

Anencefalia y anomalías congénitas: la contribución del patólogo al Poder Judicial

Luciana de Paula Lima Gazzola¹, Frederico Henrique Corrêa de Melo²

Resumen

La Suprema Corte brasileña ha proferido decisión histórica en el ámbito de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54, con basis en la premisa de que solamente el feto con capacidad de ser persona puede ser sujeto pasivo del crimen de aborto. El tema es importante porque envuelve cuestiones como libertad, autodeterminación y derechos individuales. Se ha decidido que la anticipación terapéutica del parto, en esa situación, no constituye aborto, ya que ese tipo penal presupone la potencialidad de vida extrauterina. Se resalta la existencia de diversas síndromes malformativas, incompatibles con la vida extrauterina, que deben tornarse objeto de regulación. Es fundamental hacer diagnóstico intraútero, a parte de un estudio del producto de la concepción, a través de necropsia realizada por equipo de expertos. Es necesario que se haga una discusión del tema y que se de tratamiento jurídico similar a condiciones fetales que resultan en el mismo impacto social y en condiciones jurídicas análogas.

Palabras-clave: Anencefalia. Aborto legal. Autopsia. Patología. Anomalías congénitas.

Resumo

Anencefalia e anomalias congénitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário

O Supremo Tribunal Federal, em 2012, proferiu decisão histórica no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, baseando-se na premissa de que somente o feto com capacidade de ser pessoa pode ser sujeito passivo do crime de aborto. O tema é dos mais importantes, pois envolve dignidade, liberdade, autodeterminação e direitos individuais. Decidiu-se que a antecipação terapêutica do parto, nessa situação, não constitui aborto, uma vez que esse tipo penal pressupõe potencialidade de vida extrauterina. Ressalta-se a existência de numerosas síndromes malformativas, também incompatíveis com a vida extrauterina, que devem ser objeto de regulamentação, com base na isonomia. É fundamental o diagnóstico intraútero, além do estudo minucioso do produto da concepção, mediante necropsia realizada por equipe especializada. Importa, ainda, privilegiar o debate e conferir tratamento jurídico semelhante a condições fetais que, embora não tão conhecidas como a anencefalia, acarretam o mesmo impacto social e condições jurídicas análogas.

Palavras-chave: Anencefalia. Aborto legal. Autopsia. Patologia. Anormalidades congênitas.

Abstract

Anencephaly and congenital abnormalities: the pathologist's contribution to Judiciary

The Federal Supreme Court of Brazil in 2012 issued a historical decision in the context of Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54, based on the premise that only the fetus that has the capacity to be a person can be the victim of the crime of abortion. The topic is important because it involves dignity, liberty, self-determination and individual rights. It was decided that performing the delivery earlier, in this situation, is not abortion, because this crime supposes potential for extra-uterine life. In this context, several malformation syndromes are underlined, also incompatible with extra-uterine life, which must be topics for regulations, anchored in isonomy. Intra-uterine diagnosis is essential, as well as the thorough study of the fetus, by the means of necropsy performed by pathologists. It is important, still, to grant equal judicial treatment to fetal conditions which, although not as well known as anencephaly, carry the same social impact and have analogous judicial situation.

Keywords: Anencephaly. Abortion, legal. Autopsy. Pathology. Congenital abnormalities.

1. **Mestre** lugazzola@gmail.com 2. **Mestre** fhcmelo@gmail.com – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil.

Correspondência

Luciana de Paula Lima Gazzola – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Rua Goiás, 229, anexo II, sala 1.105, Centro CEP 30190-925. Belo Horizonte/MG, Brasil.

Declaram não haver conflito de interesse.

La posibilidad jurídica de permitirse, en Brasil, la interrupción de la gestación en casos de malformaciones congénitas fetales de carácter letal es un asunto recurrente en la doctrina y en la jurisprudencia. Esto es así porque el Código Penal de 1940¹, publicado según los hábitos y las costumbres en la década de 1930, no prevé la posibilidad de realizar un aborto en situaciones que excedan a las previstas, consideradas especiales, que excluyen la ilegalidad del aborto necesario (cuando no hay otra forma de salvar la vida de la gestante) y del aborto humanitario (cuando el embarazo es consecuencia de la violación y hay consentimiento de la embarazada o de su representante legal).

En los más de setenta años transcurridos desde la publicación del Código Penal brasileiro, de 1940, cuya "Parte especial" se encuentra en vigor hasta la actualidad, los valores de la sociedad se modificaron, acompañados de una forma aún más significativa por la evolución de la ciencia y de la tecnología, que produjo una verdadera revolución en la ciencia médica. Por consiguiente, el derecho penal no puede permanecer ajeno a este dinamismo social, ni al desarrollo de la ciencia o a la evolución histórica del pensamiento y de los aspectos socio-culturales de la sociedad contemporánea. Frecuentemente, surgen cuestiones que demandan la aplicación de normas penales anteriormente publicadas, las cuales deben ser analizadas hermenéuticamente, con el fin de encontrar su verdadero sentido, adaptado al momento actual.

En la actualidad, la medicina es capaz de definir, con un significativo grado de precisión, una eventual anomalía del feto que sea incompatible con la vida extrauterina, pudiendo defenderse, desde el punto de vista de los médicos estudiosos en el asunto, que la legislación permita el "aborto" cuando el *nasciturus* presente graves e irreversibles anomalías físicas o mentales que inviabilicen la vida fuera del útero materno, como ya acontece en diversos países del mundo. En Brasil, los tribunales de justicia analizan, con frecuencia, pedidos de anticipación terapéutica del parto en los casos de anomalías letales del feto, habiendo interpretación jurisprudencial que corrobora esa posición, como se desprende del análisis proferido por el Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul:

Considerándose que, en ocasión de la promulgación del vigente Código Penal, en 1940, no existían los recursos técnicos que hoy permiten la detección de malformaciones y otras anomalías fetales, incluso con la certeza de muerte o de deficiencia física o mental del nasciturus, y que, por lo tanto, la ley no

podría incluir el aborto eugenésico entre las causas de exclusión de la ilegalidad del aborto, se impone una actualización del pensamiento en torno a la materia, dado que el Derecho no se agota en la ley, ni está estancado en el tiempo, indiferente a los avances tecnológicos y a la evolución social. Además, la jurisprudencia actual ha realizado una interpretación extensiva del Art. 128, I, de aquel documento, admitiendo la exclusión de la ilegalidad del aborto, no sólo cuando es realizado para salvar la vida de la gestante, sino también cuando es necesario para preservar su salud, incluso psíquica².

En base a estas premisas, el presente estudio pretende analizar el tema de forma neutra y, dentro de lo posible, exento de cuestiones éticas, morales, religiosas o emocionales, sin tener la pretensión de agotar la temática, dada su amplitud, sino sólo contribuyendo al debate. Será brevemente analizada la decisión del Supremo Tribunal Federal (STF) en medio de la Acusación de Incumplimiento del Precepto Fundamental (ADPF) 54, que no sólo movilizó toda la opinión pública y sectores de la sociedad civil, sino que también trató y pacificó la cuestión en el ámbito del Poder Judicial. Además de esto, fue subsidiario de la Resolución 1.989/2012 del Consejo Federal de Medicina (CFM), que definió, por su parte, las directrices para el diagnóstico de anencefalia.

Finalmente, los autores, patólogos del hospital universitario, con sólido servicio de patología fetal y perinatal, abordarán otros síndromes malformativos causantes de inviabilidad fetal, los cuales, aunque no sean tan vulgarmente conocidos como la anencefalia acarrear el mismo impacto médico y social, mereciendo, por consiguiente, un tratamiento jurídico análogo.

El STF y la decisión de la ADPF 54

Presentada por la Confederación Nacional de Trabajadores de la Salud, la ADPF 54 discutió la interpretación de dispositivos del Código Penal de 1940. Conforme a la Constitución Federal de 1998³, apoyada en la premisa de que solamente el feto con capacidad de ser persona puede tornarse sujeto pasivo del crimen de aborto. Se pretendió que fuera declarada inconstitucional la tipificación como crimen de aborto de la anticipación terapéutica del parto de fetos portadores de anencefalia.

En audiencias públicas realizadas en 2008, en la fase de saneamiento del proceso⁴, se recogieron argumentos médicos a fin de sostener la posibilidad de anticipación del parto en caso de gestación de

feto anencefálico, entre ellos, que ese feto puede ser considerado mortinato biológico y que habría una ampliación de los riesgos para la salud materna en caso de mantener el embarazo, dada la posibilidad de complicaciones en el parto, así como una mayor vulnerabilidad de la embarazada hacia estados patológicos de depresión y otros cuadros psiquiátricos.

En esta ocasión médicos representantes del CFM, de la Federación Brasileira de las Asociaciones de Ginecología y Obstetricia (Febrasgo), de la Sociedad Brasileira de Medicina Fetal (Sobramef) y de la Sociedad Brasileira de Genética Clínica (SBGC) fueron unánimes en afirmar que son innumerables las repercusiones de un embarazo anómalo en la vida de la embarazada: aumento de la morbilidad; elevación de los riesgos durante el embarazo, por la presencia de polihidramnio (aumento de la cantidad de líquido amniótico); mayor probabilidad de hipertensión, diabetes, despegue de placenta, transfusión sanguínea y parto prematuro; aumento de los riesgos obstétricos del parto, con partos distócicos y consecuencias psicológicas graves (altos índices de depresión, angustia, culpa, pensamientos suicidas, comprometimiento de la vida conyugal).

El 11 de Abril de 2012, el STF dio inicio a la discusión de la referida ADPF. En plenario, el entonces abogado Luis Roberto Barroso sostuvo la evolución del derecho de las mujeres en la sociedad contemporánea, en defensa del pedido. Barroso alegó que la posibilidad jurídica de anticipar lícitamente el parto de fetos anencefálicos no consiste propiamente en un aborto y que ésta ha sido la posición de todos los países democráticos y desarrollados del mundo, y *la creciente penalización es un fenómeno del subdesarrollo*⁵.

En esta fecha, la Suprema Corte brasileira, al proferir una decisión histórica por mayoría (8 votos contra 2), dejó asentado que la anticipación terapéutica del parto, cuando existe un diagnóstico de anencefalia, es un hecho plenamente atípico y no constituye aborto, dado que este tipo penal presupone potencialidad de vida extrauterina. *Anencefalia y vida son términos antiéticos*, afirmó el relator de la acción, ministro Marco Aurélio Mello, al proferir su voto en plenario, decidiendo por la procedencia del pedido⁵.

Se decidió que los artículos del Código Penal que criminalizan el aborto no deben incidir en estos casos, ya que el término “aborto” presupone la potencialidad de vida extrauterina. La propia denominación “aborto” no sería adecuada en estas situaciones, dado que se trata de un feto sin vida o, en el lenguaje médico moderno, de un feto con

muerte cerebral. Sería, en realidad, una anticipación terapéutica del parto, en la medida en que el feto anencefálico, tal como el muerto cerebral, no presente actividad cortical. Le faltan los fenómenos de la vida psíquica, la sensibilidad, la movilidad y la integración de todas las funciones corpóreas que, en su caso, son sólo rudimentarias. Se trata, sin duda científica alguna, de una enfermedad congénita letal.

Se destacó que la llamada Ley de Trasplantes de Órganos⁶ autoriza la extracción de tejidos y órganos en base al diagnóstico de muerte encefálica – considerada la muerte legal–, consagrándose el reconocimiento de que la vida no se termina sólo cuando “el corazón para”. De esta forma, existiendo un diagnóstico médico definitivo que pruebe la inviabilidad de la vida luego del período normal de gestación, la inducción anticipada del parto no tipifica el crimen de aborto, porque la muerte del feto es inevitable, como resultado de la propia patología.

Se afirmó además, ciertamente, que no se trata de un aborto eugenésico, en la medida en que no se observa el atravesamiento ideológico y político impreso en la palabra “eugenesia”. Además de su mero propósito descriptivo, las palabras cargan un significado emotivo, con lo cual tienen el potencial de provocar reacciones emocionales en quien las oye. “Eugenesia” es uno de esos vocablos cuyo sentido carga con un alto grado de rechazo emocional, vinculado al uso que de él se hizo en la Alemania nazi, tornándose un “término tabú”. No se habla del aborto eugenésico, cuya práctica tiene por finalidad obtener una raza pura y superior. No es de eso de lo que aquí se trata.

Nelson Hungria, citado en un plenario por el relator ministro Marco Aurélio Mello, en ocasión del juicio de la ADPF 54, especificaba, ya desde la década de 1950, una situación en la que el término “aborto” no debía ser empleado, siendo ilustrativas sus palabras:

En el caso del embarazo extrauterino, que representa un estado patológico, su interrupción no puede constituir el crimen de aborto. No está en juego la vida de otro ser, no pudiendo el producto de la concepción alcanzar normalmente una vida propia, de modo que las consecuencias de los actos practicados se resuelven únicamente contra la mujer. El feto expulsado (para que se caracterice como aborto) debe ser un producto fisiológico, y no patológico. Si el embarazo se presenta como un proceso verdaderamente mórbido, de modo tal de no permitir siquiera una intervención quirúrgica que pudiese salvar la vida del feto, no hay que hablar de aborto, para cuya

*existencia es necesaria la posibilidad presumida de continuación de la vida del feto*⁷.

Es indudable, así, que la anticipación terapéutica del parto no se confunde con el aborto. El STF, de esta forma, no examinó la despenalización del aborto, sino la interrupción del embarazo en los casos de anencefalia, situación que anticipa el momento oportuno del parto, a saber, el fin natural de la gestación. Se argumentó, además, que el tema es de los más importantes que hayan sido considerados por el STF, por involucrar la dignidad de la persona humana, la libertad, la autodeterminación, la salud y el reconocimiento pleno de derechos individuales. No se trata de que la gestante deba interrumpir la gestación; el STF sólo autoriza y faculta el cese de la gestación en pos de la dignidad de la mujer y con el objetivo de aminorar su probable sufrimiento, en caso de que sea esta su voluntad. La autonomía de la paciente y el respeto a la persona fueron algunas de las cuestiones más relevantes y discutidas durante el juicio.

Finalmente, se sostuvo que la República Federativa de Brasil es un Estado laico y que, si la Constitución, al consagrar tal cosa, impide que la persona estatal intervenga en asuntos religiosos, eso también significa que los dogmas de la fe no pueden determinar el contenido de los actos del Estado. Así, las concepciones morales o religiosas, ya sean unánimes o minoritarias, no pueden guiar las decisiones estatales, debiendo permanecer circunscriptas a la esfera privada. De esta forma, también las autoridades encargadas de aplicar el derecho deben despojarse de sus propias convicciones de orden religioso.

Sólo para registro en el ámbito de este estudio, hubo dos votos divergentes en plenario, proferidos por los ministros Ricardo Lewandowski y Cezar Peluso, que se basaron principalmente en el argumento de la imposibilidad del Poder Judicial de usurpar la competencia privativa del Congreso Nacional para crear una causa de exclusión de ilicitud, no correspondiéndole a la Corte actuar como legislador positivo, así como en la existencia de vida en el feto anencefálico. En resumen, el STF, por mayoría, juzgó procedente la ADPF 54 y declaró la constitucionalidad de la anticipación del parto en los casos de gestación de feto anencefálico, lo que no caracteriza el aborto tipificado en los Artículos 124, 126 y 128 (incisos I y II) del Código Penal, ni se confunde con él.

A partir de esta decisión, por lo tanto, le compete a los médicos realizar el diagnóstico de certeza de la anencefalia, así como al Sistema Único de Sa-

lud, promover la política pública de salud adecuada al soporte y tratamiento de la gestante, mediante orientación y apoyo psicológico y obstétrico, para que ella tenga la libertad de adoptar la resolución que mejor se ajuste a su convicción particular.

Actualmente, la interrupción de la gestación de feto anencefálico no es ya una decisión estrictamente judicial –como ocurría en el país hace más de 20 años, cuando esos pedidos dependían de la apreciación del Poder Judicial–, sino parte del protocolo de los programas de salud pública, lo cual exige una definición de criterios diagnósticos por parte del órgano competente de reglamentación del ejercicio profesional.

Directrices del CFM para el diagnóstico de anencefalia

Durante los debates en plenario en la Suprema Corte, los ministros Gilmar Mendes y Celso de Mello resaltaron la necesidad de fijar criterios diagnósticos para que la gestante de un feto anencefálico tenga el derecho de interrumpir el embarazo. Se afirmó, durante la discusión, que la malformación fetal debe ser diagnosticada y probadamente identificada por el profesional médico legalmente habilitado. Tras la mencionada decisión del STF y ante la necesidad de garantizar seguridad a los criterios diagnósticos de anencefalia, de modo que permita la interrupción del embarazo a pedido de la gestante sin la necesidad de autorización del Estado, el CFM aprobó –por unanimidad– la Resolución CFM 1.989/2012, atendiendo la importante demanda jurídica y social⁸.

Esta norma definió directrices para el diagnóstico de la malformación fetal, destacando que éste deberá ser realizado por medio de un examen de ultrasonido, a partir de la 12ª semana de gestación. Este examen deberá contener dos fotografías, debidamente fechadas e identificadas: una con la cara del feto en posición sagital y la otra visualizando el segmento cefálico (cabeza) en corte transversal, para demostrar la ausencia de calota craneana y de parénquima (tejido) cerebral identificable. El dictamen deberá, además, estar firmado por dos médicos capacitados para tal diagnóstico, a fin de asegurar el derecho a la segunda opinión y no extraer la suficiencia del diagnóstico realizado solamente por un médico.

Ante este diagnóstico de imagen, la gestante tendrá el derecho de buscar otra opinión o solicitar la realización de una junta médica, de modo que todos los esclarecimientos debidos le sean ofrecidos,

así como aquellos que por contingencia ella solicite. De esta forma, el CFM destaca la importancia de proveer un conocimiento amplio a la gestante, con el fin de que tenga garantizado su derecho de decidir libremente sobre la conducta a ser adoptada. En caso de que opte por el sostenimiento del embarazo hasta el final, deberá asegurarse la asistencia médica pre-natal compatible con el diagnóstico, puesto que la gestante en cuestión es considerada de alto riesgo.

En el texto normativo, el CFM destacó que la gestante, una vez informada del diagnóstico, tiene el derecho de interrumpir de inmediato el embarazo, independientemente del tiempo de gestación, pudiendo, también, posponer la decisión para un momento posterior. En caso de que opte por la interrupción del parto, deberá ser realizada el acta del procedimiento, con su consentimiento por escrito, que integrará el historial médico, justamente con el dictamen y las fotografías del examen de imagen. Tal conducta solamente podrá ser realizada en un hospital que disponga de la estructura apropiada para el manejo de eventuales complicaciones inherentes al acto médico.

Finalmente, el CFM alerta que las pacientes gestantes de feto anencefálico deberán ser informadas acerca del riesgo de reincidencia de la malformación en futuras gestaciones, condición que, de acuerdo con la ciencia médica y lo declarado en la "Exposición de motivos" de la Resolución CFM 1.989/2012, tiene cerca de cincuenta veces más chances de ocurrir. Podrán, si así lo desearan, ser derivadas a unidades de planificación familiar, en las cuales recibirán apoyo multidisciplinar y asistencia a la anticoncepción, si fuera necesaria, y a la preconcepción, cuando lo deseen libremente (como el uso diario de ácido fólico, que puede reducir a la mitad el riesgo de anencefalia).

La necropsia perinatal, diagnóstico de la anencefalia y otras anomalías encefálicas congénitas

Necropsia -o autopsia- es el examen *post mortem* sistemático de los órganos o de parte de ellos para determinar la causa de la muerte o conocer las lesiones y enfermedades existentes en el individuo.

Con el surgimiento, en la década de 1970, de las técnicas de diagnóstico por imagen y su creciente perfeccionamiento en las décadas subsiguientes, se percibió una disminución significativa del interés por la realización de necropsias en varias partes del mundo, inclusive en Brasil. Una prueba de esto es

la reducción acentuada del número de necropsias realizadas en los grandes centros de formación e investigación médica. No obstante, a pesar de los innegables progresos alcanzados con la aplicación de los recursos diagnósticos en vida, aún se observa un expresivo índice de discordancia entre los diagnósticos clínicos y la necropsia, en una proporción que varía entre el 10% y el 50%, motivo por el cual la necropsia continúa siendo un objeto de gran valor para el estudio sistemático de la patología y el mejoramiento de la práctica médica⁹.

En el ámbito de la patología fetal y perinatal, esta importancia es aún más visible, porque la necropsia es un medio capaz de proveer un estudio detallado de los síndromes de malformaciones fetales, proporcionando un análisis pormenorizado de las alteraciones sindrómicas y favoreciendo el asesoramiento genético de las pacientes. Aunque se realice un diagnóstico preciso en el período pre-natal por medio de exámenes de imagen, luego de la interrupción (espontánea o no) de la gestación, los padres desean saber si tal diagnóstico es correcto y cuáles son las implicancias para las futuras gestaciones. Esto es particularmente observado cuando el diagnóstico pre-natal fue realizado sólo en base a exámenes de imagen, sin el acompañamiento de estudios genéticos, y las informaciones de estos exámenes pueden ser obtenidas por la necropsia.

De esta forma, la necropsia perinatal sigue siendo la "vía regia" para el diagnóstico de anomalías congénitas y su importancia es vital en la confirmación del diagnóstico pre-natal, en el reconocimiento de anomalías adicionales internas, en el favorecimiento de asociaciones con síndromes genéticos y cromosómicos, así como en el asesoramiento genético para futuras gestaciones¹⁰. El asesoramiento genético es un proceso de comunicación, no directivo y no coercitivo, que lidia con los problemas asociados a la ocurrencia o a la posibilidad de ocurrencia de un disturbio genético en una familia.

Vale la pena destacar, en el ámbito del diagnóstico de anomalías congénitas, la actuación del Servicio de Patología del Hospital de Clínicas de la Universidad Federal de Minas Gerais (HC-UFGM), que cuenta con un laboratorio especializado en patología fetal y perinatal, cuyo equipo actúa en estrecha colaboración con el Servicio de Obstetricia y Medicina Fetal del mismo hospital, referente en la región en cuanto al estudio de las malformaciones fetales. La casuística de este servicio es sólida y amplia, componiéndose de casos representativos de los más diversos síndromes congénitos fetales.

No es un propósito del presente estudio realizar un análisis estadístico de la frecuencia de tales síndromes en nuestro medio, pero sólo a los fines de proveer un relato puntual que puede interesar a la comunidad médica y jurídica acerca del asunto, serán enfocadas, a continuación, algunas situaciones en las que los desdoblamientos médicos y sociales ocasionales al feto y a la gestante pueden ser idénticos a los descritos en la anencefalia.

Responsables por una elevada mortalidad pre y post-natal, las anomalías congénitas del sistema nervioso central son enfermedades espectrales, con una amplia gama de conocidas condiciones mórbidas cuya frecuencia es bastante significativa en nuestro medio. Los denominados “estados disráficos”, en los que se nota un defecto en el cierre de tubo neural, pueden comprender desde condiciones letales hasta anomalías asintomáticas y plenamente compatibles con la vida extrauterina, como la espina bífida oculta. La incapacidad de cierre de una parte del tubo neural o su reapertura tras el cierre exitoso, puede generar una o varias malformaciones. Todas ellas presentan anormalidades del tejido neural y del hueso o de tejidos blandos sobresalientes, y, en su conjunto, consisten en las anomalías congénitas más comunes del sistema nervioso central¹¹.

La anencefalia es una condición disráfica incompatible con la vida, caracterizada por la ausencia de la mayor parte de las estructuras encefálicas (hemisferios cerebrales, cerebelo y tronco cerebral rudimentario) y de los huesos de la bóveda craneana, que permanece abierta y desprovista de piel cerebral superior. Adherida a la base del cráneo, hay masa irregular de tejido nervioso residual y vasos sanguíneos rudimentarios. Los ojos están apartados y sobresalientes y las órbitas se prolongan directamente hasta la base del cráneo, dándole a la cara una apariencia comúnmente denominada “aspecto de batracio”.

La anencefalia es la enfermedad letal que tiene una frecuencia de 1 a 5 por cada 1000 nacidos vivos, más frecuentemente en niñas y se cree que surge alrededor del 28º día de gestación. De acuerdo con Cotran, Kumar y Collins¹¹, su tasa de recurrencia global en gestaciones ulteriores fue estimada en 4% a 5%, siendo la deficiencia de ácido fólico durante las primeras semanas de gestación un factor de riesgo. Se trata de un defecto de cierre de la porción anterior del tubo neural, con alteraciones secundarias diversas, tales como un desarrollo incompleto de la calvaria, fisura palatina y anormalidades frecuentes de las vértebras cervicales¹².

Frecuentemente, la anencefalia se asocia a otras anomalías congénitas en órganos distintos,

como los sistemas osteoarticular, renal y cardiovascular. Esta es una de las razones por las cuales no son posibles los trasplantes utilizando órganos de fetos anencefálicos. Otra es que estos órganos suelen ser menores de lo normal y afectados por hipoxia (baja oxigenación), además del hecho de que los trasplantes en recién nacidos no son realizados antes de los siete días de vida extrauterina, factor que, por sí solo, ya inviabiliza el trasplante de órganos de anencefálicos.

Otras anomalías letales del feto: necesidad de tratamiento jurídico isonómico

El Poder Judicial viene enfrentando algunos casos en que otros diagnósticos de anomalías fetales incompatibles con la vida (además de la anencefalia) demandan pedidos de anticipación terapéutica del parto. De esta forma, importa dar a conocer a los juristas la existencia de tales síndromes, para seguidamente discutir algunos casos capaces de generar jurisprudencia en esta área.

Anomalías congénitas incompatibles con la vida extrauterina

La anomalía congénita constituye un defecto estructural presente al momento del nacimiento, pudiendo ser aislada o múltiple, de mayor o menor importancia clínica. Un estudio realizado por investigadores pernambucanos demostró que más del 20% de las gestaciones de fetos con anomalías congénitas terminan en aborto espontáneo y que el 80% restante nacen vivos o muertos, resultando en una proporción de 3% a 5% de recién nacidos portadores de estas anomalías que permanecen vivos luego del nacimiento¹³.

El encéfalo es particularmente delicado durante la vida intrauterina, por causa de su formación, la cual, además de compleja, se extiende por un largo período, lo que lo torna susceptible a anormalidades de desarrollo, desde la 3ª a la 16ª semana de gestación. Son diversas las malformaciones congénitas del sistema nervioso central que pueden terminar en formas extremas incompatibles con la vida plena extrauterina. Entre ellas, las menos raras son la holoprosencefalia y las formas de craneorraquisquis, mielosquisis y meningoencefalocèle total. Tales defectos de cierre del tubo neural son anomalías espectrales que pueden estar presentes aisladamente o en asociación con otras alteraciones en órganos distintos, originando síndromes malformativos multisistémicos de variadas etiologías.

Nótese que la propia anencefalia puede estar asociada a problemas cromosómicos, como las trisomías de los cromosomas 18 y 13, triploidías y alteraciones estructurales, además de otras diversas anomalías congénitas, como defectos óseos, malformaciones cardíacas, renales y de la pared abdominal.

La holoprosencefalia es una enfermedad espectral, con variables extensiones del defecto en el cierre del tubo neural, caracterizada por una separación incompleta de los hemisferios cerebrales en la línea media. El caso extremo y letal de la llamada "secuencia de la holoprosencefalia" es la ciclopía, malformación que presenta un grave defecto en el desarrollo inicial del rostro, notándose una fusión de las órbitas y un ojo único, o dos globos oculares fundidos parcialmente, sobre los cuales se proyecta una pequeña protuberancia nasal ("tromba" rudimentaria, o probóscide). Tal anomalía se asocia frecuentemente a las trisomías de los cromosomas 13 y 18, además de otras alteraciones genéticas (como supresiones de genes), y su mayor incidencia se observa en fetos de madres diabéticas.

Es importante resaltar, también, la existencia de síndromes malformativos multisistémicos que también pueden acabar en formas graves y extremas, como se observa en casos de displasia esquelética con formas letales, las cuales comprenden la displasia tanatofórica y la osteogénesis imperfecta letal.

La displasia tanatofórica consiste en una enfermedad congénita letal relacionada a mutaciones genéticas, con repercusiones óseas y neurológicas, y caracterizada por una displasia ósea con acortamiento de los miembros, caja torácica hipoplásica y macrocefalia. Su incidencia aproximada en la población es de 1 cada 35.000 a 50.000 nacimientos, siendo una enfermedad con bajo índice de recurrencia en gestaciones posteriores¹⁴. La mayoría de los casos se compone de mortinatos, y aquellos que nacen con vida mueren poco tiempo después del nacimiento.

La osteogénesis imperfecta es una enfermedad espectral, que abarca nueve tipos de malformación (tipos I a IX). El síndrome de la osteogénesis imperfecta letal, o tipo II, es una forma caracterizada por un acortamiento de los miembros, grave fragilidad ósea acompañada de múltiples fracturas, hernias inguinales, hidrocefalia y otras anomalías óseas. La mayoría de los casos resulta de mutaciones genéticas esporádicas, con un índice de recurrencia en las próximas gestaciones considerado relativamente alto, de 6%, razón por la cual, en casos de esta na-

turalidad, son fundamentales el asesoramiento y el acompañamiento genético familiar¹⁵.

Destáquese, también, la existencia de varios síndromes malformativos multisistémicos cromosómicos, que pueden acabar en formas letales, de las cuales se destacan las trisomías. Las trisomías consisten en la presencia de tres (y no dos, como sería lo normal) cromosomas de tipo específico, lo que resulta en varios tipos de anomalía congénita. Las trisomías más comunes son la del cromosoma 21 (síndrome de Down), la del cromosoma 18 (síndrome de Edwards) y la del cromosoma 13 (síndrome de Patau)¹⁶. El síndrome de Edwards, por ejemplo, tiene una incidencia aproximada de 0,3 a cada 100 nacidos vivos. Más de 130 tipos de anomalía son descritos en portadores de este síndrome, cuya capacidad de supervivencia es muy limitada¹².

Pedidos de tratamiento jurídico isonómico

En una búsqueda jurisprudencial utilizando los términos "aborto" y "anomalía" en los sitios web de diversos tribunales locales del país, las principales consideraciones revelan pedidos de anticipación terapéutica del parto en razón de diagnósticos de anencefalia; no obstante, existen algunas consideraciones –que se ejemplifican a continuación– que tienen por objeto síndromes malformativos diversos. Aunque, de acuerdo con lo que se expuso anteriormente, el término "aborto" sea inadecuado para tales cuestiones, dado que no se trata propiamente de un feto con posibilidad de vida plena extrauterina, fue utilizado en la búsqueda jurisprudencial por ser frecuentemente citado en tales casos.

El Tribunal de Justicia de Minas Gerais consideró un caso en el cual el diagnóstico era de displasia tanatofórica, habiendo sido permitida la anticipación terapéutica del parto, apreciación que quedó plasmada de la siguiente manera:

Autorización Judicial – Anticipación terapéutica del parto - Feto con anomalía congénita incompatible con la vida – Displasia tanatofórica – Exámenes médicos comprobatorios – Ponderación de valores – Concesión – Voto en disidencia. La constatación segura del desarrollo de embarazo de feto con anomalía congénita incompatible con la vida hace confrontar varios valores consagrados por nuestra Constitución Federal, siendo la vida el bien más preciado, seguido de la libertad, la autonomía de la voluntad y la dignidad humana. Teniendo pocas probabilidades de sobrevivir al nacimiento, probado por el médico que asiste la petición, y corroborando, así, a partir de la opinión del perito médico judicial, se

considera el derecho de la solicitante de ejercer la libertad y la autonomía de la voluntad, realizando el aborto y acortando los serios problemas clínicos y emocionales que la están aquejando, al padre y a todos los familiares. Frente a la certeza médica de que el feto será mortinato, protegiéndose la libertad, la autonomía de voluntad y la dignidad de la gestante, se le debe permitir la interrupción del embarazo¹⁷.

El diagnóstico de síndrome de Edwards (trisomía del cromosoma 18) también dio lugar al pedido de anticipación terapéutica del parto considerado por el Tribunal de Justicia de San Pablo, como se desprende en el señalamiento a seguir: *Habeas Corpus – Pedido de la embarazada para interrupción de embarazo por ser un feto portador del Síndrome de Edwards – Liminar concedida – Inviabilidad de que el feto sobreviva – Riesgos de salud y posible daño psicológico a la gestante – Aborto terapéutico – Mantenimiento de la concesión en definitiva – Necesidad – Imposibilidad de que el Poder Judicial realice un juicio moral, debiendo atenerse a la legalidad o no de la conducta – Orden concedida en definitiva*¹⁸.

En contrapartida, se encuentran decisiones en sentido contrario, basadas en la posibilidad de vida extrauterina, aunque por poco tiempo, en casos de síndromes malformativos que también pueden acabar en formas letales. Un ejemplo de esto es el síndrome de Patau (trisomía del cromosoma 13), enfermedad también espectral, cuya literatura médica especializada relata un promedio de siete días de supervivencia de los pacientes¹².

El Tribunal de Justicia de Minas Gerais enfrentó un caso con este mismo diagnóstico, decidiéndose por la imposibilidad de la anticipación terapéutica del parto, en los siguientes términos:

Autorización para realización de aborto – Malformación del feto – Ausencia de riesgo comprobado de muerte de la embarazada – No aceptación – Artículo 128, I, del CP – Aborto eugenésico – Ausencia de previsión legal – Preservación del derecho a la vida garantizado constitucionalmente – Rechazo de la apelación. A pesar de la certidumbre, ante los dictámenes médicos volcados en los registros, la inexistencia de vida post-parto del feto, que presenta “alteraciones morfológicas graves con características de Síndrome de Patau (Trisomía del 13)” (f.22), el hecho es que de eso no adviene, comprobadamente, peligro inminente de muerte de la madre, es decir, que el aborto sea el único medio de salvar su vida, conforme lo prescribe el Artículo 128, I, del Código Penal. En este caso, por óbice legal, no tiene cabida

*la autorización judicial para la interrupción del embarazo. Descartada la hipótesis de aborto necesario, es ilegítimo su consentimiento en base a la tesis de aborto eugenésico, por cuanto el derecho a la vida es garantizado constitucionalmente, no habiendo permiso legal para la interrupción de la gestación en el caso de malformación del nasciturus*¹⁹.

La existencia de varias otras anomalías fetales además de la anencefalia que pueden acabar en formas letales y la necesidad de su conocimiento y tratamiento isonómico por parte del Poder Judicial fueron también asuntos abordados en ocasión de la discusión de la ADPF 54 por parte del STF. El ministro Ricardo Lewandowski, que profirió un voto divergente, que fue acompañado por el ministro Cezar Peluso, entonces presidente de la Suprema Corte, mencionó la cuestión en su voto, sosteniendo que la decisión favorable al aborto de fetos anencefálicos tendría, en teoría, el poder de tornar lícita la interrupción de la gestación de cualquier embrión que ostente poca o ninguna expectativa de vida extrauterina.

Así, lo que aquí se sostiene es la importancia de ampliar el debate de esta cuestión en el ámbito de la sociedad civil y de sus legítimas instancias de representación, dado que, ante la decisión que es objeto de este trabajo, se hace necesario el tratamiento isonómico de situaciones en las que las chances de sobrevivir de los seres gestados son nulas o ínfimas. Por su relevancia, la cuestión merece una pronta y cautelosa reglamentación en la esfera del Poder Legislativo, con el fin de conferir la legitimidad, la certeza y la seguridad jurídica imprescindibles para el asunto y para que no se legitimen eventuales prácticas abortivas irresponsables.

Consideraciones finales

En ocasión de la discusión de la ADPF 54, el Supremo Tribunal Federal decidió, apoyándose en la incompatibilidad de la anencefalia con la vida plena extrauterina, que la anticipación terapéutica del parto, cuando existe un diagnóstico de esta anomalía, es un hecho penalmente atípico y no constituye aborto, dado que este tipo penal presume potencialidad de vida extrauterina.

La decisión favorable a la posibilidad de anticipación terapéutica del parto en casos de gestación de fetos anencefálicos no representa una obligación para la gestante, sino que sólo la faculta, amparada por el ordenamiento jurídico, impidiendo que se pueda hablar en términos de reproche social o de censura de la conducta de quien interrumpe un em-

barazo de feto inviabile. Como afirma Cezar Roberto Bitencourt, *la gestante sólo usará esta facultad si lo desea, lo que es muy diferente de su prohibición, impuesta por una norma jurídica forzosa, acrecentada con sanción criminal privativa de libertad*²⁰.

De esta forma, el reconocimiento de que, en Brasil, la expulsión voluntaria de un feto anencefálico no constituye aborto (delictuoso o no), sino un comportamiento atípico ante la ausencia de circunstancias elementales del crimen de aborto, ya que la denominada “muerte legal” equivale a muerte encefálica, implica conocer otros síndromes clínicos en los que la viabilidad fetal, así como la muerte encefálica, también se hacen presentes.

El Poder Judicial viene enfrentando el conocimiento de este asunto en algunas decisiones que involucran síndromes malformativos distintos de la anencefalia. Tales decisiones están casi siempre atravesadas por incertezas y desconocimiento específico sobre la cuestión, en la medida en que, muchas veces, no se posibilita el conocimiento pleno del asunto

o la amplia instrucción procesal, dado que el relativamente largo tiempo de tramitación se muestra incompatible con la necesaria urgencia del análisis del tema en los casos concretos. Muy probablemente, la decisión proferida en el contexto de la ADPF 54 dará lugar a un número creciente de pedidos, al Poder Judicial, de un tratamiento isonómico en casos con repercusiones médicas y sociales idénticas o muy similares a las ocasionadas por la anencefalia, razón por la cual la comunidad jurídica debe familiarizarse con esta cuestión todavía polémica.

Así, para que se privilegien la seguridad jurídica y la legitimidad del tratamiento de una cuestión que aún permanece delicada y tormentosa, la temática demanda un tratamiento jurídico isonómico y una reglamentación legislativa pormenorizada, de modo que sean conferidos los mismos derechos a las gestantes portadoras de fetos anencefálicos y a aquellas que llevan en el vientre fetos portadores de otras anomalías congénitas, pero que suponen el mismo resultado médico y psíquico aquí debatido.

Referencias

1. Brasil. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. [Internet]. 1940 [acceso 30 set 2015]. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm
2. Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 1ª Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70021944020, julgada em 28 de novembro de 2007. (Publicada no Diário da Justiça. Porto Alegre, 17 jan. 2008). [Internet]. 2007 [acceso 23 jun 2014]. Relator Desembargador Manuel José Martinez Lucas. Disponível: <http://www.tjrs.jus.br>
3. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal; 1988.
4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Anencefálicos. [internet]. Brasília; 26 e 28 ago 2008-4 set 2008 [acceso 24 maio 2015]. 14 vídeos. Disponível: https://www.youtube.com/playlist?list=PLippyY19Z47vGsw8_FF1gBWqzkSv7njE2
5. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 do Distrito Federal. Inteiro teor do acórdão. [Internet]. 12 abr 2012 [acceso 12 abr 2014]. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>
6. Brasil. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. [Internet]. 1997 [acceso 30 set 2015]. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm
7. Hungria N. Comentários ao Código Penal: artigos 121 a 136. Vol. 4. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; 1958. p. 297.
8. Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.989, de 14 de maio de 2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. (Publicada no Diário Oficial da União. Brasília, p. 308, 14 maio 2012. Seção 1). [Internet]. 2012 [acceso 30 set 2015]. Disponível: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf
9. Brasileiro-Filho G. Bogliolo: patologia. 6ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan; 2000.
10. Panisson IA. Estudo comparativo entre a ultrassonografia pré-natal e a necropsia no diagnóstico de anomalias congênitas [dissertação]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Medicina, Programa de Pós-Graduação em Medicina; 2008.
11. Cotran R, Kumar V, Collins T. Robbins patologia estrutural e funcional. 6ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan; 2000. p. 1160.
12. Jones KL. Smith's recognized patterns of human malformation. 6ª ed. Filadélfia: WB Saunders; 2006. p. 608.
13. Amorim MMR, Vilela PC, Santos ARVD, Lima ALMV, Melo EFP, Bernardes HF *et al*. Impacto das malformações congênitas na mortalidade perinatal e neonatal em uma maternidade-escola do Recife. Rev Bras Saúde Matern Infant. 2006;6(Supl 1):S19-S25.

14. Noronha L, Prevedello LMS, Maggio EM, Serapião MJ, Bleggi-Torres LF. Displasia tanatofórica: relato de dois casos com estudo neuropatológico. *Arq Neuropsiquiatr*. 2002 mar;60(1):133-7.
15. Valadares ER, Carneiro TB, Santos PM, Oliveira AC, Zabel B. What is new in genetics and osteogenesis imperfecta classification? *J Pediatr (Rio J)*. 2014;90(6):536-41.
16. Gilbert-Barnes E. Chapter 11: Chromosomal Abnormalities. *In* Gilbert-Barnes E., Potter, EL. (editors). *Potter's pathology of the fetus and infant*. Vol. 2. 4ª ed. St. Louis: Mosby; 1997. p. 388-432.
17. Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 11ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0027.08.157422-3/001, julgada em 25 de junho de 2008. [Internet]. 2008 [acesso 17 maio 2014]. Relator Desembargador Fernando Caldeira Brant. Disponível: http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=27A2F16D63372AEC9C01B34BC476C90D.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0027.08.157422-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar
18. Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 16ª Câmara Criminal. Habeas Corpus nº 0046549-25.2010.8.26.0000, julgado em 8 de junho de 2010. [Internet]. 2010 [acesso 16 maio 2014]. Relator Desembargador Edison Brandão. Disponível: <http://brs.aasp.org.br/netacgi/nph-brs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=53&r=1045&s1=&s2=sp&u=/netahtml/aasp/aasp1.asp>
19. Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 16ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0166.05.008655-1/001, julgada em 14 de setembro de 2005. [Internet]. 2005 [acesso 16 maio 2014]. Relator Desembargador Batista de Abreu. Disponível: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0166.05.008655-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>
20. Bitencourt CR. *Tratado de direito penal*. Vol. 2: Parte especial – Dos crimes contra a pessoa. 2. 8ª ed. São Paulo: Saraiva; 2008. p. 155.

Participación de los autores

Los autores contribuyeron igualmente en las investigaciones médicas y exámenes necroscópicos dos casos, así como en la redacción y revisión del artículo. Luciana de Paula Lima Gazzola participó en la elaboración de la parte jurídica del trabajo y de la búsqueda jurisprudencial.

Recebido: 28.6.2014

Revisado: 31.8.2015

Aprovado: 4.9.2015