

## **«CONTERGAN»: LA HISTORIA DE UN DELITO (\*)**

CARMEN REQUEJO CONDE

El feto es actualmente un bien jurídico mejor protegido en el nuevo Código penal. La afortunada regulación de los artículos 157 y 158 C.P. vienen a cubrir el vacío legal existente en esta materia, en la que sólo la vida del feto era contemplada como bien jurídico protegido a través de la tipificación del delito de aborto, si bien las malformaciones o deficiencias causadas al mismo permitían por vía indirecta el recurso a la indicación eugenésica que preveía el artículo 417 bis.1, párrafo tercero (1). Sin embargo, los atentados a su integridad corporal quedaban sin posibilidad de persecución penal. No era un tratamiento correcto el otorgado mediante la incriminación a través de las lesiones provocadas a las personas o sujetos ya nacidos, en virtud de una interpretación contra reo del término «otro» que contenía el anterior artículo 420 C.P. (2), regulación centrada en la protección de la vida como bien jurídico independiente, como hiciera el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de abril de 1995, vulnerando así el principio de legalidad. No lo era tampoco intentar derivar las lesiones causadas al feto como acciones que redundan en perjuicio de la madre, sujeto sí apto para integrar el delito de lesiones, que se entendían producidas a la intangibilidad de los componentes del cuerpo de la mujer y, entre ellos, a los gérmenes con vida como el feto, con perturbación de la capacidad reproductiva y de desarrollo normal de aquélla. Sobre esta solución pesaban importantes argumentos, cuales eran la consideración del feto y de la madre como dos sistemas biológicos diferentes, tal que no es el primero una función corpórea de la segunda, constituyendo ambos organismos autónomos, pues como la ciencia ginecológica ha puesto de manifiesto, la célula fecundada contará pronto con sus propios órganos —cerebro y tejidos nerviosos—, así como con circulación, metabolismo y temperatura específicas, tal que el feto podría continuar su vida —con condiciones— tras la muerte de la madre (3). Asimismo, no sólo el as-

(\*) Este trabajo constituye el núcleo esencial de una comunicación dirigida, seleccionada y leída en el Congreso de Derecho Penal y Procesal celebrado en Sevilla del 11 al 15 de noviembre de 1996 sobre «El nuevo Código penal y la Ley del Jurado».

(1) Vigente por orden de la Disposición Derogatoria 1.<sup>a</sup>a) C.P.

(2) Mantenido en el artículo 147.1 C.P. y prevista también en el § 230 StGB.

(3) En JZ, 1971, p. 508.

pecto médico, sino también el jurídico, avalan que la existencia jurídico-penal de dos sujetos pasivos sobre los que recaen acciones delictivas concretas y distintas corresponden a imputaciones penales diferentes. El resultado de muerte fetal en el seno de la madre o su expulsión prematura constituían el delito de aborto, mientras que la causación de lesiones quedaba sin penalizar, debido a que en la acción abortiva no existían, comparada a la acción homicida, los estadios graduales o intermedios de lesiones como atentados a la integridad física, de tal forma que estas lesiones se llegaban a castigar, pero a raíz de un aborto imperfecto, aunque realmente la intencionalidad del autor hubiese sido la realización de unas lesiones, con lo que la penalidad como aborto no dejaba de ser desde un punto de vista político-criminal la solución más inadecuada a la acción dolosamente cometida, al partir de la estimación de un dolo eventual de aborto que permitiera la aplicación imperfecta de este delito, como ya desde hace tiempo hiciera el Tribunal Supremo en sentencias de 9 de noviembre de 1880 o de 14 de noviembre de 1876.

La expresa atipificación hasta la entrada en vigor de nuestro C.P. del delito de lesiones fetales se explicaba en parte habida cuenta de que el mismo surge en consonancia con las modernas prácticas de utilización de fetos con fines de investigación, diagnósticas y terapéuticas, y de la posible causación de un resultado de malformación manifestada durante o tras el nacimiento. Las dificultades de prueba para el establecimiento de la relación causal entre la intervención sobre el feto y el daño derivado con posterioridad, fue otra de las causas, como se pondría de manifiesto en el juicio «Contergan». Sin embargo, tras la promulgación de las Leyes 35/1988 y 42/1988, que abonaron un campo exento de regulación hasta la fecha, y que ya contaban con la previsión de que «toda actuación sobre el embrión o feto vivo en el útero, no tendrá otra finalidad que facilitar el bienestar y mejorar la salud del *nasciturus*, o se hará por indicación legal» [art. 7.1.a) de la Ley 42/1988], la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Código penal de 1992 en su apartado II.c) establecía ya la necesidad de incriminar estas conductas exigiendo la intervención del sistema penal represivo. Razones no sólo jurídicas, sino también médicas e incluso morales, venían exigiendo la defensa del feto al mismo nivel que la que disfrutaba la vida humana independiente, más aún con la frecuencia con la que las conductas sanitarias imprudentes, aumentaban el número de supuestos de nacimientos de niños con malformaciones.

Según datos embriológicos, a partir del segundo mes está el feto dotado de una corporeidad indiscutiblemente humana, siendo su desarrollo desde entonces extraordinariamente rápido, pues «to-

das las decisiones y sucesos más importantes han sido ya realizados al fin del primer mes... Hacia el fin del segundo mes, podemos decir con alguna seguridad, que la persona está ya presente en el útero con todo su equipamiento básico y dotada de alguna sensibilidad» (4), por lo que «aunque el feto no posea ninguno de los caracteres que asociamos con una “humanidad acabada”, su fisicalidad representa la base necesaria para toda posible forma de lo que consideramos “plenamente humano”» (5). Pero no sólo esto, es indudable el reconocimiento de los derechos del feto, si bien limitado a la defensa de otros derechos igualmente existentes, con los que puede entrar en colisión, a nivel constitucional e internacional. Los derechos a la dignidad (art. 10 C.O.), a la vida e integridad física y moral (art. 15 C.O.), que afectada por un nacimiento tarado constituye una circunstancia personal de trascendencia social evidente, a la seguridad (art. 17 C.O.), a la protección de los poderes públicos (art. 39 C.O.), a la salud (art. 43 C.O.), así como el reconocimiento que de estos derechos hace la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, o la Declaración Internacional de Derechos del Niño de 1959, eran una muestra del reconocimiento que más allá de la legislación por entonces vigente se habría de dispensar al feto.

Siendo indudablemente el comienzo del nacimiento (6) el instante jurídico que separa en nuestro Derecho, como también en el Derecho germano, el objeto material sobre el que recae la acción del tipo objetivo del delito de lesiones, y dado que es preciso atender al momento en que se efectúa la acción agresiva, aunque el daño corporal se presente *a posteriori*, esto supondrá que la imputación penal varíe en función del instante de intervención y de la cualidad del objeto de dicha intervención. La primera vez que se plantea este problema ante un Tribunal de Justicia fue en el proceso «Contergan» del que conoció el Tribunal de Aquisgrán en el juicio de 18 de diciembre de 1970 (7). A raíz del proceso, numerosos planteamientos doctrinales, primero en Alemania y posteriormente en España, consiguieron dar una respuesta que desvinculara la aplicación de los delitos de homicidio y de lesiones de las intervenciones en el feto, cuando influyendo en éste durante su vida de gestación, resultaran lesiones o muerte durante la vida ul-

(4) P. RAMSEY: «Reference Points in Deciding about Abortion», en J. T. NOONAN J. R.: *The morality of abortion*, Cambridge, 1970, p. 72, cit. por GAFO, J.: *El aborto y el comienzo de la vida humana*, 1979, p. 234.

(5) S. HAUERWAS: *Abortion: the agent's*, p. 105, cit. por GAFO: *op. cit.*

(6) Como instante del parto o separación del claustro materno y percepción visual del fruto.

(7) En JZ, 1971, pp. 507 y ss.

terior de la persona, como se declaraba en el citado juicio, abogando por una nueva disposición penalizadora de un delito específico a esta clase de agresiones.

Un somnífero llamado «Contergan», recetado a miles de mujeres embarazadas a partir de su venta en 1957 por la empresa química-farmacéutica alemana Grünenthal, causó una catástrofe sin precedentes en la historia de la medicina. Su venta y comercialización provoca en 1961 multitud de malformaciones y muertes de niños por afectación del sistema nervioso y óseo, causado por la talidomida, sustancia componente de aquel fármaco, que dicha firma había expendido sin la suficiente y debida comprobación, y sin haber cumplido con el correspondiente deber de explicación a médicos y consumidores acerca de sus efectos secundarios. El proceso, instado por el fiscal contra la susodicha empresa, terminó sobreesido a petición de la defensa por falta de interés, tras dos años y medio de investigación sobre las presuntas responsabilidades penales de las muertes y deformaciones manifestadas tras el nacimiento en numerosos niños, así como sobre la eficacia probatoria de la relación entre la ingestión de la talidomida y el consiguiente resultado lesivo. La empresa se comprometió, no obstante, al pago de ciento catorce millones de pesetas a cambio de una renuncia a próximas reclamaciones.

Esta solución fue calificada con apelativos tan desafortunados como «final lastimoso y ridículo», «parodia dentro de un Estado de Derecho», «la culpabilidad puede suprimirse con dinero», u otras más airoas como «finalmente la ayuda para niños deformes» o «solución práctica a un problema». Y es que, mientras que unos aseguraban que el origen de la enfermedad estaba en la sustancia, y otros alegaban la ausencia de prueba científica de este origen mediante la experimentación en humanos que había dado fructuosos resultados, lo cierto es que el Tribunal afirmó la existencia de «relación causal entre la ingestión prolongada de talidomida y los daños al sistema nervioso» (8), al confirmar un cuadro clínico peculiar desconocido e insólito antes de la existencia del producto, una correlación espacio-temporal entre la enfermedad y el uso y consumo del mismo, así como entre la desaparición de éste del mercado y el cese de sus efectos. La vía seguida por el Tribunal en la valoración de la prueba fue la de la convicción fundada sin certeza natural total (9). Pues de ninguna forma cabía

(8) JZ, cit., p. 510.

(9) Seguida posteriormente por algunas SS.T.S. como la de 12 de mayo de 1986, número 2452 J.A., que dice que «la demostración propia del Derecho sea distinta a la demostración científico-natural, en tanto no supone una certeza matemática y una verificabilidad, sino, simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva» (F.J. 2.º *in fine*), o la S.T.S. de 29 de enero de 1983, núm. 702, cdo. 11.

considerar como prueba jurídica la demostración científico-natural con certeza matemática excluyente de la posibilidad de lo contrario, ya que una «una seguridad excluyente de toda duda teórica... es impensable, de ello no depende para la prueba científica el conocimiento *objetivo*, sino sólo el *subjetivo*» (10). Reconoció además que la manera de producir sus efectos la talidomida puede sólo ofrecer una posibilidad para el esclarecimiento de la cuestión de la causalidad, puesto que el mecanismo de muchas sustancias químicas en cuanto a sus efectos es desconocido, por lo que se trata sólo de averiguar si la talidomida puede ser suprimida como factor, sin que el resultado desaparezca, llegando el Tribunal a la convicción, según conocimientos neurológicos, de la causalidad de la talidomida respecto a los daños al sistema nervioso. Ni el dictamen de Kaufmann para la defensa, ni el peritaje del bioquímico Chain, basadas en una posición maximalista de prueba científica absoluta, así como la constatación de efectos no nocivos de ingestión de talidomida respecto a la polineuritis, logró el convencimiento del Tribunal en sentido opuesto, ya que el hecho de que la talidomida sólo despliegue sus efectos inicuos ante determinados factores en nada modificaba su conclusión.

A partir de aquí numerosas cuestiones quedaron abiertas, y aún sin respuesta. Pero este paso no fue más que el primero de una serie de casos extendidos en Europa durante la década de 1960. En Estados Unidos, otro medicamento anti-acné, el «Accutane», provocó semejantes resultados en un total de novecientos a mil trescientos bebés entre 1982 y 1986, así como que de cinco a siete mil mujeres se practicaran un aborto por temor al nacimiento de un hijo en estas condiciones, según informaba la Agencia Federal de Alimentación y Drogas Norteamericana. Nuestro país no quedó al margen de la hecatombe. En España, la multinacional Roche vendió sendos derivados del «Accutane», el «Tigason» y el «Roacutane», este último aplicado a más de cuatro mil pacientes durante 1987, si bien bajo la advertencia del riesgo de embarazo por malformaciones fetales durante los doce meses posteriores a su ingestión, con consecuencias tan graves como afección al sistema nervioso central, irritaciones oculares y fragilidad de los tejidos, según recogía la edición de *El País* de 23 de abril de 1989.

Actualmente, las causas físico-químicas siguen ocupando un buen número de factores que inciden en la formación de taras fetales (11). La rápida evolución de la farmacología y el aumento de riesgos de exposición a factores físicos determinan un ataque a

(10) JZ, cit., p. 510.

(11) Como «déficit en la constitución psicofísica del sujeto o un cuadro patológico, sin que baste con un mero menoscabo del bienestar físico o psíquico», Díez-Ripollés, J. L.: «La reforma del delito de aborto», en *C.L.P.*, IX, 1989, pp. 126 y ss.

embriones en casi un veinte por ciento durante el primer trimestre, aunque el desarrollo de la enfermedad dependa de la dosis, el tiempo y el tipo de agente, y una incidencia entre la cuarta y la sexta semana de gestación, en el caso de los factores químicos (fármacos).

Así pues, la decisión del Tribunal de Aquisgrán en el juicio «Contergan» valoró la solución de la causación de daños al sistema nervioso fetal dentro de las lesiones a las personas. Afirmó expresamente que «ciertamente no está la integridad física del feto protegida a través de las disposiciones penales de los §§ 230 y 222 StGB. No obstante cumple la causación imprudente con deformaciones en la persona, a través de la influencia en el cuerpo del feto, el tipo de las lesiones físicas (§ 230 StGB) y, si las deformaciones llevan a la muerte, el tipo del homicidio (§ 222 StGB)» (12), comenzando a plantearse el tratamiento jurídico que habría que darles a las intervenciones prenatales con daño a la salud manifestadas tras el nacimiento del feto, y la posibilidad de creación de una disposición penal concreta, o incluso de una legislación especial, como fueron los §§ 6 y 44 de la Ley del Medicamento de 1961, el § 3 de la Ley de Productos Alimenticios de 1936, o la Ley de Protección de Radiaciones de 1965, que bajo aspectos parciales ofrecían sólo una visión limitada de lo que eran las actuaciones prenatales con efectos nocivos postparto (13).

Ya el propio Tribunal declaró la irrelevancia de la cualidad del objeto jurídico al instante de la intervención, acudiendo sólo a la existencia de un objeto existente durante la acción o en la realización del resultado típico, y si ello había afectado a una vida humana, eran de aplicación los delitos de lesiones u homicidio, con independencia de su carácter doloso o imprudente, solución que a pocos había convencido, salvo a MAURACH (14) o SCHRÖDER (15), al haberse partido de un concepto de daño a la salud, como «una perturbación del buen funcionamiento, corporal y psíquico... o un aumento de la patología», y suponer las deformaciones como daños a la salud de una persona, siendo lo decisivo si el resultado (lesión corporal) ha tenido lugar en un objeto existente durante la acción (sujeto humano). De ahí que buen número de autores (16) se mostraran partidarios de penalizar la integridad física del feto al margen de los delitos de homicidio y lesiones, y de hacer de aquél una figura jurídica tan protegida o más (17) que la de la persona ya nacida.

(12) *JZ*, cit. p. 507.

(13) TEPPERWIEN, I.: *Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, 1973, pp. 4 y s.

(14) *JZ*, p. 509.

(15) Incriminando sólo las conductas dolosas, *JZ*, cit., p. 510.

(16) Bockelmann, Armin Kaufmann, Lange o Nowakowski.

(17) Hofmann o Meyer.

El Derecho español ha dado respuesta finalmente a la cuestión, ofreciendo cobertura legislativa a esta materia, y recogiendo la necesidad social, político-criminal y, sobre todo, legal de sancionar en un título independiente las lesiones fetales, rindiendo así tributo a la deuda histórica contraída con muchas víctimas y perjudicados, que se vieron abocados, como en el citado proceso, a contentarse con una indemnización civil pactada, generando sin duda posiciones insatisfactorias ante la desidia legislativa que dejaba sin penalizar estas conductas. Hoy el feto está protegido plenamente, o al menos disfruta de una protección penal como la que se dispensa a la vida humana independiente, y no sólo los ataques a su vida, sino a su integridad física, cuyo atentado lleva asignada una pena de privación de libertad superior incluso al tipo básico del delito de lesiones del artículo 147 C.P. (18), y al delito de aborto de la mujer producido por sí misma del artículo 145.2 C.P. (19), así como la correspondiente pena de inhabilitación especial.

(18) Prisión de uno a cuatro años de las lesiones fetales (art. 157 C.P.), frente a los seis meses y tres años de las causadas a las personas, que prevé el tipo básico (art. 147 C.P.), penalidad mayor la de las lesiones fetales, al contrario de lo que sucede respecto a la vida, prisión de diez a quince años del homicidio (art. 138 C.P.), frente a la prisión de cuatro a ocho años, en el aborto sin consentimiento o consentimiento inválido, o de uno a tres años, cuando existe consentimiento de la mujer embarazada.

(19) En el delito de aborto causado por la mujer del artículo 145.2, el C.P. prevé una pena de seis meses a un año más la multa, quebrando también la proporcionalidad.