



# EGUZKILORE

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.  
San Sebastián, N.º 5 extraordinario - Diciembre 1992.

## ***“Droga, Bioética y Política”***

<b>Presentación.</b> Desde el Centro Internacional de Investigación	5
<b>SYMPOSIUM INTERNACIONAL: “Atención al drogadicto”</b>	9
• <b>J. Castaignede.</b> Estrategias de apoyos preventivos	11
• <b>T. Firchow.</b> Toxicomanía y normativa legal en Francia	17
• <b>J. Giménez.</b> Alternativas sociales	27
• <b>J. Hurtado.</b> Consumo y prevención en el Perú	35
El consumo de drogas y su prevención en Suiza	45
• <b>A. Messuti.</b> Alternativas a la privación de libertad	71
• <b>J. Pardo.</b> Alternativas sociales	77
• <b>G. Zabaleta.</b> Servicios comunitarios, apuesta de futuro	81
<b>CURSO DE VERANO: “Criminología y Bioética”</b>	85
• <b>A. Beristain.</b> ¿La ética civil supera a la eclesial?	87
• <b>F. Goñi.</b> DNA y Herencia: Problemas éticos	97
• <b>H.-G. Koch.</b> Ética médica y Derecho médico	113
El control de la natalidad y el Derecho Penal	123
Una muerte digna	133
• <b>C. M. Romeo.</b> Las respuestas del Derecho español	143
La utilización de embriones con fines de investigación	151
El diagnóstico preconcepcivo y el diagnóstico prenatal	159
• <b>G. Tamayo.</b> Criminología y Bioética	167
<b>CURSO DE VERANO: “Filosofía y Sociología políticas”</b>	171
• <b>A. Arteta.</b> Actualidad de Tocqueville sobre la democracia	173
Individuo y forma capitalista de su tiempo, según Marx	189
De la piedad y la política	209
• <b>A. Beristain.</b> El estado no tiene el monopolio de la violencia	227
• <b>J. R. Recalde.</b> Orden y Razón de Estado	239
Responsabilidad en un sistema de partidos	253
Autonomía del individuo y promoción de la “vida buena”	265
<b>MISCELANEA</b>	277
• <b>J. M. Rdz. Delgado.</b> Fundamento cerebral de las creencias	279
• <b>E. Ruiz Vadillo.</b> La Sociología jurídica	287
• <b>A. Beristain.</b> G. Kaiser Doktoareari Laudatioa	297
• <b>G. Kaiser.</b> Kriminologiaren betekizuna	313
• <b>VII Coloquio Inter-Asociaciones.</b> Crimen organizado	323

EGUZKILORE

Número Extraordinario. 5

San Sebastián

Diciembre 1992

159 - 166

## ALGUNAS CONSECUENCIAS VINCULADAS CON LA EUGENESIA Y LA REPRODUCCION HUMANA: EL DIAGNOSTICO PRECONCEPTIVO Y EL DIAGNOSTICO PRENATAL

Carlos M. ROMEO CASABONA

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de La Laguna (Tenerife)*

**Palabras clave:** Eugenesia, reproducción humana, Genética humana, Ingeniería genética, dignidad.

**Hitzik garrantzizkoenak:** Eugenesia, giza-umaketa, giza-Genetika, genetikazko Injenieritza, duintasun.

**Mots clef:** Eugénésie, reproduction humaine, Génétique humaine, Technique génétique, dignité.

**Key words:** Eugenics, human reproduction, Human Genetics, genetic engineering, dignity.

### 1. INTRODUCCION: EL DIAGNOSTICO ANTENATAL Y SUS EFECTOS EUGENESICOS

A pesar del reconocimiento implícito del derecho a la procreación natural, con la categoría de derecho fundamental (vinculado al derecho a la intimidad familiar, art. 18. 1 de la CE), con las únicas limitaciones absolutas por razón de la edad<sup>1</sup>,

---

1.- V. Carlos M. ROMEO CASABONA, *El derecho a la vida en el ordenamiento español y sus implicaciones para el ejercicio de la Medicina, en especial la Medicina Perinatal*, (en prensa).

en los últimos años se está volviendo a plantear la cuestión de la *eugenesia*, tanto en su manifestación negativa —evitando la reproducción a personas que presentan riesgos comprobados de transmitir taras genéticas graves a su descendencia— como positiva —centrada en el fomento de la paternidad “valiosa”: *worthy parenthood*—. Ello ha sido propiciado, en lo que a la eugenesia negativa se refiere, por los importantes descubrimientos que están aportando sin cesar las Ciencias Biomédicas en el campo de la genética humana, en una doble dirección. Por un lado, al haber conseguido la supervivencia de individuos afectados de enfermedades letales de origen genético que son a su vez portadores de ese mismo factor hereditario patógeno y al llegar a la edad de la reproducción se convierten en transmisores potenciales de esa enfermedad o tara, o cuando menos del gen deletéreo, que en épocas anteriores, menos desarrolladas tecnológicamente, no hubieran podido transmitir. Por este motivo se ha llegado a afirmar que el *pool* genético de nuestra especie está en vías de deterioro<sup>2</sup>, frente a lo que se ha sostenido que es muy difícil que llegue a ser un riesgo real de una expansión significativa de genes deletéreos<sup>3</sup>. Pero, por otro lado, se están dando pasos inimaginables hasta hace poco tiempo en el conocimiento del genoma humano, y en aplicarlo al individuo —incluido el feto—, lo que si en un futuro permitirá, gracias a la ingeniería genética, corregir esas deficiencias en las personas afectadas, en la actualidad sirve para tomar decisiones con el fin de evitar una descendencia con riesgos de graves malformaciones de este origen. Un tercer camino que también se ha abierto, gracias al cual se pueden corregir los aspectos negativos de lo anterior, lo constituyen las técnicas de reproducción artificial o asistida, lo que plantea a su vez la cuestión de las limitaciones de su utilización.

Queda patente la trascendencia que todos estos progresos científicos comportan para la colectividad y su desenvolvimiento tradicional. Es cierto también que en la actualidad no presentan los tintes dramáticos y de terror de épocas anteriores<sup>4</sup>. Hoy se ha impuesto el respeto a la dignidad y la autodeterminación de la persona, como valores que despiertan una especial sensibilidad en la comunidad social y se reflejan en su entramado jurídico. Antes bien, se es consciente de que los descubrimientos científicos en genética humana deben invitar a la reflexión de toda la colectividad y no sólo de sus artífices, los científicos, y adoptar consecuentemente, dentro de ese marco de respeto al individuo, las decisiones políticas, sociales y jurídicas oportunas<sup>5</sup>.

La discusión precedente, surgida al hilo de la disponibilidad de las nuevas tecnologías genéticas, ha derivado, entre otras implicaciones, a la llamada responsabilidad eugenésica, es decir, a las responsabilidades que incumben a los padres o la

---

2.- Javier GAFO FERNANDEZ, *Eugenesia: Una problemática moral reactualizada* (Lección inaugural del curso 1985/86), Madrid, 1985, pp. 11 y s.

3.- V.G.H. KIEFFER, *Bioética*, Ed. Alhambra, Madrid, 1983, p. 146.

4.- GAFO FERNANDEZ, *Eugenesia: Una problemática moral reactualizada*, cit., p. 12; Luis JIMENEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, (reimpr.) Buenos Aires, 1984, pp. 5 y ss. y 219 y ss.

5.- Albin ESER, “Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán” (trad. del alemán por C. M. Romeo Casabona), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, pp. 347 y ss.

sociedad misma para asegurar a la descendencia una buena salud genética<sup>6</sup>. En concreto, se han planteado tres interrogantes: 1.º si es correcto juzgar que en ocasiones el concebido puede quedar por debajo de un nivel razonable de calidad de vida; 2.º si existe la obligación de evitar tener hijos con graves trastornos genéticos, y cuándo se deben evitar; 3.º si es justificable una intervención de la sociedad previniendo legalmente el mantenimiento de un nivel de reproducción humana, p. ej., mediante controles voluntarios u obligatorios<sup>7</sup>.

Dentro de la variedad de repercusiones fácilmente imaginables que se presentan en el ámbito del Derecho, y en particular en el de los derechos fundamentales, voy a ocuparme a continuación de la posición de aquél ante el diagnóstico prenatal, es decir, el conjunto de exploraciones y pruebas que permiten predecir los riesgos de transmisión de enfermedades o anomalías antes de que se produzca el nacimiento de un nuevo ser humano, haya sido ya concebido (diagnóstico prenatal) o no (diagnóstico preconceptico); así como ante el cribado genético prospectivo, que consiste en la detección de la existencia de portadores de anomalías genéticas deletéreas; en concreto, de algunos problemas que considero de especial interés que se encuentran estrechamente vinculados con las diversas modalidades diagnósticas o predictivas: la información que aportan sobre el individuo, la pareja o el concebido, y las decisiones que pudieran o debieran adoptarse de forma correlativa a esa información.

## 2. EL DIAGNOSTICO PRECONCEPTIVO Y OTRAS PRUEBAS GENÉTICAS PRECONCEPTIVAS

El diagnóstico preconceptico se refiere a la información que presta el médico a una pareja —casada o no— o a una persona sola antes del embarazo sobre los riesgos de concebir un hijo con enfermedades o malformaciones de origen genético. Por tanto, el diagnóstico se emite antes de que se haya producido un embarazo en el seno de la pareja; se diferencia del diagnóstico prenatal, que tiene lugar cuando el embarazo ya se ha producido, siendo en realidad en éste último caso el feto (o embrión) el sujeto del diagnóstico, mientras que en el preconceptico, sujeto de ese diagnóstico lo son el o los potenciales progenitores. En ambos casos la información<sup>8</sup> sobre el resultado del diagnóstico suele ir acompañada —aunque no necesariamente— de una evaluación o asesoramiento por parte del especialista sobre dicha información, que es lo que se conoce como *consejo genético*<sup>9</sup>.

6.- KIEFFER, *Bioética*, cit. p. 138.

7.- Así, Joseph FLETCHER, "Knowledge, Risk and the Right to Reproduce. A Limiting Principle", en *Genetics and the law*, II (eds., A. Milunsky / G.J. Annas), Plenum Press, New York, 1980, pp. 130 y ss.; Sumner B. TWISS, "Parental Responsibility for Genetic Health", en *The Hastings Center Report*, 1, 1974, pp. 9 y ss.

8.- V. al respecto, LeRoy WALTERS, "Ethical Perspectives on Maternal Serum Alpha-Fetoprotein Screening", en Tom L. BEAUCHAMP/ LeRoy WALTERS (eds.), *Contemporary Issues in Bioethics*, 2.ª ed., Wadsworth Publishing Co., Belmont, 1982, p. 489.

9.- José A. USANDIZAGA, "Consejo genético y diagnóstico prenatal: problemas éticos", en *Dilemas éticos de la Medicina actual* (ed. Javier Gafo), Madrid 1986, pp. 298 y ss.

La importancia y campo de aplicación del diagnóstico preconceptivo, emitido antes del embarazo, puede apreciarse en seguida: para parejas antes de contraer matrimonio, o antes de tomar la decisión de tener un hijo si ya han contraído aquél o conviven sin estar legalmente unidos, especialmente si existen antecedentes familiares o han tenido ya descendencia con malformaciones (también conocido como cribado genético retrospectivo). El recurso a esta clase de pruebas ha estado tradicionalmente motivado por el nacimiento en la familia del primer hijo con malformaciones de origen genético. Sin embargo, va aumentando la práctica de acudir al mismo como diagnóstico “predictiva” basada en factores de riesgo, según veíamos, sin esperar a la aparición de un hijo afectado. Tiene, además, otras aplicaciones, pero igualmente dirigidas al mismo fin predictivo. Así, como política de salud demográfica puede servir para investigar grupos de población de alto riesgo de transmisión y padecimiento de anomalías de origen genético (lo que se conoce como *genetic screening*, o “investigación genética”, “cribado genético” o “cribado genético prospectivo”)<sup>10</sup>. Esta técnica diagnóstica se está extendiendo con gran rapidez en todos los países con un nivel sanitario y tecnológico elevados.

De todas formas, son tres los problemas que plantea su puesta en práctica en los diversos supuestos<sup>11</sup>: 1.º la ponderación de sus potenciales riesgos y ventajas; 2.º la utilización de recursos escasos para estas pruebas; y, 3.º la voluntariedad u obligatoriedad de las mismas. Por ser más relevantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales de la persona, vamos a detener nuestra atención sobre el último aspecto mencionado, sin perjuicio de que lo relacionemos en cierto modo con los demás.

La realización de estas pruebas de forma obligatoria en la población en general o, incluso, en los grupos identificados como de riesgo, debe ser hoy descartada por varias razones<sup>12</sup>: desde el punto de vista económico, por su altísimo coste, dada la escasa incidencia de las anomalías genéticas en la totalidad de la población, a pesar de que cada vez son más numerosas las que van siendo localizadas y clasificadas por los expertos, tanto antes de la concepción (mediante el diagnóstico preconceptivo) como en el curso del período de gravidez (gracias al diagnóstico prenatal); ello no ha impedido que algún autor haya previsto en los Estados Unidos el establecimiento en un futuro próximo de diagnósticos (el llamado diagnóstico neonatal) masivos obligatorios para niños con el fin de detectar enfermedades genéticas susceptibles de tratamiento, y con carácter voluntario programas de análisis sobre los riesgos de procreación, dirigidos a personas ya advertidas<sup>13</sup>. Desde un punto de vista jurídico, las exigencias de salud pública —prevenir los riesgos de una población defectuosa—, en cuanto a la protección de la “calidad” de la especie humana no

10.- V. USANDIZAGA, “Consejo genético y diagnóstico prenatal: problemas éticos”, cit., p. 299.

11.- WALTERS, “Ethical Perspectives on Maternal Serum Alpha-Fetoprotein Screening”, pp. 486 y ss.

12.- V., sin embargo, claramente a favor de su imposición coercitiva, Joseph FLETCHER, *Knowledge, Risk and the Right to Reproduce. A Limiting Principle*, cit., pp. 130 y ss.

13.- Margery W. SHAW, “Genetics and the Law”, en *Encyclopedia of Bioethics*, 2.º vol., MacMillan and Free Press, New York, 1984, p. 575.

guardan proporción con la intromisión en la libertad e intimidad individual o familiar que comportan tales investigaciones. En efecto, una breve referencia a la Constitución española pone de manifiesto que la competencia de los poderes públicos reconocida constitucionalmente para organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (CE, art. 43) está sometida al principio constitucional fundamental de que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, etc., son fundamento del orden político y de la paz social (CE, art. 10.1), así como también está supeditada al respeto de los concretos derechos fundamentales implicados, en especial el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1).

La misma cuestión, planteada en concreto en relación con parejas de alto riesgo, sugiere otro tipo de reflexiones. Una solución adoptada en favor de la obligatoriedad de un diagnóstico genético en relación con este grupo de personas (o, más específicamente, de la mujer), podría estar orientada hacia dos opciones: primera, para facilitar a la pareja el conocimiento de la importancia real del riesgo —grado de probabilidad y gravedad del mal— de ser transmisores de enfermedades o anomalías de origen genético en su descendencia, y que pueda, en consecuencia, decidir responsablemente tener hijos o, por el contrario, buscar los medios para evitarlos (utilización de medios anticonceptivos de diverso tipo o someterse a la esterilización); segunda, para que el Estado, a la vista de los resultados, tome en su caso las medidas oportunas que impidan o restrinjan la reproducción de esa pareja, pero también para que intenten prevenir esos riesgos o paliar los efectos de su advenimiento, de acuerdo con la decisión asumida por la pareja, poniendo en cada caso a disposición de los afectados los medios sanitarios y asistenciales necesarios para eliminar o disminuir la carga que pudiera suponer un hijo de estas características a sus padres. Incluso frente a estos argumentos debe defenderse su carácter voluntario por las razones jurídicas opuestas reiteradamente a este tipo de medidas.

La primera de las vías mencionadas entraría en el terreno de lo personal (intimidad familiar), en cuanto a la decisión de la pareja de querer tener un hijo a pesar de los graves riesgos de que nazca con importantes disminuciones físicas o psíquicas, o, por el contrario, de no tenerlo, con los condicionamientos jurídico-penales que correspondan; la segunda dentro de lo social, lo que plantea la cuestión —igualmente de naturaleza jurídica— de si existe, también en estos casos, un derecho individual absoluto a la procreación, o si son admisibles restricciones o incluso la negación de tal derecho en los supuestos más extremos. De este último aspecto no podemos ocuparnos en este trabajo<sup>14</sup>.

### 3. EL DIAGNOSTICO PRENATAL

Los descubrimientos en genética humana están permitiendo la determinación del patrimonio genético fetal y gracias en parte a los mismos se están abriendo por

14.- V. ROMEO CASABONA, *El derecho a la vida en el ordenamiento español y sus implicaciones para el ejercicio de la Medicina, en especial la Medicina Perinatal*, cit.

este camino las puertas a también medidas terapéuticas en el feto de diversa incidencia. A ello está contribuyendo la técnica conocida como diagnóstico prenatal. Por diagnóstico prenatal podemos entender la información sobre posibles defectos congénitos del feto obtenida por medio del conjunto de procedimientos de que dispone la (Bio)Medicina actual para tal fin<sup>15</sup>. O, en términos más técnicos: "Todas aquellas acciones prenatales que tengan por objeto el diagnóstico de un defecto congénito, entendiendo por tal toda anomalía del desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer (aunque puede manifestarse más tarde), externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple"<sup>16</sup>.

Por medio de esta técnica diagnóstica se puede detectar la presencia de una enfermedad o una malformación en el feto, e incluso predecir el sexo del mismo, lo que, por otro lado, tiene también interés para descubrir enfermedades hereditarias vinculadas al sexo. Cuando se trata de parejas con alto riesgo de descendencia con anomalías, sirve al mismo tiempo para confirmar o descartar la presencia de alguna de ellas en el feto. El feto es, en consecuencia, el sujeto del diagnóstico prenatal, a diferencia del diagnóstico preconcepcivo. El diagnóstico prenatal conduce por lo general, al igual que aquél, al consejo genético.

Son diversas las técnicas de que dispone hoy la Medicina para detectar precozmente anomalías fetales de diferente naturaleza: ecografía, embrioscopia y fetoscopia, radiografías, coriocentesis, extracción directa de sangre fetal, amniocentesis, etc.<sup>17</sup>.

La amniocentesis es la que permite en la actualidad diagnosticar un mayor número de enfermedades congénitas. Esta técnica presenta ciertos riesgos, como son pérdida fetal, lesiones e infecciones fetales, perturbaciones neonatales, y complicaciones para la madre (perforación visceral, desprendimiento prematuro de la placenta, ruptura precoz de aguas, infección, síncope y muerte de la madre, contracciones uterinas y trabajo del parto prematuro, hemorragia *postpartum*). No obstante, se va perfeccionando constantemente y reduciendo progresivamente estos peligros inherentes a la prueba.

Dado el amplio espectro de posibilidades diagnósticas que cubre o está en vías de ofrecer el diagnóstico prenatal, señalemos las siguientes finalidades a que puede

---

15.- V. Carlos M. ROMEO CASABONA, "El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales", en *La Ley*, n.º 1751, 1987, p. 6; Marie CHOQUETTE, *Nouvelles technologies de la reproduction (Etude des principales législations et recommandations)*, Gouvernement du Québec, Conseil du statut de la femme, Québec 1986, p. 29.

16.- José M. CARRERA, "Diagnóstico prenatal: Un concepto en evolución", en *Diagnóstico prenatal* (J.M. Carrera, ed.), Ed. Salvat, Barcelona, 1987, p. 5, siguiendo la definición realizada bajo el auspicio de la OMS.

17.- V. más ampliamente sobre todo, CARRERA y otros, *Diagnóstico prenatal*, cit., pp. 161 y ss. Para otros matices, v. también, Comité Consultatif National d'Étique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, *Rapport: le diagnostic prénatal et perinatal. Le diagnostic d'une prédisposition*, Paris 1985, pp. 4 y s.; F. Clarke FRASER, "Diagnostic prénatal des désordres génétiques", en *Cahiers de Bioéthique*, n.º 2, Québec 1980, pp. 3 y ss.; José A. USANDIZAGA, *Consejo genético y diagnóstico prenatal: problemas éticos*, cit., pp. 301 y ss.

servir principalmente: a) tranquilizar a los padres con alto riesgo de que el feto no presenta malformación o enfermedad alguna; b) permitir el tratamiento (quirúrgico, medicamentoso, terapia genética) del feto para curar o paliar ciertas anomalías que presente, o terapia fetal; c) indicar el modo de realizar el parto, de acuerdo con las malformaciones que presente el feto (p. ej., practicar una cesárea); d) determinar el tratamiento a seguir con el recién nacido una vez que se haya producido el parto, o para más adelante (Medicina predictiva); e) adoptar la decisión del aborto eugenésico cuando esté permitido por la ley, que sí lo está en el Derecho español (art. 417 bis n.º 1, 3.ª del Código Penal) y en aquellos países que han adoptado el sistema de las indicaciones o el de los plazos o una combinación de ambos; f) decidir el aborto como método de selección del sexo, si está permitido por la ley (no lo está en el Derecho español, pero es compatible con el sistema de plazos); g) asumir el hijo que probablemente presentará anomalías, o preparar los trámites legales para su adopción por terceros o su ingreso en una institución para niños abandonados<sup>18</sup>. La decisión sobre estas opciones dependerá de las convicciones personales de los padres y de la situación legal en cada país en relación con alguna de ellas, como el aborto. De todos modos, ante este abanico de posibilidades que ofrece el diagnóstico prenatal, que al fin y al cabo permitirá una mejor atención obstétrica y neonatal, se ha señalado que no ha de suponer un incremento indiscriminado de abortos, gracias a los avances logrados por la Perinatalogía en los últimos años<sup>19</sup>.

No hay inconveniente en calificar el diagnóstico prenatal como medida terapéutica, al igual que cualquier otro procedimiento diagnóstico, desde el momento en que va encaminado al *tratamiento* del feto en la medida de lo posible<sup>20</sup>. Habrá que considerarlo, por consiguiente, penalmente atípico, en el sentido de que no se dan los elementos —del tipo— del delito de lesiones corporales en relación con las posibles actuaciones en el cuerpo de la madre o del embrión para obtener el diagnóstico, en cuanto suponen un beneficio potencial para aquélla o éste o para ambos. Para ello será necesaria la comprobación de la indicación del diagnóstico, con la correspondiente ponderación de riesgos y ventajas, y la actuación conforme a la *lex artis*. Dentro de esta noción se entienden incluidas las técnicas diagnósticas que poseen todavía un cierto componente experimental (experimentación terapéutica) y con ello de riesgo, como pudiera suceder hasta cierto punto con la amniocentesis, en consideración a los peligros que todavía implica, ya descritos.

Si el diagnóstico se realiza con vistas a un posible aborto, dada la escasa entidad de las lesiones seguras producidas con las pruebas diagnósticas (equivalentes a una falta de lesiones corporales), quedarían cubiertas por el consentimiento de la embarazada, que es la que las padece en primer lugar.

18.- V. Tabitha M. POWLEDGE/ John FLETCHER, "Recommandations concernant les problèmes moraux, sociaux et juridiques relatifs au diagnostic prénatal", en *Cahiers de Bioéthique*, n.º 2, Québec 1980, p. 92.

19.- CARRERA, *Diagnóstico prenatal: Un concepto en evolución*, cit., p. 8.

20.- En este sentido, ESER, *Genética humana desde la perspectiva del derecho alemán*, cit., p. 351.

Del mismo modo que en relación con el diagnóstico preconcepcivo y con el cribado genético, también el diagnóstico prenatal ha suscitado la discusión en torno a su carácter voluntario u obligatorio.