

Texto traducido y reproducido con autorización de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO): Dickens, B.M., Cook R.J. "Ethical and Legal Approaches to 'The Fetal Patient'" (2003) *83 International Journal of Gynecology and Obstetrics* 85-91.

LOS CRITERIOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DEL "FETO COMO PACIENTE"

B.M. Dickens^{a*} and R.J. Cook^a

Resumen

La conceptualización del feto como "paciente" sirve un propósito benigno de carácter proteccionista y preventivo cuando advierte a los proveedores de salud y a las mujeres embarazadas, de las consecuencias que un tratamiento médico tiene sobre el feto. Dicha noción permite a la mujer brindar los cuidados que ella considera apropiados al infante que tiene la intención de traer al mundo. Sin embargo, puede traer consigo un efecto negativo cuando los proveedores de salud deciden tratar a la mujer embarazada de acuerdo a concepciones personales sobre el interés superior del feto; comprometiendo el cuidado de la paciente y su autodeterminación, sin mediar consentimiento informado. Algunos activistas defienden los derechos del feto con el objeto de limitar la autodeterminación de la mujer embarazada. Comúnmente se reconoce que el feto tiene un interés legítimo y no un derecho, ponderando diversos intereses en conflicto sin comprometer el derecho que toda paciente tiene a decidir sobre su tratamiento médico. Los tribunales de justicia favorecen esta visión y sólo permiten algunas limitaciones al derecho de la mujer embarazada a elegir el tratamiento médico indicado.

Palabras clave

El feto como paciente; Intereses del feto; Cirugía fetal; Derechos Humanos; Derecho al aborto; Conflicto de intereses; Seres humanos; Personas

^a Facultad de Derecho, Facultad de Medicina y Centro Adjunto de Bioética de la Universidad de Toronto, Canadá

* Autor de contacto. Facultad de Derecho, Universidad de Toronto, 84 Queen's Park, Toronto, Canada, M5S 2C5. Tel: 1+ (416) 978-4849; Fax: 1+ (416) 978-7899. Correo electrónico: bernard.dickens@utoronto.ca (B.M.Dickens)

1. Introducción

Mediante las tecnologías de ultrasonido y fibra óptica y los avances en la microcirugía, los fetos, que alguna vez fueron invisibles y directamente inaccesibles dentro del cuerpo de la mujer, ahora tienen una clara imagen, son visibles, tangibles y operables *in utero*. Es más, el acceso al tejido coriónico, placentar y fetal significa la posibilidad de un diagnóstico genético, revelando características inherentes como el sexo del feto, los rasgos heredados, el estado de salud y la paternidad. Su visualización nos presenta su apariencia individual mostrándonos sus características únicas, como por ejemplo sus huellas digitales.

Los avances tecnológicos y las técnicas quirúrgicas han contribuido al desarrollo de una cultura popular que identifica a los fetos como seres independientes de sus madres, muchas veces presentándolos como seres aislados, al igual que astronautas flotando libremente en el espacio amniótico y unidos a una fuente de soporte vital mediante la vía umbilical. Conocer las características individuales de un feto mediante la información respecto de su aspecto *in utero*, de sus necesidades sanitarias y pronósticos les personifica.

Dichos avances también se oponen a la autonomía y autodeterminación reproductiva de la mujer que se manifiestan, según feministas y defensores de los derechos de la mujer y también de acuerdo a sus opositores, en las leyes liberales sobre aborto. La evolución histórica de las leyes sobre aborto va desde la prohibición penal y el castigo hasta la regulación en base a consideraciones de salud y bienestar poblacional y, más recientemente, las demandas individuales sobre derechos humanos, [1] incluyendo la no discriminación en contra de la mujer. Las instituciones religiosas reaccionarias y los políticos y gobiernos conservadores han aprovechado de promover los “derechos del feto” como una causa adicional mediante la cual pueden oponerse a la liberalización del derecho al aborto en particular y a la igualdad integral de la mujer en general. El concepto médico que entiende a los fetos como pacientes separados -paralelos- de la mujer que los ha gestado se ha convertido en un instrumento difícil de controlar.

La lucha tiene dimensiones nacionales e internacionales. Debido a la dominación norteamericana sobre los medios de comunicación internacionales, los observadores de otros países conocen la política local de los Estados Unidos mejor que los asuntos internos de cualquier otro país excluyendo el suyo. Mientras los gobiernos conservadores de los Estados Unidos sigan confiando en que pueden alcanzar la revocación de *Roe v. Wade*[2] (decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1973), que reconoce el derecho constitucional de la mujer al aborto, seguirán presionando por leyes y políticas que postulen la independencia del feto como instrumento de su campaña por deslegitimar el derecho al aborto, incluyendo la promoción de los fetos como entes titulares de un derecho de cuidado.

La iglesia Católica Romana, que a través del Vaticano se proclama a sí misma como la única y verdadera Iglesia Universal, mantiene una agenda mundial explícita opuesta al concepto de salud reproductiva reconocido internacionalmente (dicho concepto incluye el aborto en aquellos casos en que es legal) *inter alia* mediante el

fomento de los derechos del feto. Ésta, actúa de forma directa e indirecta, por ejemplo a través de organizaciones como Vida Humana Internacional, que asegura tener sucursales y afiliados en casi 90 países, [3] y cuenta con la colaboración de países conservadores islámicos. Esto se vio reflejado en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de las Naciones Unidas, llevada a cabo en Beijing en 1995, el Vaticano insistió en la protección de la vida humana del nonato desde la concepción por encima de todo otro interés en conflicto. Las iglesias Evangélicas Cristianas Protestantes, particularmente en los Estados Unidos, también hacen esfuerzos internacionales para truncar la liberación de la mujer,[4] como por ejemplo, mediante la promoción de demandas en favor de la vida fetal.

2. Los beneficios del “feto como paciente”

En ningún caso consideramos que todas las exigencias en favor de tratar al feto como un paciente son en sí mismas medios instrumentalizados con el fin de promover la agenda política que busca frenar los derechos de la mujer. Al contrario, muchas de esas demandas tienen como fin promocionar el interés común de los padres, la sociedad y los profesionales de la salud en el nacimiento de infantes saludables e ilesos. Es legítimo y prudente que los profesionales de la salud extiendan hacia los nonatos la dedicación que tienen para con las pacientes embarazadas. El incentivo original de tratar a los fetos como pacientes tiene validez preventiva y terapéutica.

Muchos de los tratamientos médicos disponibles para las mujeres embarazadas tienen consecuencias sobre sus fetos. Aquellos de carácter quirúrgico, en base a medicamentos, vacunación, alimentos, ejercicios y otros deben ser discutidos basándose en los posibles beneficios y riesgos que puedan traer tanto para la mujer como para su feto. Se debe diferenciar claramente los tipos de cuidado médico que son apropiados para las mujeres en sí mismas, de aquellos tratamientos que pretenden el bienestar de los hijos que quieren traer al mundo.

Las mujeres informadas de las necesidades particulares de los fetos, muchas veces aceptan la intervención médica y las restricciones alimenticias, como por ejemplo la ingesta de ácido fólico, y la privación del consumo de tabaco, alcohol y de actividades que requieren esfuerzo físico extremo, para el bienestar de los hijos que quieren dar a luz. Muchas veces los productos farmacéuticos son etiquetados con advertencias referentes a los riesgos que su uso pudiera traer sobre las mujeres embarazadas en sí, así como para sus fetos. Igualmente, las mujeres se enfrentan al dilema de que un tratamiento médico indicado en beneficio de su salud o con el objeto de cumplir con la responsabilidad que les deben a otros (como sus hijos pequeños o personas mayores dependientes), pueda poner en riesgo la salud y sobrevivencia de su feto. La Ley sobre Aborto de 1967 enmendada de Gran Bretaña (*Abortion Act of 1967*), permite, de forma explícita, optar por el aborto hasta las 24 semanas de embarazo cuando, a opinión de los profesionales médicos, la continuación del embarazo impone un riesgo de lesión a la salud de cualquiera de los hijos ya nacidos de la mujer embarazada. [5] Generalmente, las disyuntivas que enfrentan las mujeres afectan a los fetos de forma menos directa y deliberada, incluyendo, dentro del proceso de selección de una conducta determinada, asumir riesgos en forma responsable, o evitarlos. Uno de los beneficios de suponer al feto

como un paciente consiste en permitir a las mujeres y sus familias tomar decisiones informadas considerando sus efectos predecibles, incluyendo su impacto sobre el feto.

3. Límites al feto como “paciente”

Los fetos no son “pacientes” en sentido real, sino únicamente en forma metafórica o por analogía. A diferencia de los hijos nacidos, ellos no pueden ser tratados sin afectar el cuerpo de sus madres. Las leyes de protección a la infancia pueden obligar a los padres a actuar en el interés superior del niño nacido, o incluso desplazar a los padres como agentes decisorios y designar a otras personas con el objeto de tratar a los hijos en forma independiente del involucramiento parental. Sin embargo, en general no existe un deber legal exigible a los padres de actuar en el interés superior de los fetos *in utero*, ni existen los medios para tratar a los fetos sin afectar directamente a sus madres. En raras ocasiones, los tribunales han ordenado a las mujeres embarazadas a someterse, sin su consentimiento, a intervenciones médicas en beneficio del feto; usualmente, cuando las mujeres son mentalmente incapaces de tomar dichas decisiones por sí mismas. No obstante, a nivel más invasivo y contrario a la voluntad de la mujer mentalmente competente, algunos tribunales han ordenado una cesárea. Efectivamente, en el notorio caso de Angela Carder en Washington DC, una mujer sobrevivió la cesárea ordenada por el tribunal el tiempo suficiente como para ver morir a su hijo prematuro, siendo la cirugía ordenada judicialmente la causa de muerte que aparece en el certificado de defunción.[6]

La predisposición, o incluso la voluntad ocasional de los facultativos u hospitales, de iniciar un procedimiento judicial en contra de la mujer embarazada, que decide no seguir el consejo médico dirigido a proteger los intereses del feto, trastoca seriamente la confianza que las pacientes debieran tener en sus profesionales e instituciones de salud. Las relaciones profesionales corren peligro cuando los médicos se consideran a sí mismos cuidadores independientes, responsables de la salud del feto de sus pacientes embarazadas, sin que medie consentimiento por parte de dichas mujeres, incluso frente a procedimientos mucho menos invasivos que el parto por cesárea. Aquellos que se designan a sí mismos como médicos del “feto como paciente,” y luego favorecen los intereses de dichos “pacientes” por sobre su deber hacia la mujer embarazada -quien se acercó a ellos para obtener un cuidado y consejo en consciencia- se exponen a un conflicto de intereses, y traicionan seriamente sus responsabilidades profesionales y a sus verdaderas pacientes. En aquellos casos en que todos los posibles tratamientos les afecten, las pacientes debieran poder confiar en que sus médicos les revelarán en forma honesta y total sus propósitos y efectos predecibles, para así tomar decisiones de acuerdo a las prioridades que ellas le den a los valores en conflicto. Los médicos no tienen poderes independientes para dar prioridad a los intereses del feto, sino que deben aceptar las decisiones informadas de sus pacientes como la solución adecuada a los intereses en conflicto.

4. Criterios éticos

Los médicos han desarrollado el concepto de tratar a los fetos como si fueran pacientes no con el objeto de subordinar a las pacientes embarazadas a los intereses del feto, sino que para prevenirse de las significativas repercusiones que el tratamiento de la

mujer embarazada pueda tener sobre el feto. Esta noción se mantiene como un concepto cauteloso con la intención de prevenir lesiones involuntarias a los fetos, ahorrándole a las familias la angustia que implica darse cuenta que el tratamiento elegido de buena fe por la mujer, mediante descuido, causa defectos de nacimiento u otras lesiones a los nacidos. Dicho concepto refleja varios principios éticos claves, incluyendo el principio ético histórico de “no hacer daño” (no maleficencia), el deber positivo de hacer el bien permitiendo a las pacientes ejercitar su derecho a elegir de forma protectora y para el beneficio de los hijos que pretenden tener (beneficencia), y ambos como elementos centrales del principio referente al respeto a los pacientes. El concepto permite a las mujeres embarazadas tomar decisiones informadas respecto de su cuidado médico en respeto a su autonomía, y también contribuye a la protección de los más vulnerables. Las mujeres que dependen del tratamiento y la información médica son vulnerables, así como lo son los fetos en riesgo de daño debido a decisiones médicas mal informadas, tomadas por los proveedores de salud y sus pacientes.

Las discusiones modernas se centran en la aplicación del principio ético de la justicia, que requiere, entre otras consideraciones, que casos iguales reciban igual tratamiento, y que las diferencias sean debidamente reconocidas. Algunas personas que se aproximan a los principios de la ética desde una perspectiva religiosa o desde la aceptación del feto como persona, hallan que las circunstancias en que se encuentra una mujer embarazada son iguales o similares a aquellas del feto. Algunos, indudablemente, en la aplicación del concepto religioso de “animación” (es decir, el momento preciso en que el alma entra al cuerpo humano), encuentran que el feto necesita con mayor fuerza que se proteja su vida debido a que, como no son elegibles para el bautismo antes de nacer vivos, su muerte antes del nacimiento impediría a sus almas obtener salvación eterna.

Cuando se propone una intervención médica cuyo beneficio es relativamente menor para la paciente embarazada y que causa un daño significativo a su feto, algunos, desde una perspectiva espiritual y pragmática, consideran obligatorio denegar dicho tratamiento. Es decir, ellos aseguran que la protección al feto vulnerable está por encima de la demanda de autonomía o autodeterminación que la mujer posee en otras circunstancias. Igualmente, ellos aseguran que la protección al feto obliga la imposición de procedimientos que las mujeres rechazan si dichos procedimientos benefician a los fetos y/o al hijo vivo en que se pueda convertir. Estos argumentos constituyen la base de las solicitudes hechas a los tribunales con el objeto de obtener una orden judicial que obligue a las mujeres a practicarse una cesárea, y en los cuales los jueces se han basado para otorgarlas.

La visión alternativa de administración de justicia reconoce la dependencia del feto, pero considera a la paciente embarazada en igualdad, ya no con el feto, sino con aquellos pacientes que no están embarazados. Es decir, las pacientes embarazadas disfrutan de la misma autoridad para tomar decisiones médicas por sí mismas y para evaluar la magnitud de los efectos que sus decisiones puedan traer sobre otros como sus familiares. Esto constituye la base en la cual la ley británica permite expresamente la opción del aborto por los efectos que la continuación del embarazo pudiera traer sobre la salud de los hijos nacidos de la mujer embarazada.

5. ¿Derechos o intereses del feto?

Un interrogante que se plantea tanto desde el punto de vista ético como legal es si los fetos son titulares de derechos. Las iniciativas gubernamentales para restringir el derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos han llevado a una reconocida revista de tabloide a preguntarse en su portada “¿Deben los fetos tener derechos?”[7] A nivel profesional, las interrogantes y suposiciones respecto de los derechos del feto muchas veces surgen como una forma conveniente de tomar en consideración los intereses del feto cuando se están evaluando las opciones de tratamiento para la paciente embarazada. Esto encaja con la creciente susceptibilidad y adaptación de los derechos humanos, y el uso del lenguaje de “derechos” para urgir la protección, por ejemplo, de los animales en general, especies en peligro de extinción, preocupaciones medioambientales, e incluso sitios y edificios históricos. Con frecuencia se invocan los derechos sólo con el fin de aventajar a otras demandas de titularidad. Se necesita tener un acercamiento crítico a la naturaleza de los derechos con el fin de entender sus funciones y propósitos.

Este interrogante levanta controversias dentro de la filosofía moral, la jurisprudencia y, por ejemplo, la teología. Sin embargo, el enfoque de derechos humanos está más bien arraigado a percepciones populares que se personifican en el entendimiento de que los derechos empoderan a los que no tiene poder. Las personas poderosas dentro una sociedad no necesitan invocar sus derechos, ya que poseen privilegios y medios para lograr y adquirir lo que quieren. Las personas poderosas muchas veces se oponen a las demandas sobre titularidad de derechos de aquellos individuos o grupos a los que pueden subordinar. Los individuos y las instituciones políticas, militares, religiosas y otras similares que detentan poder han sido los primeros en oponerse a las demandas de titularidad de derechos de las personas o clases sociales históricamente subyugadas y sin poder: particularmente las mujeres. El reconocimiento y exigibilidad de sus derechos aprovisionan a los individuos y clases que no detentaban poder en el pasado para alcanzar autodeterminación y ser libres de leyes, políticas y prácticas discriminatorias.

En cuanto a los derechos humanos, únicamente los individuos de la especie humana pueden ser titulares de derechos. La demanda de aquellos incapaces de invocar sus derechos por sí mismos -como por ejemplo los infantes y las personas mentalmente discapacitadas- pueden ser invocados por otros, como sus padres, familiares u oficiales públicos, en su representación. Igualmente, invocar los derechos de los fetos, los animales, los árboles o los edificios históricos no les otorga ninguna nueva capacidad, sino que tiene como objeto empoderar a sujetos capaces para actuar en su representación. La demanda de que los fetos son titulares de derechos, por tanto, les brinda a aquellos que fomentan dichas nociones de la auto justificación y argumentos en derecho para actuar en representación de los fetos. Es así como hacen progresar sus propias creencias políticas, religiosas u otras respecto a cómo debe protegerse a los fetos. Reclamar los derechos del feto es en realidad una forma de auto empoderarse que tienen aquellos que, como individuos que son, no tienen derecho a intervenir en las decisiones de una mujer embarazada y su familia. El hecho de que los facultativos invoquen los derechos del feto con el fin de denegar o aplicar un tratamiento a sus pacientes embarazadas sin que medie consentimiento libre e informado por parte de ellas, es una forma de auto

empoderamiento o paternalismo que puede constituir mala práctica médica. También puede constituir incumplimiento de contrato y una falta legal a su deber de cuidado.

Reconocer los intereses del feto es más legítimo que pretender reconocer sus derechos.[8] Comúnmente se reconoce, por ejemplo, que las futuras generaciones, futuras personas aún no concebidas, y los infantes que se espera que nazcan tienen intereses dignos de protección, como es el de nacer saludables y sin discapacidades. Aquellas personas que buscan distribuir su patrimonio mediante testamento pueden incluir derechos e intereses de sus nietos o bisnietos no concebidos y nonatos. Los ordenamientos jurídicos que reconocen derechos únicamente a los nacidos vivos, generalmente, suspenden la distribución del patrimonio de una persona fallecida hasta por 8 meses más o menos, cuando se otorga una asignación testamentaria o una donación post mortem a un concebido pero aún no nacido en espera de que nazca vivo. Lo anterior no está basado en el reconocimiento de un derecho del feto sino que en el reconocimiento de un interés del feto, ya que el derecho de herencia se adquiere únicamente al momento en que se pone término al estado fetal cuando éste nace vivo.

Las consideraciones éticas y jurídicas respecto a los intereses del feto son, generalmente, apropiadas y pueden llegar a ser compulsivas. Por ejemplo, algunas decisiones médicas o administrativas pueden ser declaradas judicialmente como inapropiadas cuando no se han tomado en cuenta los intereses del feto. Sin embargo, cuando están debidamente considerados, aquellos intereses pueden subordinarse legítimamente a otros, debido a que no prevalecen por sobre otras consideraciones que sí se logran al invocar derechos. En aquellos casos en que los intereses de la mujer prevalecen sobre los intereses del feto, por ejemplo, cuando las primeras quieren emplearse en ambientes de trabajo tóxicos,[9] los intereses del Estado sobre la vida del feto, especialmente pasado el punto de viabilidad, prevalecerán en derecho sobre los intereses de la mujer, excepto cuando el derecho a la vida o salud de la mujer se encuentra en peligro.[10]

6. Criterios jurídicos

Es ampliamente reconocido que los intentos de encontrar una base legal para los derechos del feto en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos han fracasado. La Convención sobre los Derechos del Niño (Convención del Niño), que entró en vigor a nivel internacional en septiembre de 1990 y ha sido ratificada por todos los países excepto Somalia y los Estados Unidos, declara en su preámbulo que "el niño ... necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" (párrafo 9). Sin embargo, el artículo 1 declara que "se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad..." En la legislación de muchos de los países ratificantes, el estatus de "ser humano" comienza con el nacimiento vivo del infante (véase abajo). Los tribunales internacionales de derechos humanos han fallado a favor de las legislaciones nacionales que dan cabida al aborto legal en contra de las demandas sobre violaciones de los derechos del feto. Dichas leyes aparentemente cumplen con el test que establece la Convención del Niño respecto de brindar la "debida" protección legal.[11]

De manera similar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos declara que el derecho al respeto a la vida “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (Art. 4). Las palabras “en general” indican que la Convención no le da necesariamente prioridad a la vida del feto por sobre la vida o la salud de los ya nacidos, ya que la protección de la vida prenatal no quita o disminuye la protección a la vida o a la calidad de vida de las personas ya nacidas. En 1981, en el caso *Baby Boy*, [12] la Comisión Interamericana de Derechos Humanos interpretó la Convención de tal forma que falló que el reconocimiento constitucional del derecho al aborto de la Corte Suprema de los Estados Unidos [13] no infringe el deber de protección de la vida que se reconoce en la Convención. Las palabras “en general,” sin embargo, requieren que los países se aseguren de proveer el cuidado prenatal, la alimentación y los cuidados obstétricos esenciales y adecuados para la mujer embarazada.

La legislación de algunos países tipifica como crimen el feticidio o la acción de causar daño en forma deliberada al feto como tal. Los delitos de homicidio doloso u homicidio culposo no se aplican en este caso debido a que ellos tratan sobre la muerte de “personas,” calidad que los fetos no ostentan en derecho.[13] Es evidente que las legislaciones que tipifican delitos que tratan sobre lesiones causadas a la mujer embarazada, ya sea en forma deliberada o por negligencia grave, pueden incrementar la pena de la sentencia en presencia de la pérdida del producto de la concepción o lesiones al feto; pero lo anterior es inaplicable cuando son las mismas mujeres embarazadas las que lesionan el feto.

No obstante, una persona puede ser procesada por homicidio doloso u homicidio culposo si el feto lesionado *in utero* nace vivo, convirtiéndose así en “persona” o “ser humano” (dichas expresiones son sinónimas en derecho), pero luego fallece como resultado de la conducta ilícita que causó las lesiones. Algunos Estados norteamericanos han edificado sobre base este principio, mediante la promulgación de leyes que protegen a los fetos de la aplicación de fuerza o violencia mientras se encuentran *in utero*. Podemos encontrar justificaciones para promulgar dichas leyes en Canadá, donde se ha observado que una de cada doce mujeres es víctima de violencia, y donde el 40 por ciento de los actos violentos en contra de mujeres casadas, ejercidos por sus maridos, ocurren durante su primer embarazo.[14] Es probable que el Congreso de los Estados Unidos discuta un proyecto de ley sobre violencia en contra del nonato (*Unborn Victims of Violence Act*) de finales del 2003, surgiendo así la discusión sobre si el tratamiento médico de un feto lesionado lo aproxima a la calidad de paciente.

Algunos tribunales americanos, reaccionando en contra de los efectos que el abuso de alcohol o drogas por parte de las mujeres embarazadas tiene sobre los recién nacidos, han estado dispuestos a interpretar sus leyes criminales sobre abuso infantil como aplicables a los fetos.[15] Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos falló que era inconstitucional el hecho de que un hospital de Carolina del Sur condujera pruebas de diagnóstico en colaboración con personal policial y fiscal, con el objeto de obtener evidencias del consumo ilegal de drogas de las pacientes embarazadas y así iniciar procesos en su contra. La Corte encontró objetable el uso de amenaza de arresto o procesamiento con el objeto de forzar a las mujeres a realizarse tratamientos médicos.[16] Las legislaciones o políticas públicas que requieren o permiten a los

proveedores e instituciones de la salud convertirse en informantes de la policía, aunque sea con el propósito de proteger al feto, fundamentalmente cambian los principios sobre los cuales ofrecen sus servicios.

Desde el punto de vista del derecho penal como civil, los fetos no son considerados “personas” o “seres humanos,” ya que el término “existente” (*in being*) implica nacer vivo. El Derecho Común Inglés, ampliamente prevalente en aquellos países de habla inglesa, encuentra expresión en el Código Penal de Canadá. La sección 223(1) declara que:

Un infante se convierte en ser humano... cuando ha sido completamente separado en vida del cuerpo de su madre, habiendo o no

(a) respiración,

(b) circulación independiente, o

(c) corte del cordón umbilical.

Es compatible con esta definición, el delito descrito en la sección 238(1) (*child desrtuction*) consiste en la interrupción injustificada de la vida durante el parto que se lleva a cabo luego que la responsabilidad por aborto termina pero antes de que comience la responsabilidad por homicidio, y que protege a “cualquier infante que aún no se ha convertido en un ser humano.” Esto usualmente se conoce como la regla de personalidad del “nacido vivo.” Cuando el estatus fetal termina, mediante la separación del feto del útero durante el parto, el niño es claramente humano; pero antes de la “completa separación” del cuerpo de la madre no es “existente” (*in being*). Aquellos argumentos filosóficos, biológicos, bioéticos y de otras disciplinas respecto de la personalidad de los fetos no tienen mucha resonancia en el derecho de otros países fuera de los Estados Unidos, donde la mayoría de las jurisdicciones reconocen la personalidad en la etapa de viabilidad fetal.[17]

Los avances en la cirugía fetal que permiten la extracción completa de un feto de la cavidad uterina y su reimplantación luego de la cirugía plantea la cuestión de si ha sido “completamente separado... del cuerpo de su madre.” Esto, según una interpretación literal de la ley histórica, lo convertiría en un ser humano. Los tribunales de justicia muchas veces prefieren actualizar las leyes históricas por medio de su interpretación a la luz de la evolución contemporánea.[18] Igualmente, se puede entender la expresión “completamente separado” no sólo desde un punto de vista espacial, sino que también temporal. Un feto extraído del útero con el propósito de recibir tratamiento médico para luego ser reimplantado y así continuar con su gestación no se considerará como completamente separado, manteniendo así su estatus de feto. Es difícil que los tribunales de justicia y, más ampliamente, la sociedad acepten la opción alternativa de que un ser humano pueda ser completamente contenido dentro de otro ser humano.

De acuerdo a la regla del “nacido vivo” las lesiones dolosas o culposas causadas al feto que traen como consecuencia un aborto accidental o un malparto (parto en el que nace muerto el hijo) permiten a los padres reclamar indemnización de perjuicios en base a

su pérdida, pero no permiten llevar adelante una demanda en representación del feto. No obstante, una vez ocurrido el parto, se pueden presentar demandas por o en representación del recién nacido por las lesiones sufridas *in utero*. [19] En ciertas jurisdicciones de los Estados Unidos, que reconocen personalidad en la etapa de viabilidad fetal, se pueden presentar demandas en representación de fetos mortinatos post-viables. [17]

Se reconoce una excepción a la regla general consistente en que un niño nacido vivo que ha sido lesionado *in utero* debido a la negligencia de su madre no puede interponer una demanda en su contra. La Corte Suprema de Canadá, reflejando el derecho británico [19] ha aceptado la inmunidad maternal que la libera de responsabilidad frente a los hijos nacidos vivos por las lesiones que pudiesen haber sufrido *in utero* ya sea por causas accidentales [20] o deliberadas [21]. Esto por causas políticas y prácticas que se basan en la autonomía y la integridad corporal de la mujer durante el embarazo. No obstante, aquellos médicos que han sido parte de las decisiones negligentes causantes de las lesiones provocadas a los embriones que luego nacen vivos, como por ejemplo mediante consejería inadecuada, pueden enfrentar plena responsabilidad legal.

Notas Bibliográficas

1. Cook RJ, Dickens BM, Fathalla MF. Reproductive health and human rights: integrating medicine, ethics, and law. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 104-107.
2. 410 United States Reporter 113 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1973).
3. Institute for Democracy Studies, The global assault on reproductive rights: a crucial turning point. Nueva York: IDS, 2000, p. 3.
4. Institute for Democracy Studies, Antifeminist organizations: institutionalizing the backlash. Nueva York: IDS, 2000.
5. The Abortion Act, 1967, s.1(1)(a).
6. Re AC, 573 Atlantic Reporter 2d 1235 (Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, 1990).
7. Newsweek, June 9, 2003, cubierta.
8. Steinbock B. Life before birth: the moral and legal status of embryos and fetuses. Nueva York: Oxford University Press, 1992.
9. International Union, United Auto Workers v. Johnson Controls, Inc., 111 Supreme Court Reporter 1196 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1991).

10. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 112 Supreme Court Reporter 2791 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1992).
11. Cook RJ, Dickens BM. Human rights dynamics of abortion law reform. *Human Rights Quarterly* 2003; 25:1-59.
12. Res. No. 23/81, Caso 2141 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1981).
13. Roe v. Wade, 410 United States Reporter 113 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1973).
14. Society of Obstetricians and Gynecologists of Canada. *Healthy beginnings: guidelines for care during pregnancy and childbirth*. Ottawa: SOGC, 1995.
15. Whitner v. South Carolina, 492 South Eastern Reporter 2d 777 (Corte de Apelaciones de Carolina del Sur, 1997).
16. Ferguson v. City of Charleston, 532 United States Reporter 67 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 2001).
17. Dickens BM. Wrongful birth and life, wrongful death before birth, and wrongful law. In McLean SAM (editor) *Legal issues in human reproduction*. Londres: Gower Medico-Legal Services, 1989, pp. 80-112.
18. Royal College of Nursing of the U.K. v. Department of Health and Social Security, [1981] 1 All England Reports 545 (Cámara de los Lores).
19. Mason JK, McCall Smith RA. *Law and medical ethics*. Londres: Butterworths, 5th ed. 1999, pp. 124-139.
20. Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson (1999), 174 Dominion Law Reports (4th) 1 (Corte Suprema de Canadá).
21. Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G(DF) (1997), 152 Dominion Law Reports (4th) 193 (Corte Suprema de Canadá).