOUTCHEE, «Genetic counseling and medical malpractice: recognizing a cause of action for wrongful life», *Thurgood Marshall Law Review*, vol. 8, 1983, pp. 164 y ss.

mar de forma inadecuada a sus padres sobre el posible padecimiento. En este caso, el tribunal consideró que la niña no reclamaba daños por haber nacido, sino por el dolor sufrido después de su nacimiento por una actuación de los médicos anterior a la concepción. Igualmente, se siguió este criterio para admitir la acción de *wrongful life* en el caso *Turpin v. Soritini* en California el año 1982, donde se defendió dicha reclamación como una forma de *mal praxis* médica. El resultado fue que se estimó la demanda y el médico tuvo que indemnizar por los gastos extraordinarios y médicos que sufriesen durante la vida del hijo, puesto que este tipo de gastos son susceptibles de cálculo con razonable precisión.

En este sentido, en Francia, es de destacar la Sentencia del Tribunal de Casación de 17 de noviembre de 2000. Se trata de una sentencia sin precedentes en Europa, y que sienta jurisprudencia. Los hechos sucedieron de la siguiente manera: Nicolás Perruche nació en 1983, deficiente profundo, sordo y casi ciego. Su madre, había padecido una rubéola durante el embarazo y afirmaba su voluntad de interrumpir el mismo si el feto estaba afectado por la infección. No obstante, los médicos diagnosticaron erróneamente la ausencia de contagio. Tras el nacimiento del niño deficiente los médicos fueron demandados por los padres de Nicolás, en nombre de éste, para que se le reconociera el perjuicio sufrido. Un tribunal de Orleans rechazó la posibilidad de una indemnización al hijo con el argumento de que un ser humano no es titular del derecho a nacer o a no nacer, a vivir o a no vivir. Sin embargo, el caso llegó a la Corte de Casación que, tras debatirlo, se pronunció a favor del demandante considerando su «derecho a no nacer».

A raíz de esta sentencia, una semana más tarde, cien familias con hijos discapacitados demandaron al Estado francés alegando el «derecho a no nacer». Ante esta oleada de demandas y con la intención de calmar los encrespados ánimos de los colectivos afectados —asociaciones de minusválidos y médicos, sobre todo— se quiso modificar la jurisprudencia de Perruche y para ello el Parlamento Francés aprobó el día 11 de enero de 2002 una Ley en la que se establece de forma expresa que nadie puede reclamar por haber sido perjudicado simplemente por haber nacido.

Por su parte, la jurisprudencia española en relación a las acciones de *wrongful life* y de *wrongful birth* es relativamente escasa hasta el momento pero, poco a poco, se están presentando más supuestos debido a la información que se le ofrece a las personas para poder ejercitar por vía civil dichas reclamaciones. En efecto, hemos estudiado reclamaciones de *wrongful birth*, en la que los padres demandan a los facultativos. Sin embargo, en España, no se han presentado demandas

de *wrongful life*, exclusivamente, en las que el reclamante es únicamente el hijo a través de sus representantes legales o tutores. El motivo es, principalmente, que en la actualidad estas reclamaciones se realizan al mismo tiempo, es decir, los padres demandan en el mismo proceso, a los profesionales sanitarios —médicos y en ocasiones a la administración pública<sup>92</sup>—, en nombre propio (*wrongful birth*) y en representación de su hijo (*wrongful life*).

---

<sup>92</sup> En ocasiones, las administraciones públicas (central o autonómicas) pueden ser demandadas en el caso de que los servicios prestados por el profesional sanitario estuvieran englobados dentro de los servicios públicos. Por tanto, habrá responsabilidad directa o solidaria de la Administración para asegurar la indemnización del perjudicado. No obstante, en este supuesto se plantea la disyuntiva de determinar ante qué jurisdicción habrá que interponerse dicha demanda contra la administración pública, puesto que la controversia se centra, en si la competencia para conocer de estas reclamaciones corresponde al orden civil, al contencioso-administrativo o al social —tenemos en cuenta que cuando se comenten delitos en la realización de ciertas prestaciones la competencia no suscita duda alguna: el orden penal—.

Antes de la reforma de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada el 25 de junio de 1998 se declaraba competente al orden civil no sólo para conocer de las reclamaciones de indemnización que se dirigían únicamente contra los profesionales sanitarios, sino también para conocer de las reclamaciones de indemnización dirigidas contra el Insalud. Asimismo, el orden civil afirmaba su competencia cuando las reclamaciones se encontraban dirigidas únicamente contra el Insalud, al entender que en la prestación de la asistencia sanitaria la entidad pública no actuaba en el ejercicio de sus facultades soberanas, como parte de la Administración del Estado, sino como entidad privada, de tal forma que la relación entre el beneficiario de las prestaciones sanitarias y el Insalud era una relación de derecho privado (STS de 30 de julio de 1991). Para el orden contencioso-administrativo, la reclamación de la indemnización por daños causados en la asistencia sanitaria del Insalud suponía una exigencia de responsabilidad a un ente administrativo por lo daños producidos por el funcionamiento del servicio de sanidad, que era un servicio público. Se trataba de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración. Finalmente, el orden social entendía que las reclamaciones de indemnización por daños sufridos en la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, cuando el beneficiario era una persona protegida por el sistema de Seguridad Social, se fundaba en la responsabilidad que recaía sobre la Entidad Gestora de «hacer efectiva la prestación... que llevaba a cabo la asistencia sanitaria con el propósito de restablecer la salud» (STS de 5 de junio de 1991).

No obstante, tras la reforma de 1998 el panorama cambia, puesto que el paciente no podrá reclamar al médico su responsabilidad civil en los tribunales, sino que únicamente podrá demandar a la administración sanitaria ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa y posteriormente, ésta reclamará —en expediente separado— al médico en el caso de que hubiera existido dolo, culpa o negligencia grave. De esta manera, también entrarían en juego los artículos 144 y 145.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado según los cuales los daños causados por el personal al servicio de la Administración se imputan a ésta, y a ella se exigen directamente. Ello supone que el médico no tendrá que ser parte en el proceso contencioso contra la Administración sanitaria, pero podrá hacerlo, si lo desea,

Comenzando por las primeras y, a la vez, más recientes sentencias españolas sobre acciones de *wrongful birth* tenemos por una parte las resultantes de los Juzgados de Primera Instancia<sup>93</sup> y por otra, las sentencias de Tribunal Supremo, en las que profundizaremos debido a su carácter novedoso y a sus diferentes argumentaciones y fallos. En primer lugar, tenemos la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997, en la que la mujer recurrente reclama al médico el incumplimiento de su obligación de comunicarle, a la mayor brevedad posible, el fracaso de las pruebas de diagnóstico prenatal que se le practican. De hecho, la comunicación a tiempo de dicho fracaso habría permitido la repetición de las mismas, pues había plazo suficiente para proceder a interrumpir el embarazo dentro del plazo legal permitido. No obstante, no se le dio a la mujer esta posibilidad y nació posteriormente un hijo con síndrome de Down, lo que precisa una atención fija permanente y por lo común asalariada. Todo lo cual hace posible y hasta lógico, el montante de la suma reclamada (cincuenta millones) por la parte recurrente al Servicio Valenciano de Salud y al médico solidariamente.

Dos años más tarde, el Tribunal Supremo el 4 de febrero de 1999 dictó la última sentencia en un caso que, viene a ser parecido al anterior<sup>94</sup>, sin embargo, desestima el recurso de casación de los padres

---

para defender su inocencia, en previsión de que el Insalud o los servicios de salud traten de repercutir en él la indemnización que en su caso se decrete. En definitiva, el art. 2 de la LJCA establece que no podrá ser demandada la Administración ante los órdenes civil o social. Lo que conlleva que el Insalud y sus homólogos escapen de la férrea exigencia reinante en la Sala Civil del TS, que como podemos observar, estaba aplicando unos parámetros más rigurosos que los que aplica la Sala Contencioso-Administrativa.

Véase más ampliamente sobre esta cuestión: M.<sup>a</sup> Begoña FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil del médico: su incidencia en las técnicas de reproducción asistida», *Actualidad Civil*, n.º 42, noviembre, 1997, pp. 1073 y ss.; Eva DESDENTADO DAROCA, «La determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones de indemnización por daños causados en la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. (Comentario al auto de 7 de julio de 1994 de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo)», *Revista de Administración Pública*, 1995, pp. 309 a 326; Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la administración*, Madrid, 1995, pp. 15 a 54.

<sup>93</sup> Comenzando por las sentencias más recientes tenemos: SJPI de 10 de febrero de 1999 de Barcelona (n.º 32); STSJ de Madrid de 1 de junio de 1994, Sala de lo Social; SJPI de 26 de septiembre de 1994 de Bilbao (n.º 11).

<sup>94</sup> En este caso, los actores alegaban que la mujer acudió al Hospital de Béjar a consulta ginecológica al encontrarse embarazada, siendo controlada la gestación por la doctora O.M.; realiza las oportunas visitas, se somete a las pruebas necesarias con el fin de controlar el peso, la tensión arterial, semana de gestación, altura uterina,

demandantes y absuelve de la demanda a los demandados Instituto Nacional de la Salud y a una doctora<sup>95</sup>. En efecto, el Supremo declaró que no todo daño es indemnizable por grave que sea, si antes no se prueba que trae causa directa en la intervención médica y precisamente, en este caso se rechazó la demanda por el nacimiento de un hijo con malformación congénita grave, ya que los hechos demostraban que la ginecóloga se ajustó a los protocolos realizando las ecografías oportunas. En definitiva, lo que quiso hacer el Tribunal Supremo fue sentar doctrina en lo referente a las acciones de *wrongful birth*: si la posibilidad de haber recurrido al aborto —en cuanto frustrada— puede constituir soporte jurídico para poder reclamar una indemnización.

Entre estas dos sentencias se pueden apreciar particularidades propias y contradicciones entre ambas, por lo que analizaremos las cuestiones más relevantes que se plantearon y la forma en que se resolvieron en dichas sentencias<sup>96</sup>.

En primer lugar, en cuanto a la *carga de la prueba*, la mayoría de los casos, la jurisprudencia ha establecido el criterio de presunción de culpa y por tanto, de inversión de la carga de la prueba, donde el demandado es el que tiene que demostrar que no hubo culpa en su actuación.

---

etc., informándose a los actores de que se trata de un embarazo normal, sin anomalías, según se deduce de las valoraciones ecográficas. El parto se produce y se da a luz a una niña que sufre múltiples anomalías congénitas. Entonces, los actores manifestaron que, si se hubieran realizado ecografías de mayor precisión se habría detectado la malformación fetal y se les habría informado debidamente. Por tanto, debido a la falsa información recibida, se les ha privado de la posibilidad de ejercitar sus derechos, en concreto la interrupción legal del embarazo, causando perjuicios a la niña y a ellos mismos. Como fundamentación jurídica se invocaba, respecto a la doctora demandada, el art. 1902 y en el 1104 del CC. En relación con la Administración codemandada, se basa su responsabilidad en el artículo 1903.1 y 1903.4 del CC.

<sup>95</sup> No obstante, en un voto particular del Sr. García Varela se defendió la estimación de la demanda.

<sup>96</sup> Véase más ampliamente sobre el estudio detallado de estas sentencias: Aitziber EMALDI-CIRIÓN, *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Ed. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de derecho y genoma humano, Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco/EHU y Ed. Comares, Bilbao-Granada, 2001, pp. 300 y ss.; Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *Wrongful birth* (4 de febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?», *Rev Der Gen H*, n.º 10, Bilbao, 1999, pp. Asimismo, véase al respecto de la Sentencia de 6 de junio de 1997 el comentario que hace: Román GARCÍA VARELA, «El diagnóstico del síndrome de down y la responsabilidad médica», *La Ley*, 8 de octubre 1997; Gema Díez PICAZO GIMÉNEZ, «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», *La Ley*, 15 de junio de 1998, pp. 1 a 8.



Sin embargo, este criterio no se sigue en estos supuestos, en los que para que el profesional pueda ser condenado ha de demostrarse su conducta negligente o culpable, e incumbe al perjudicado probar la culpa del médico demandado. En definitiva, que el paciente ha de acreditar los daños que el personal sanitario le ha causado y además, ha de probar que éste no actuó de acuerdo con la *lex artis*. Sin embargo, existen grandes problemas que pesan sobre la demostración de la culpabilidad del médico. Por una parte, se tiene que demostrar que el médico no informó a la pareja de que se les podía someter a una serie de pruebas para verificar la posible anomalía del feto, por lo que se trata de una conducta omisiva difícil de probar por parte del demandante. Por ello, es más fácil para el médico probar que sí informó puesto que éste dispone de más medios —la historia clínica, el formulario de consentimiento informado, etc.—, para probar que su actuar fue diligente.

Concretamente, en las sentencias del Supremo, que estamos tratando, la culpa de los demandados y codemandados se analizó de diferente manera. De una parte, la STS de 1997, encontró culpa en la actuación de la doctora codemandada y por ello, admitidas las demás premisas, pudo condenarse a la Administración sanitaria al amparo del art. 1903 Código civil. Por el contrario, la sentencia posterior absolvió a la doctora codemandada, puesto que su actuar se adaptó completamente a la *lex artis* y también absolvió al Insalud por el hecho de que la técnica de diagnóstico ecográfico que se aplicó a la actora fue la propia de las circunstancias de su embarazo: de bajo riesgo. Por ello, su condena tampoco era posible por el art. 1903, y tampoco por el art. 1902 del CC.

Otro problema radica en que uno de los elementos decisivos para poder imputar la responsabilidad y la consiguiente condena a los profesionales de la medicina, que actúen de forma negligente durante el proceso del consejo genético, es determinar la *relación de causalidad* existente entre la conducta del médico y el daño causado. No obstante, esta relación de causalidad introduce dificultades en el enjuiciamiento de estos casos, dado que, por definición, en los comportamientos omisivos no existe en sentido estricto causalidad y hay que recurrir por ello, a otros criterios de imputación objetiva del resultado. Veamos alguno de los problemas que plantea la relación de causalidad en nuestro ámbito de estudio.

- a) En el supuesto del diagnóstico preconcepcivo, cuando la negligencia que se le impute al profesional de la medicina sea la de no haber aconsejado a la pareja el sometimiento a la práctica de ciertas pruebas, el médico o consejero genético puede alegar que aun cuando se hubieran llevado a cabo y se hubieran

practicado de un modo correcto descubriendo en la pareja la posibilidad de transmitir a su descendencia algún tipo de anomalía, dicha pareja hubiera decidido procrear igualmente. Es decir, el médico argumenta que el hecho del embarazo no es imputable a su negligencia porque entre su culpa y el hecho del embarazo hubo la interferencia de un hecho voluntario como fue la decisión de los progenitores de concebir<sup>97</sup>.

- b) Otro supuesto es cuando no se ofrece la práctica de una prueba genética predictiva —pongamos de ejemplo, una prueba de diagnóstico prenatal—<sup>98</sup>, cuando la misma se realizó incorrectamente, o bien cuando los resultados no fueron los correctos. En este supuesto, el problema en materia de relación de causalidad está en el concepto de los cursos causales no verificables<sup>99</sup>. De hecho, en la primera sentencia se considera imprescindible que la madre declare que habría abortado si hubiese conocido la situación fetal anormal. Esta es una circunstancia curiosa porque el tribunal considerará que existe daño sólo sobre la base de lo que ahora (*a posteriori*) declara la misma madre, lo que nos hace pensar en un singular caso en el que la condena se dicta en función de una manifestación de voluntad de quien demanda. Además, como opina De Ángel —con quien comparto opinión—, la manifestación de voluntad de la madre no puede ser puesta en tela de juicio, puesto que si una mujer, en dichas circunstancias declara en su demanda que si hubiera conocido la enfermedad de su criatura hubiese abortado, su manifestación al respecto ha de considerarse suficiente, sin que pueda ser rebatida mediante el argumento de que su trayectoria personal revela unas convicciones morales que hacen inverosímil que hubiese abortado si hubiera conocido un diagnóstico acertado sobre la dolencia. Incluso, es acertado pensar que el hecho de que la madre solicite la práctica de un diagnóstico prenatal constituye por sí solo un indicio significativo de que la madre habría

---

<sup>97</sup> Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)», *Rev Der Gen H*, n.º 5, 1996, p. 146.

<sup>98</sup> En el supuesto de que no se ofrecieran las pruebas prenatales a una mujer, cuando existieran motivaciones médicas que así lo indicaran, la culpa del médico consiste en no haber recomendado o indicado a la madre la oportunidad de la prueba diagnóstica, por lo que no se pueden aplicar los argumentos «de que si la madre embarazada hubiera conocido el resultado de las pruebas esta hubiera abortado». Será por consiguiente, un caso de responsabilidad por *mal praxis* médica.

<sup>99</sup> Se consideran «cursos causales no verificables», los casos en que la causalidad posible entre dos hechos no puede ser objeto de fundamentación científica-natural.

abortado si hubiese conocido la enfermedad del feto<sup>100</sup>. Por el contrario, la STS de 1999, argumenta que a la decisión de la madre de haber abortado no se le puede dar más carácter que el de simple hipótesis<sup>101</sup>.

En cuanto a la *ratio dicendi* de las sentencias, la STS de 1997 reconoció el derecho a abortar de la madre gestante<sup>102</sup>. No obstante, la STS de 1999, negó radicalmente la existencia de dicho derecho como presupuesto jurídico de la demanda, puesto que del hecho de la posible despenalización del aborto voluntario no se puede deducir que existe realmente tal «derecho al aborto» y de acuerdo con ello, en la actuación de los demandados no había lesión justificativa de indemnización<sup>103</sup>.

Personalmente, en contra de lo estipulado por esta sentencia, considero que sí existe realmente una «posibilidad o facultad de abortar», la cual, si se viera frustrada por el actuar negligente de ciertos profesionales u organismos, puede constituir un soporte jurídico para poder reclamar una indemnización que será diferente por la incertidumbre de si la madre hubiera abortado o no, de saber anteriormente los resultados exactos.

Por lo que respecta al *daño*, presupuesto obligado de toda demanda de indemnización, éste nunca puede considerarse que es el nacimiento de un hijo, aunque el mismo padezca deficiencias. De hecho, la sentencia de 1997 sugería que el daño resarcible eran las zozobras o padecimientos que para la madre demandante supuso una anomalía como es la derivada del Síndrome de Down, así como el impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá

---

<sup>100</sup> R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de Wrongful birth...», *op., cit.*, p. 146; R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de pruebas*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 157 y ss.

<sup>101</sup> En relación con esta premisa, Román García Varela quien hizo un voto particular a esta sentencia de 1999, manifestó que dicho precepto no era una hipótesis, sino más bien una certeza.

<sup>102</sup> La sentencia no se refiere a dicho derecho como tal, sino por medio de diversas expresiones tales como: «disposición de la madre a interrumpir el embarazo», «que hubiera actuado en consecuencia», «voluntad antecedente de la madre de evitarlo legalmente»,

<sup>103</sup> De acuerdo con esta manera de plantear la situación opina Bustos Pueche que en el ordenamiento jurídico español no puede el aborto calificarse como un acto jurídico más a disposición de los ciudadanos. José Enrique BUSTOS PUECHE, «Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997», *La Ley*, n.º D-250, junio, 1997, pp. 1700 y 1701.

valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas, lo cual precisa de una vigilancia y cuidados continuos. Por su parte, la STS de 1999 también consideró que el daño podía ser resultado de dos premisas<sup>104</sup>: a) el actuar negligente del médico que le impidió a la mujer hacer uso de la posibilidad legal de abortar; o bien b) daño moral y económico que supone tener un hijo con discapacidades.

Personalmente, considero que, en efecto, podría considerarse como resultado dañoso la perspectiva frustrada de abortar legalmente que tiene la madre —por culpa de la negligencia médica— y por ello, los daños económicos que supone hacerse cargo de un hijo con deficiencias.

En definitiva, a la vista de estas dos sentencias del Tribunal Supremo se puede manifestar que siguen pendientes de resolverse los problemas jurídicos que suscitan estas demandas de *wrongful birth* y *wrongful life*.

### C) Acciones de *wrongful death*

Las acciones civiles de *wrongful death* no son acciones que se interponen como resultado de los falsos negativos pero sí se solicitan por el actuar negligente del profesional durante la fase prenatal, derivando de dicho actuar daños irreparables, por ello, he considerado de interés mencionarlas. Estas acciones civiles de *wrongful death* las pueden interponer la mujer o la pareja al médico cuando el feto se encuentra en el vientre y sufre un daño por una actuación incorrecta que le provoca la muerte o bien cuando muere una vez nacido como resultado de daños prenatales. No obstante, estas acciones se ganan o se pierden dependiendo de los meses que tenga el feto cuando muere, y la consideración que tiene el mismo como persona<sup>105</sup>.

De hecho, las demandas de *wrongful death* suelen ser denegadas si el feto no es viable y si de acuerdo con los estatutos de determinados países no tienen el tiempo suficiente como para considerarlo «perso-

<sup>104</sup> Véase sobre esta cuestión R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de Wrongful birth...», *op.*, *cit.*

<sup>105</sup> Agota PETERFY, «Fetal Viability as a Threshold to Personhood», *The Journal Legal Medicine*, vol. 16, 1995, p. 624; Bonnie STEINBOCK, «Prenatal wrongful death», *Bioethics*, vol. 1, n.º 4, 1987, pp. 301 a 320.

Veamos al respecto diferentes casos jurisprudenciales en ciudades como: Massachusetts, Minnesota, Illinois, Nueva York, etc. Jeffrey L. LENOW, «The fetus as a patient: emerging rights as a person», *American Journal of Law & Medicine*, vol. 9, n.º 1, 1984, pp. 6 a 10.

na». Veamos el caso *Humes v. Clinton* de Kansas en 1990. La demandante utilizó un DIU como método anticonceptivo. Dicho dispositivo se cambia cada quince meses, algo que por negligencia del médico, no se llevó a cabo, y dio como resultado el embarazo de la mujer. Este embarazo fue complicado por la presencia del DIU. Debido a serias consideraciones médicas, ella tuvo que terminar su embarazo en la semana decimosexta. En este tiempo el feto ya no era viable. Ante este suceso, la mujer interpuso demanda de *wrongful death* contra el médico, pero el Tribunal Supremo de Kansas la denegó por considerar que en la semana decimosexta el embrión aún no era considerado como «persona» y además, que un feto no viable era incapaz de sobrevivir fuera del vientre de la madre y por tanto, incapaz de tener vida independiente<sup>106</sup>.

Considero que esta argumentación no tendría cabida en el ordenamiento jurídico español, puesto que ya antes de la semana decimosexta de embarazo el feto está ya implantado y por tanto, se le confiere protección jurídica. De hecho, se le podría demandar penalmente por lesiones al feto o incluso por la realización de un aborto por imprudencia profesional grave.

En síntesis, esta demanda de *wrongful death* proporciona una causa de acción en favor de los representantes legales, contra la persona por cuya negligencia fue causada la muerte del feto.

#### 4. Incumplimiento del deber de informar

Los sujetos obligados a informar durante el proceso del consejo genético pueden ser: el genetista, el ginecólogo, el pediatra. Por consiguiente, el deber de informar recae sobre un profesional sanitario como presupuesto y elemento integrante de la *lex artis*<sup>107</sup>, y al centro sanitario se le atribuye una obligación de asegurar su cumplimiento con una adecuada organización, sobre todo en tratamientos complejos en que intervienen varios facultativos.

---

<sup>106</sup> A. PETERFY, «Fetal Viability as a Threshold to Personhood», *op. cit.*, p. 624.

<sup>107</sup> La jurisprudencia considera como responsable de informar al médico que realiza la intervención. Véanse al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995 (Sala Civil); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 22 de mayo de 1995 (Sala de lo Social) y la SAP de Valladolid, de 19 de abril de 1997 (Sala Civil). Véase asimismo: Alfonso ATELA, «El deber de información en ginecología y traumatología», *ADS*, 1990, pp. 613 a 629; Alfonso CASTRO BEIRAS, «Información clínica», *La información sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 204 y ss.

En cuanto a la información en el ámbito del consejo genético vamos a estudiar el deber de informar desde dos puntos de vista diferentes. Por una parte, el deber del médico de ofrecer toda información de manera sistemática y previa al inicio de todo el proceso, detallando lo que puede suceder en un futuro si el sujeto está dispuesto a llegar hasta el final del asesoramiento.

Por otra parte, aparece el deber de informar de manera detallada al realizar un estudio completo de las pruebas, historiales y demás prácticas a las que se le ha sometido a un sujeto y de las cuales se obtiene un diagnóstico. Esta información podríamos decir que es una información precisa en respuesta a una demanda. No obstante, a pesar de haber hecho esta diferenciación entre la información general sobre una determinada materia y la información concreta de acuerdo con la situación personal del sujeto, no hemos de olvidar que la información ha de tener un tratamiento uniforme, puesto que toda ella conforma un proceso continuo y completo (Ley General de Sanidad, art. 10.5). Además, el derecho a la información es un derecho que se puede exigir por parte de los usuarios, puesto que está incluido en el art. 43 de la Constitución Española como parte del derecho a la salud. Además, en palabras de Romeo Casabona, el derecho a la información esta vinculado estrechamente con el consentimiento del acto médico, sin embargo este derecho, se justifica en sí mismo y tiene carácter autónomo<sup>108</sup>. En efecto, la información al paciente puede presentar varias facetas. La primera de ellas se vincula ciertamente al consentimiento, puesto que únicamente tras recibir la información pertinente al paciente podrá emitir un consentimiento racional y válido. Pero va más allá, pudiendo estar desvinculada de cualquier acto de voluntad por parte del paciente. La Ley General de Sanidad lo asume en el art. 10.5, pues la información a que se refiere no siempre ha de concebirse como condición previa para la libre elección del paciente y para otorgar su consentimiento, sino que implica también el derecho a conocer su estado, su proceso y la información terapéutica.

También, el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (art. 5), manifiesta que la persona recibirá previamente una información adecuada sobre la finalidad y naturaleza de la intervención, así como de sus consecuencias y riesgos.

En síntesis, hoy en día se tiende a ver el derecho a recibir información como un derecho que está en auge debido, entre otras cosas, al hecho de que un paciente con más información tiene un compromiso

---

<sup>108</sup> C. M. ROMEO CASABONA, *El Médico y el Derecho Penal I*, op. cit., pp. 335 a 339.

y una responsabilidad mayores al tomar decisiones sobre su salud. Por otro lado, la responsabilidad del profesional sanitario radica en ofrecer una adecuada información y estar seguro de que la misma se haya entendido. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que el médico a la hora de informar tiene una serie de límites para cumplir con dicho deber<sup>109</sup>: a) límites positivos: en este caso, el médico ha de informar sobre las consecuencias y los riesgos seguros que se dan según los conocimientos científicos y la experiencia médica en la clase de intervención a la que se someterá el paciente; b) límites negativos: el deber de información del médico se delimita al excluirse de esta obligación las consecuencias o riesgos excepcionales o atípicos. Es decir, aquellos que de acuerdo con la ciencia y la experiencia médicas no son previsibles<sup>110</sup>, no obstante, una salvedad a este planteamiento es que el paciente lo preguntase expresamente. A parte de esto, existen otros límites a ese deber de informar que pueden derivarse de ciertas circunstancias y de determinados criterios: actuación previa similar, situaciones de urgencia, el derecho a no saber, información terapéutica o el pronóstico fatal.

Hemos analizado hasta el momento los sujetos a quienes corresponde transmitir la información y el contenido que ha de tener la misma. A la vista de ello, se observa que hay supuestos en los que la falta de información o su incorrecta transmisión, pueden dar lugar a

---

<sup>109</sup> No existe unanimidad a la hora de establecer los criterios por los que se ha de transmitir la información por entero o bien limitarla. Se plantean infinidad de dudas al decidir cuestiones como: si es conveniente informar a la futura madre de que los resultados de una prueba prenatal son ambiguos y nadie sabe con certeza si el feto es normal; o si una vez que existe claridad en el resultado, es prudente informar a la mujer de una nueva interpretación que todavía no ha sido aceptada por la comunidad científica. Frente a este tipo de planteamientos se dio un amplio acuerdo mundial (más o menos el 97%) entre los genetistas a favor de la comunicación por entero de todos los tipos anteriores de incertidumbre científica, con la excepción del desacuerdo entre colegas sobre resultados posiblemente manufacturados en el laboratorio. Aunque casi todos comunicarían a la futura madre la posibilidad de una anomalía, el 34% no mencionaría que sus compañeros no estaban de acuerdo. Esta abstención de revelación estaba basada en el deseo de proteger la imagen pública de la medicina como ciencia exacta y de evitar conflictos personales con los colegas. Los genetistas en los Estados Unidos y en Canadá estaban más dispuestos a comunicar el desacuerdo de sus colegas que los de Gran Bretaña, donde persiste una tradición más patriarcal de la medicina y es menos probable que los pacientes duden (o lleven a los tribunales) al médico o al especialista. D. C. WERTZ y J. C. FLETCHER, «Comunicando riesgos genéticos», *Labor Hospitalaria*, n.º 218, 1990, p. 310.

<sup>110</sup> En este sentido podemos ver sentencias en las que se considera que no es delito la falta de información del riesgo poco probable pero grave: Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1997 (Sala Penal).

demandas<sup>111</sup> que los pacientes o sus familiares interponen contra los médicos.

El problema que aquí se plantea es la dificultad de probar este tipo de supuestos, puesto que en ocasiones no existe el consentimiento informado con el que se pueda demostrar que se dio la información pertinente —exigible previamente a cualquier intervención—, o bien porque la existencia de consentimiento no demuestra que efectivamente se haya ofrecido información verbal mayor a la que aparece en el formulario. En otras palabras, se genera un debate sobre a quién (médico o paciente) corresponde la carga de la prueba.

La doctrina jurisprudencial se encuentra dividida al respecto<sup>112</sup>: a) hay sentencias que imponen la carga de la prueba al paciente, porque la base de su pretensión se encuentra en la ausencia de información al emitir su consentimiento; b) otras sentencias atribuyen la carga de la prueba al médico, precisamente, por la mayor facilidad de su aportación mediante el escrito de consentimiento informado, el cual debería incluirse en el historial clínico<sup>113</sup> que todo médico ha de tener de su

---

<sup>111</sup> No olvidemos en este apartado las, ya mencionadas, acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a las que nos hemos referido.

<sup>112</sup> En favor de la inversión de la carga de la prueba se manifiestan las Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994 (Sala Civil), y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 1994. En contra de este pronunciamiento se declaran la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1994.

Véase sobre la carga de la prueba: J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «La responsabilidad del anestesista y el deber de información», *Actualidad de Derecho Sanitario*, n.º 19, 1996, p. 480; Jean PENNEAU, «La información y el consentimiento del paciente», *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*, vol. 1, Fasc. 2/ Vol. 2, Fasc. 1, diciembre 1996 y julio 1997, pp. 10 y 16.

El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en su acuerdo sobre consentimiento informado considera en el Acta n.º 39 de 6 de noviembre de 1995 que es una finalidad primordial del documento del consentimiento que éste sea escrito y así coadyuve eficazmente a proteger a los profesionales sanitarios de posibles denuncias por falta de información al paciente o por información deficiente (punto 1.4).

<sup>113</sup> Para poder probar que se informó adecuada y suficientemente es de gran relevancia la historia clínica, puesto que en ella debe aparecer si el médico cumplió o no con su deber de informar. Tengamos en cuenta que la historia clínica tienen valor probatorio pudiendo absolver al profesional sanitario demandado por incumplimiento de algún deber, si su elaboración es la correcta. No obstante, también puede ser un elemento determinante de su condena cuando no exista, esté mal realizada o cuando demuestre a través de su contenido, que el profesional no se ajustó para su realización a la *lex artis* exigible.

De hecho, según el Código de Ética y Deontología Médica de 1995 para que se elabore y se proteja correctamente la historia clínica se exige que todo acto médico quede registrado en la misma. El médico o el centro sanitario tienen obligación de conservar la historia clínica junto con los elementos materiales del diagnóstico; la des-



paciente. Además, se dice que nadie está obligado a probar un hecho negativo, es decir, que el médico no le informó, lo que desplaza la carga de la prueba. En todo caso una tesis novedosa que propone Martínez-Pereda, a propósito de la carga de la prueba, apunta que aunque la Ley General de Sanidad exige la forma escrita para verificar que se cumplió el deber de informar, el médico puede probar que lo hizo por otros medios, no sólo el tradicional de testigos sin tacha, sino por una cinta magnetofónica que acredite el diálogo entre el paciente y su médico sobre el futuro acto médico<sup>114</sup>.

Personalmente, parece más acorde con la garantía de la tutela judicial efectiva la posición proclamada por la inversión de la carga de la prueba, debido a que ha de formalizarse por escrito el cuestionario del consentimiento informado. Es decir, el profesional sanitario será quien deba probar que dio información suficiente y verdadera a su paciente, porque será él quien mejor podrá probarlo mediante el historial clínico de su paciente, si estuviera bien realizado. En dicho historial se apreciará la información que se le otorgó, si en su caso se firmó el documento relativo al consentimiento. Para defender esta postura es de interés el argumento que ofrece Beltrán<sup>115</sup>, al decir cómo la inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien la alega. En efecto, no es lógico que el paciente acredite circunstancias que le son ajenas y que están, por contra, al alcan-

---

trucción por el paso del tiempo podría realizarse con el consentimiento del paciente; la historia se redacta y conserva para la asistencia al paciente. Se prohíbe cualquier otra finalidad a no ser que se cumplan las reglas del secreto médico y se cuente con la autorización del médico y del paciente; se admite el uso de la historia para fines científicos, estadísticos y docentes siempre que se respete el derecho a la intimidad del paciente; el médico está obligado a proporcionar a otro colega los datos necesarios para completar el diagnóstico, así como a facilitarle los resultados de los exámenes y de las pruebas diagnósticas realizadas; cuando el médico cese en su trabajo, su archivo podrá ser transferido a otro colega salvo que los pacientes manifiesten su voluntad en contra. Cuando no tenga lugar tal sucesión, el archivo deberá ser destruido. Todas estas exigencias hacen que la historia clínica tenga el valor tan importante que se le confiere (arts. 34 y ss.).

Desde el punto de vista jurisprudencial, véanse sobre esta cuestión las siguientes sentencias: Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 29 de mayo de 1993; S. del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja del día 29 de febrero de 1996; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 19 de abril de 1997; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 1 de julio de 1997; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de enero de 1998.

<sup>114</sup> J. M. MARTÍNEZ PEREDA, «Consenso entre los expertos: el consentimiento es un acto clínico más», *ADS*, n.º 19, 1996, p. 487.

<sup>115</sup> J. L. BELTRÁN AGUIRRE, «La información en la ley General de Sanidad y en la jurisprudencia», *op. cit.*, p. 174.

ce del profesional. Exigir al paciente que pruebe no haber recibido la información, algo imposible de facto, le coloca en una situación de indefensión material al privarle de la posibilidad de defender sus legítimos intereses, lo que implica una vulneración de la tutela judicial efectiva<sup>116</sup>.

Cuando efectivamente se demuestre el incumplimiento del deber de informar surgirá la responsabilidad basada en una obligación de reparar los daños y perjuicios producidos en el paciente. Las vías judiciales para reclamar los daños derivados de este incumplimiento del deber de informar se centrarían en la vía civil, en la contencioso-administrativo y en la penal, como ya es sabido<sup>117</sup>.

Finalmente, hay que tener en cuenta que cuando nos referimos a la responsabilidad del profesional por incumplimiento del deber de informar se ha de probar que existe una relación de causalidad. No obstante, esta relación causal no hay que buscarla en torno a que el daño sea consecuencia de *mal praxis* médica, sino a que el resultado dañoso sea consecuencia directa de la ausencia de información.

## **5. Revelación de datos a terceras personas sin consentimiento del paciente**

El secreto profesional médico debe actuar en el consejo genético al igual que lo hace en otros campos de la medicina, con el fin de salvaguardar el derecho a la intimidad personal. Además se ha

---

<sup>116</sup> Una sentencia que considero oportuna mencionar aquí por entablar doctrina al respeto, se resuelve absolviendo al médico tras efectuar una vasectomía fallida por haber consentimiento firmado. La sentencia carga al médico la obligación de probar que se informó, al encontrarse en su poder las fuentes de prueba y por tanto, estar en mejor posición de acreditar los hechos (SAP de Cáceres de 23 de febrero de 1996; S. Audiencia Provincial de Toledo de 16 de diciembre de 1999).

<sup>117</sup> Sobre esta cuestión, J. L. BELTRÁN AGUIRRE, «La información en la ley General de Sanidad y en la jurisprudencia», *cit.*, p. 169; Eugenio PENACHO MARTÍNEZ, «La responsabilidad como contrapartida de la libertad en el ejercicio de la profesión médica», *ADS*, n.º 3, 1995, pp. 141 a 149; Francisco SOTO NIETO, «La responsabilidad civil subsidiaria en el proceso penal contra los profesionales sanitarios», *DS*, vol. 4, n.º 2, 1996, pp. 187 a 206; y Santiago MUÑOZ MACHADO, «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria», *Documentación Administrativa*, núms.. 237-238, 1994, pp. 256 a 279; R. LORENZO MONTERO y J. SÁNCHEZ CARO, *Consentimiento informado. op. cit.*, p. 13.

Asimismo, podemos remitirnos sobre el caso a la siguiente jurisprudencia: STS de 5 de mayo de 1988; STS de 7 de junio de 1998; STS de 17; STS de 26 de junio; STS de 23 de noviembre de 1990.

de tener en cuenta, que en el contexto del consejo genético se averiguan datos médicos y genéticos de las personas, lo que conduce a que el deber de secreto se deba consolidar aún más. El motivo radica en que los datos genéticos aportan información sobre el individuo y sobre su familia biológica, ofrecen información sobre enfermedades genéticas de importancia futura e incierta, pudiendo llegar a causar serios problemas de determinismo social o de estigmatización. Por ello, es necesario proveer a estos datos genéticos de una mayor protección legal. En efecto, la información genética puede llegar a generar problemas de reduccionismo y determinismo social; entendidos respectivamente, como la tendencia a reducir un problema múltiple en un solo factor —el factor genético sería el factor único y exclusivo responsable de la enfermedad—; y el determinismo involucraría la equivocada idea de que los genes son precisamente, los que determinan el destino del individuo. Esta descripción tan exhaustiva de lo que pueden llegar a revelar los datos genéticos, es el motivo para que necesiten mayor protección mediante medidas de seguridad más estrictas que las otorgadas para proteger los datos médicos.

En efecto, lo que se trata de preservar con el secreto es la intimidad de las personas, la cual se protege en diferentes partes del ordenamiento jurídico, es decir, tiene una regulación fragmentaria en: la Constitución Española (arts. 10, 18, 20.4); la Ley General de Sanidad (art. 10); la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 262, 463 y 410); la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de Protección al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y la Ley Orgánica 15/99, de Protección de Datos de Carácter Personal<sup>118</sup>, y en el Código Penal de 1995.

En efecto, el Código Penal de 1995, en su Título X, «De los Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio» y concretamente, en su Capítulo I se refiere al descubrimiento y revelación de secretos y en consecuencia, se da protección a la intimidad de las personas<sup>119</sup>, es decir, se establece una protección de los aspectos más significativos del derecho a la intimidad, se ofrece una respuesta más adecuada a la realidad social actual y a las nue-

---

<sup>118</sup> Tengase en cuenta la Sentencia 292/2000 de 30 de noviembre relativa al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra los arts. 21.1, 24.1 y 24.2 de esta Ley Orgánica 15/99 de Protección de Datos de Carácter Personal.

<sup>119</sup> En este Capítulo se está protegiendo no sólo la no revelación de secretos, sino también el hecho de que no se utilicen, modifiquen o se apoderen de datos de carácter personal o familiar. Se está protegiendo la intimidad en sí misma y la identidad de los datos y no sólo una de sus manifestaciones como es el secreto.

vas formas de agresión a la intimidad y a los demás derechos de la personalidad. A continuación, estudiaremos los delitos sobre el descubrimiento y revelación de secretos que atentan directamente contra la intimidad de las personas (arts. 197, 198, 199, 417, 418, 442, 535, 536 y 584).

Para comenzar, resulta significativa la disposición del artículo 197 por considerar que es el precepto que abarca el mayor número de supuestos. En dicho artículo se establece una detallada pormenorización de los supuestos de hecho y de los posibles medios de invasión. Muestra el ánimo del legislador, que no ha querido dejar sin sancionar los modernos medios de vigilancia e intromisión en la vida privada de las personas. El artículo 197.1 es el tipo básico y el resto de los apartados, son agravados, por el tipo de acción que se lleva a cabo: apoderamiento, utilización, modificación (...); por el sujeto activo que ejecuta la revelación: personas encargadas o responsables de los ficheros; por el sujeto pasivo sobre el que recae la acción: incapaz, menor; o por la especial vulnerabilidad de la información divulgada: datos sensibles. Apreciamos con el análisis precedente que, este artículo restringe la esfera de ilícitos penales a las conductas de apoderamiento, utilización, modificación, acceso ilegítimo, alteración, y cesión de los datos registrados<sup>120</sup>.

De este artículo, podemos decir que los párrafos que podrían tener mayor aplicación durante el proceso del consejo genético son:

En primer lugar, el apartado segundo que regula los llamados «delitos informáticos». Hoy en día, se están informatizando las historias clínicas de los pacientes, por lo que las parejas que solicitan asesoramiento genético entrarán a formar parte de estas bases de datos pudiendo, por consiguiente, ser víctimas de estos delitos informáticos. El Código Penal tipifica los abusos informáticos sobre datos personales automatizados. En este contexto se puede observar que lo que se trata de proteger es la *privacy* o libertad informática y para ello, se ofrece una mayor protección a los datos personales informatizados<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> No obstante, hemos de completar la tipificación de estas conductas con los arts. 414 y 415 del CP95, en los cuales se tipifican las acciones consistentes en: a) que un funcionario público, cuya misión encomendada sea la custodia de documentos, destruya o inutilice los medios puestos para impedir el acceso a los mismos o consienta en su destrucción o inutilización; b) cuando el funcionario público, a sabiendas y sin la debida autorización, accediere a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo.

<sup>121</sup> Además, existen también textos internacionales que son informadores de los elementos normativos del tipo del art. 197.2. El marco extrapenal de la protección de

En segundo lugar, el apartado quinto de este artículo 197 que es un tipo agravado por razón del carácter sensible de los datos, puede también aplicarse en el proceso del consejo genético. Este párrafo se fundamenta en la afectación del núcleo duro de la «privacy», es decir, se impone mayor sanción —que en los otros párrafos del mismo artículo— cuando la información que ha sido tratada informáticamente se refiere a los denominados datos sensibles, esto es, a la información relativa la vida sexual, la ideología, el origen racial o la salud. Precisamente, durante el consejo genético se averiguan datos sobre la vida sexual y sobre la salud de las personas. A veces, se trata de datos genéticos que, como veremos más adelante, requieren mayor protección que el resto de datos médicos.

En los artículos posteriores arts. 198 y 199, se agravan las conductas por ser el sujeto activo funcionario público, o por tener conocimiento de la información por razón de su cargo, o bien porque se trata de un profesional que incumple su obligación de sigilo. Por tanto, estamos en presencia de un delito especial, puesto que el sujeto activo se circunscribe a una esfera determinada. En el caso de los profesionales sanitarios, éstos son considerados como «confidentes necesarios». El carácter jurídico del deber de sigilo que recae sobre los mismos se infiere del art. 10.3 de la LGS, precepto en el que se reconoce a los pacientes el derecho a la confidencialidad en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios. Asimismo, el art. 61 de la referida Ley instauro el deber de secreto profesional con relación a la historia clínica de los sujetos, deber que recae sobre los profesionales que tienen acceso a la misma.

A la vista de estos artículos, se puede decir que estos datos sobre la salud pueden ser tratados siempre y cuando existan finalidades médicas específicas y se garantice el secreto. De no actuar de conformidad con lo estipulado, los profesionales sanitarios pueden responder por su negligencia desde un punto de vista penal por el delito de revelación de secretos y, civilmente por su actuar negligente, puesto que ambas conductas vulneran la intimidad de los sujetos afectados.

---

datos personales informatizados se encuentra en el Convenio del Consejo de Europa de protección de las personas frente al tratamiento automatizado de datos personales del 28 de enero de 1981 (ratificado por España en 1984).

El referido Convenio del Consejo de Europa, pese a no constituir un tratado internacional ejecutivo, constituye una norma que debe informar la interpretación del art. 197.2 por cuanto, como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 254/1993, de 20 de julio), constituye un instrumento interpretativo-informador del contenido básico esencial del derecho reconocido en el art. 18.4 CE (*habeas data*).

## 6. Conclusiones

Hemos podido apreciar cómo, hoy en día, hay un incremento substancial de denuncias contra los profesionales sanitarios, respecto de épocas pasadas<sup>122</sup>. Considero que su explicación se debe a que los avances científicos y técnicos permiten una medicina más agresiva y por consiguiente, con más riesgos de causar daños. Como síntesis de lo expuesto hasta el momento sobre la cuestión, he aquí un resumen de la responsabilidad legal del médico surgida en el proceso del consejo genético:

- 1.º Cuando el profesional sanitario no aconseja al paciente la conveniencia de someterse a las pruebas pertinentes, lo que puede dar lugar al nacimiento de un niño con anomalías congénitas, o bien que se renuncie a la procreación de niños que probablemente serían sanos.
- 2.º Cuando se ha ofrecido a la pareja el sometimiento a unas pruebas genéticas predictivas determinadas para obtener un diagnóstico preciso puede ocurrir que debido a la poca diligencia del médico o a la dificultad de la técnica utilizada se produzcan una serie de lesiones al feto, a la madre o a ambos. Incluso, en casos extremos puede dar lugar a su muerte.
- 3.º Cuando el profesional interprete o valore negligentemente los resultados de las pruebas genéticas practicadas, dando lugar a

---

<sup>122</sup> Ver más detenidamente sobre la responsabilidad médica: Baltasar GARZÓN REAL, «Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico sanitaria», *La Ley*, octubre, 1987, p. 7; R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. El problema de las pruebas*, op. cit., passim.; R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *La Responsabilidad Civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pp. 28 y ss.; R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pp. 25 y ss.; R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993: un repertorio de cuestiones de responsabilidad médica», *DS*, vol. 1, n.º 1, 1993, pp.; E. RUIZ VADILLO, «La jurisprudencia civil sobre la responsabilidad civil médica», *ADS*, n.º 31, 1997, pp. 1 a 7; E. RUIZ VADILLO, «Responsabilidad civil directa...», op. cit., pp. 180 a 186; C. M. ROMEO CASABONA, «Nuevas perspectivas de la responsabilidad legal del médico», *Anales de la Real Academia de Zaragoza. Solemne sesión científica del día 17 de junio de 1993*, Zaragoza, 1993, pp. 99 a 124; José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «Breve historia de responsabilidad médica», *ADS*, 1995, pp. 423 a 427; Santiago PELAYO PARDOS, «El futuro del consentimiento informado tras las últimas resoluciones judiciales», *Actualidad del Derecho Sanitario*, n.º 15, 1996, pp. 179 a 192; Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993: un repertorio de cuestiones de responsabilidad médica», *DS*, vol. 1, n.º 1, 1993, pp. 18 a 32.

los falsos positivos y negativos. Son errores que darán lugar a una serie de decisiones trascendentes, dependiendo del diagnóstico ofrecido y, por consiguiente, se podrían derivar consecuencias jurídicas de muy variada índole —esterilizaciones, interrupciones de embarazo por indicación embriopática erróneamente dictaminadas—.

- 4.º Cuando el consejero genético no informe de manera completa y adecuadamente a sus pacientes sobre el diagnóstico, el tratamiento, el riesgo, etc.
- 5.º Cuando los profesionales sanitarios, sin el consentimiento del paciente, revelen a terceras personas aquellos datos personales o, en concreto, genéticos descubiertos a lo largo de las pruebas realizadas, o bien cuando no se custodien dichos datos con las debidas garantías.