

Tribuna de opinión

LA PRÁCTICA DE LA OBSTETRICIA Y ALGUNA PARADOJA JURÍDICA EN SU DESARROLLO CLÍNICO

El autor aborda las implicaciones judiciales de atenciones obstétricas complejas: un parto en casa en situación de riesgo para el feto y la práctica de una cesárea en contra de la voluntad de la gestante.

Juan Siso, profesor de Derecho Sanitario de la Universidad Rey Juan Carlos.

17 octubre, 2019

El ejercicio de la Medicina a la luz del Derecho fue el título de un libro que, tiempo atrás, escribí mostrando la complejísima relación de estos dos elementos. **Si la Medicina es el arte** y ciencia de atender nuestra salud, el Derecho es un instrumento organizador de la convivencia, la vida diaria y las relaciones humanas. Una de las dimensiones más relevante de esas relaciones es, precisamente, **el ejercicio de la Medicina sobre las personas**.

Una manifestación de la práctica médica, de las más complejas en sus valoraciones jurídicas es la Obstetricia. **Los espacios vitales próximos al principio** y el fin de la vida muestran, en efecto, situaciones de muy difícil valoración bajo el prisma jurídico. Tanto que, en algunas ocasiones, la solución

jurídica nos llena, en principio, de estupor, hasta que serenamos nuestro ánimo y analizamos detenidamente la situación y los elementos de su valoración.

Los espacios vitales próximos al principio y el fin de la vida muestran, en efecto, situaciones de muy difícil valoración bajo el prisma jurídico

Voy a examinar dos asuntos que pueden situarse en esta línea, cuando leemos los titulares y hasta que examinamos y valoramos de forma suficiente todos sus componentes, los bienes jurídicos protegidos y el modo de hacerlo.

Caso 1. Una mujer es obligada a sufrir una cesárea contra su voluntad.

¿Cómo? ¿Acaso no puede una madre elegir el modo de alumbrar a su criatura? ¿Puede desconocerse ese ejercicio de su autonomía? Veamos.

HECHOS ANALIZADOS: Una mujer embarazada de 32 semanas (7 meses) se negaba a dar a luz, siendo advertida de la necesidad de una cesárea de urgencia. La embarazada rechazaba cualquier tratamiento médico, a pesar de que se le expuso el riesgo que esta actitud negativa conllevaba para la salud del feto. La mujer argumentaba que la solución propuesta por el medio sanitario no se trataba de un parto natural, rechazando dicho método, y aludiendo a razones culturales. Actuaba de esa manera pese a las recomendaciones del equipo médico del Hospital General de Elche, que detectó que el feto tenía el cordón umbilical obstruido, por lo que corría el riesgo de fallecer al **no poder recibir el oxígeno y los nutrientes necesarios para sobrevivir**. En casos como éste, y dependiendo del periodo de gestación y del estado del feto, se opta por provocar el parto o por realizar una cesárea, como medida de emergencia, solución esta última que se valoró como procedente en el caso presente. Ante esa situación de compromiso vital para el feto y ante la negativa de la madre a la solución ofrecida, desde el equipo jurídico del hospital se

solicitó un permiso de urgencia al juzgado para poder realizar la cesárea. Mientras tanto en el medio clínico se preparaban todos los elementos necesarios para atender este asunto.

VALORACIÓN JURÍDICA: La magistrada (titular del Juzgado de Instrucción número 1 de Elche) que examinó este asunto y la Fiscalía autorizaron al equipo médico a realizar la cirugía, aún en contra de los deseos de la madre de no recibir atención médica alguna, velando, desde el medio judicial, por la vida de la criatura por estimar preferente el interés del fruto del embarazo sobre la voluntad de su madre. La criatura, tras la cesárea practicada, ingresó en la UCI neonatal evolucionando favorablemente, si bien siguen de cerca la situación del bebé para asegurarse de que los padres le proporcionan los cuidados médicos necesarios y dejan trabajar al equipo médico, **a pesar de esa tendencia naturista que manifestaron**, para negarse a la práctica de la cesárea de emergencia que se necesitaba para salvar la vida de la criatura.

HERRAMIENTAS JURÍDICAS UTILIZADAS: El medio sanitario había ofrecido una respuesta clínica adecuada a la madre, que al no ser aceptada por ésta obligó a judicializar la situación. Judicializar supone tomar decisiones clínicas en sede jurídica. No es deseable, pero a veces es inevitable y necesario por la gravedad de los bienes jurídicos comprometidos. La magistrada dio una respuesta legal correcta, la única, por cierto que cabía en este caso: practicar una cesárea, aún contra la voluntad de la madre portadora del feto, para salvar la vida de este último. En el Derecho sanitario, bajo el principio de autonomía del paciente, prevalece la libre decisión de éste sobre su salud e incluso sobre su vida. Siempre que la decisión se refiera a sí mismo (un enfermo que se niega a aceptar quimio, cuando la precisa vitalmente, por ejemplo, no puede ser obligado a este tratamiento). **Cuando el tercero implicado es un menor no puede decidirse poniéndole en riesgo.** Recordamos el caso de los Testigos de Jehová que, bajo pretendido ejercicio de patria potestad, niegan una transfusión al menor que la necesita vitalmente. La decisión normativa (y judicial si procede) es transfundir, aún con oposición de unos padres que no pueden utilizar su patria potestad en contra del menor.

En el caso que estamos examinando se da una decisión libre de la madre de utilizar medios clínicos naturistas, evidentemente, pero cuando esa conducta pone en peligro al menor decae su derecho a decidir respecto de éste último según su criterio. **Son de aplicación las siguientes normas:**

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, recoge en su artículo 2, la preponderancia del interés de aquel sobre cualesquiera otros en litigio: Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan... En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten... los Tribunales, o los órganos legislativos primarán el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor...

Artículo 9 de la Ley 41/2002, tras su reforma por las Leyes 8/2015 y 26/2015: Cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo... la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente.

Con la normativa citada, en su aplicación a este caso, en la concurrencia del bien jurídico protegido autonomía decisoria de la madre y protección de la vida del menor se dio preferencia a este último sobre el primero.

Caso 2. Muerte del feto sin responsabilidad de la madre por conducta pasiva.

¿Puede la madre decidir, incondicionada e impunemente por el feto, en cualquier circunstancia? ¿Puede haber algún caso en que no se castigue la desprotección del feto? ¿Nuestras leyes pueden desconocer esta conducta?

HECHOS ANALIZADOS: Una mujer, defensora del parto natural, decidió atender este proceso en su domicilio. Asistió, previamente, con normalidad a las revisiones clínicas que precisaba hasta la semana 36, en que dejó de acudir a los controles. En el centro sanitario le habían informado de que el feto venía **en posición podálica y precisaría**, en su momento, de una cesárea para el alumbramiento sin peligro. La madre buscó información en internet y preguntó a la matrona y a varias doulas, porque estaba en contra de que le hiciesen una cesárea. Manifestó que confiaba en que el feto se diera la vuelta antes del momento del parto. Si no ocurría así pensaba esperar a dilatar en casa y acudir, después, al hospital.

Todas esas previsiones no pudieron darse y en el desarrollo final de los acontecimientos el alumbramiento produjo un feto muerto. En el informe del 061, a la llegada de la unidad medicalizada constaba que “se encuentra tronco y extremidades inferiores fuera de canal vaginal, extremidades pálidas y frías y testes muy equimóticos. Se realiza episiotomía con salida de hombros y cabeza 20 minutos después de la llegada. Nace hipotónico, en apnea y en asistolia. Se inician maniobras de RCP no obteniéndose latido en ningún momento”. El informe forense concluyó que: “**Los resultados de las pruebas Rx e histológicas indican que la muerte se produce de forma previa a la expulsión del feto.** La ausencia de aire en los pulmones y por tanto la ausencia de respiración ha sido completamente acreditada. La presencia de aire en tubo digestivo (estómago) se explica por un tránsito de tipo pasivo facilitado por las maniobras de RCP.”

Puede llamar la atención el encuadramiento judicial de este caso en el delito de aborto, cuando no se produjo la expulsión prematura del feto. Es preciso dejar

constancia de que el Código Penal no define el concepto de aborto y hay que acudir a su descripción médica y jurisprudencial. El concepto de aborto, por el que se han venido decantando la mayor parte de los sectores doctrinales así como la Jurisprudencia constante en la materia, se refiere al mismo como la privación de vida autónoma al fruto de la concepción, ya sea mediante la expulsión prematura del feto en condiciones de no viabilidad, así como por la muerte del feto en el seno materno, antes de su alumbramiento.

VALORACIÓN JURÍDICA: El Juzgado de Instrucción número 4 de Vigo (procedimiento abreviado 2848/2018) declaró que “estamos ante un parto natural, a término, los hechos sólo podrían integrar un delito de aborto imprudente”. Se declaró el sobreseimiento de las actuaciones, sin determinación de responsabilidad para la madre. No pudo deducirse judicialmente, por otra parte, responsabilidad de terceras personas al no haberse acreditado la presencia de nadie ajeno al entorno de la madre, en el escenario de los hechos.

HERRAMIENTAS JURÍDICAS UTILIZADAS: Aquí no se produjo una judicialización de la situación, pues el medio judicial actuó una vez acaecidos los hechos, valorando lo sucedido y emitiendo un pronunciamiento de los mismos. Pero es preciso destacar que **este pronunciamiento es de naturaleza jurídica, estricta y únicamente, no moral**, en cuyo terreno podríamos deducir alguna responsabilidad de la madre, pero no desde la óptica penal, utilizada en sede judicial. Es muy difícil mantener una postura fría y objetiva, desde el punto de vista técnico jurídico, en una cuestión tan impregnada de valores morales, éticos, antropológicos, ideológicos...como la que estamos examinando.

La reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, no sólo derogó el art. 417 bis del Código penal, que contemplaba los supuestos de aborto no punible, concurriendo alguna de las tres circunstancias o indicaciones a las que se refería la Sentencia 53/1985 (terapéutica, eugenésica y ética), e introdujo un sistema de plazos (aborto libre, tras haber recabado información y un período de reflexión de 3 días, durante las primeras

14 semanas de gestación), sino que también aportó algunas modificaciones en los tipos penales vigentes.

El Código penal distingue, en su redacción actual, varios tipos de aborto.

§ El causado por tercero sin consentimiento de la mujer o habiéndolo obtenido mediante violencia, amenaza o engaño (artículo 144).

§ El producido con consentimiento de la mujer, pero fuera de los supuestos despenalizados.

§ El autoaborto, por la propia mujer, fuera de los casos despenalizados (artículo 145).

§ El aborto llevado a cabo por un tercero, en los casos legalmente previstos, bajo determinadas circunstancias: a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información legalmente exigible; b) sin haber transcurrido el período de espera preceptivo; c) sin contar con los dictámenes previos necesarios; d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.

La embarazada no será penada en estos casos. (artículo 145 bis).

§ Aborto causado mediante imprudencia grave (profesional o no) de un tercero

La mujer no será penada en estos casos. (artículo 146).

Como puede verse, en los dos últimos supuestos, ni el aborto con incumplimiento de requisitos formales ni el aborto imprudente implican penalmente a la mujer. En el caso que nos ocupa la muerte del fruto de la concepción en el seno materno se produjo por imprudencia previsor de la madre, no por conducta dolosa (intencional) y por ello no es penalmente reprobable, a la luz de la normativa vigente. No quería, ella, el suceso que se produjo, si bien sucedió por su conducta irreflexiva ante las advertencias recibidas del medio sanitario.

Un planteamiento decisivo. Definición del bien jurídico protegido.

En el escenario de los sucesos abortivos aparecen, aparte del agente causante del aborto (un tercero, en su caso), la criatura fruto de la concepción y la persona de la madre gestante. ¿A quién debe proteger el ordenamiento jurídico? Las tesis están divididas entre quienes apuntan a la protección de la criatura o de la madre, como intereses preponderantes sobre el otro de estos dos sujetos, según la postura adoptada.

Para que una acción deba ser tenida como imprudente es preciso que haya sido querida en sí misma

En el primer caso se tiende a la penalización absoluta del aborto por atentatorio contra la vida del nasciturus, Bajo la segunda tesis, el aborto estaría permitido siempre que se contase con el consentimiento de la madre, en ejercicio del derecho a disponer de su propio cuerpo.

Hay, no obstante, una postura intermedia que, protegiendo al fruto de la concepción, considera, sin embargo, **determinadas circunstancias de la madre y despenaliza el aborto respecto de su persona**, cuando concurren ciertos requisitos legalmente previstos. Entiende, esta tesis, la importancia y necesidad de defender la vida de la criatura, pero, al tiempo, no desconoce la peculiar posición de la madre gestante y sólo la castiga cuando su conducta contra el feto haya sido dolosa (intencional), no castigando conductas imprudentes de aquella.

Para que una acción deba ser tenida como imprudente es preciso que haya sido querida en sí misma; que **al realizarla se haya infringido una norma de cuidado**, que es lo que la connota negativamente, y que, además, haya producido un resultado lesivo o de puesta en riesgo de un bien jurídico. El daño, en estos casos, no se busca, incluso trata de evitarse, a pesar de lo cual, por no tomarse determinadas medidas, se acaba produciendo.

Todos estos elementos concurren en los dos casos expuestos, de madres seguidoras de tendencias naturistas, y evitación de partos medicalizados. En el primero de ellos sin resultado letal, afortunadamente, ante la intervención sanitaria forzosa, dado el peligro vital para el feto y en el segundo con la muerte del feto, al no haber recibido **la atención obstétrica necesaria**. En los dos casos no hay castigo penal a la madre, por haberse actuado contra su voluntad, en el primero y no haber resultado lesivo para el feto y en el segundo por haberse deducido que no hubo intención de dañar a la criatura, sino sólo descuido en su atención, supuesto despenalizado, como hemos visto.

Nos queda la inquietud de preguntarnos, respecto del segundo caso examinado, si hubiera podido **procederse de forma forzosa a la realización de la cesárea**, como en el primer caso expuesto, de haberse encontrado la madre en el medio sanitario en los momentos decisivos