

UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

FACULTAD DE DERECHO.

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS INTERNACIONALES E

HISTÓRICAS Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

PROGRAMA DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS.



TESIS DOCTORAL

LA PROTECCIÓN PENAL DEL NASCITURUS Y EL DELITO DE LESIONES AL

FETO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ANÁLISIS DE SU REGULACIÓN

ACTUAL.

THE PENAL PROTECTION OF THE UNBORN CHILD AND THE CRIME OF
INJURY TO THE FETUS: HISTORICAL BACKGROUND AND ANALYSIS OF ITS

CURRENT REGULATION.

Doctoranda: Evangelina Vicente Martínez

Director: Prof. Dr. D. Manuel Torres Aguilar.

Córdoba, Julio 2022.

TITULO: *LA PROTECCIÓN PENAL DEL NASCITURUS Y EL DELITO DE LESIONES AL FETO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ANÁLISIS DE SU REGULACIÓN ACTUAL*

AUTOR: *Evangelina Vicente Martínez*

© Edita: UCOPress. 2022
Campus de Rabanales
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A
14071 Córdoba

<https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/>
ucopress@uco.es



TÍTULO DE LA TESIS:

LA PROTECCIÓN PENAL DEL *NASCITURUS* Y EL DELITO DE LESIONES AL FETO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ANÁLISIS DE SU REGULACIÓN ACTUAL

DOCTORANDO/A:

EVANGELINA VICENTE MARTÍNEZ

INFORME RAZONADO DEL/DE LOS DIRECTOR/ES DE LA TESIS

(se hará mención a la evolución y desarrollo de la tesis, así como a trabajos y publicaciones derivados de la misma).

La presente tesis se ha desarrollado bajo mi dirección, cumpliendo con todas las indicaciones que le han sido realizadas por mí. La doctoranda ha realizado un trabajo coherente con el título indicado y haciendo especial hincapié en los antecedentes histórico-jurídicos de la siempre polémica y compleja regulación de la protección a la figura del no nacido.

A tal efecto ha realizado un estudio del estado de la cuestión, ha expuesto la metodología investigativa utilizada para pasar a continuación al análisis histórico jurídico del tema propuesto. Después ha abordado la dogmática de la cuestión, y en análisis conceptual, tipológico, grados de participación, error, causas de justificación, penología y los demás elementos del tipo delictivo. Para profundizar en el tema ha analizado otros posibles comportamientos próximos a la conducta penal descrita que pueden tener repercusión penal ante el avance de la ciencia actual.

Como trabajo editorial previo a la finalización de la Tesis Doctoral la doctoranda tiene aceptado para su publicación el siguiente artículo, que aborda una cuestión tratada en la citada tesis:

VICENTE MARTÍNEZ, Evangelina, “*Especial relevancia del consentimiento emitido por la gestante en el delito de lesiones al feto*”, Manuel Bermúdez Vázquez y José Carlos Ruíz Sánchez **Humanismo poliédrico. Nuevas apuestas de estética, arte, género y ciencias sociales**”. EDITORIAL DYKINSON, Madrid, 2022, ISBN 978-84-1122-079-8.

La editorial Dykinson en el ránking SPI en Humanidades y Ciencias sociales, en Derecho en el puesto nº 5 de un total de 36 editoriales españolas que aparecen en el mismo:

http://ilia.cchs.csic.es/SPI/prestigio_sectores_2018_2.php?materia=Derecho&tabla_esp=spi_editoriales_derecho&tabla_extr=spi_editoriales_derecho_ex

Por todo ello, se autoriza la presentación de la tesis doctoral.

Córdoba, __30__ de _____ junio _____ de _____ 2022 _____

Firma del director

Fdo.: _____

A mis padres, por los sacrificios realizados, porque siempre están ahí y siempre estarán en mi corazón.

A Carlos Landauro Comesaña, con quien todo se sustituye por inmensa felicidad y con quien todas las penas se suspenden.

Agradecimientos:

A mis Maestros, los insignes profesores, D. Manuel Torres Aguilar y D. Jacobo Barja de Quiroga López, de quienes tanto he aprendido y aprendo, por su humildad y generosidad intelectual.

A Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, por sus consejos, apoyo incondicional y comprensión en todo momento.

A mi familia cordobesa, por su amabilidad, su cariño y su ayuda que han facilitado la realización de la tesis.

“Despacito y buena letra, que el hacer las cosas bien, importa más que el hacerlas”.

Antonio Machado.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
II. ESTADO DE LA CUESTIÓN	7
IV. MATERIAL METÓDOS	12
V. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	13
VI. CONCEPTO DE FETO	16
VI.1 Origen: Protección del Feto.....	16
VI.2. Terminación: Nacimiento.....	42
VII. EL CONCEPTO DE LESIÓN	53
VII.1. Antecedente:.....	53
VII.2. Concepto de Tratamiento Médico.....	79
VIII. ANALISIS DEL CONSENTIMIENTO	95
VIII.1. Naturaleza Dogmática.....	95
VIII.2. Requisitos del consentimiento.....	101
VIII.3. El consentimiento presunto.....	111
VIII.4. El consentimiento en las lesiones.....	113
VIII.5. El Consentimiento en el Delito de Lesiones al Feto.....	122
IX. TIPO DOLOSO Y TIPO CULPOSO	130
IX.1- Conducta Típica.....	130
IX.3. El delito de omisión.....	152
X. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	192
X.1. Dominio del hecho.....	192
X.2. Autoria en el delito de lesiones al feto.....	195
X.3. La autoria mediata.....	201
XI. CONCURSO EN EL DELITO DE LESIONES AL FETO	203
XII. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN	221
XII.1. Tentativa.....	221
XIII. ERROR	223
XIV. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	225
XV. PENAS	230
XVI. DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE LESIONES AL FETO Y EL DELITO DE MANIPULACIÓN GENÉTICA	233
XVI.1. Regulación en el Código Penal de 1995.....	233
XVI.1. Manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo y con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves (artículo 159.1 y 2).....	233

XVI.2. Autoría.....	241
XVI.3. Tipo Objetivo.....	243
XVI.4. Tipo Subjetivo.....	257
XVI.5. Tipo Imprudente.....	259
XVII.1. La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana queda regulada en el artículo 160.1 CP.....	262
XVII.2. Fecundación de los óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana (artículo 160.2).....	263
XVII.3- Creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza (artículo 160.3).....	265
XVIII- PRÁCTICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN UNA MUJER SIN SU CONSENTIMIENTO (ART.161).....	267
XIX. SANCIONES.....	270
XX. LA RESPONSABILIDAD CIVIL QUE DERIVA DEL DELITO.....	272
XX.1. Introducción.....	272
XX.2. Principios que rigen en la Responsabilidad Civil.....	272
XX.3. La Constitución, los Derechos Fundamentales y la “Responsabilidad Civil”, que surge de la Infracción Penal.....	275
XX.4. La Responsabilidad Civil derivada del “Delito de Lesiones al Feto”.....	276
XX.5 CASO CONTERGAN EN ESPAÑA.....	286
XXI. CONCLUSIONES.....	291
BIBLIOGRAFÍA.....	295

**UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA DEPARTAMENTO DE CIENCIAS
JURÍDICAS INTERNACIONALES E HISTÓRICAS Y FILOSOFÍA DEL
DERECHO.**

Programa de Ciencias Sociales y Política.

LA PROTECCIÓN PENAL DEL *NASCITURUS* Y EL DELITO DE LESIONES AL FETO:
ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ANÁLISIS DE SU REGULACIÓN ACTUAL

RESUMEN

Doctorada: Evangelina Vicente Martínez.

Director: Prof . Dr . Don Manuel Torres Aguilar.

El objetivo de la investigación es determinar si el sistema legal tenía medios suficientes para garantizar la salud humana antes de que el Código Penal de 1995, entrara en vigor, para prevenir la agresión prenatal, y, o si existía una laguna punitiva. Así de forma expresa queda regulado en nuestro Código Penal de 1995, por primera vez, el delito de lesiones al feto, en los artículos 157 y 158 del Código Penal, que recogen el tipo doloso y culposo, respectivamente, de las lesiones al feto.

El delito de lesiones al feto, sirvió para fijar el término feto, porque ha sido preciso determinar, desde cuándo se puede hablar de feto, escogiendo la teoría del plazo, porque considero el inicio de la vida comienza a partir de los tres meses desde un punto de vista doctrinal, lo que queda refrendado a través de la STS de fecha 11/4/1985. Asimismo, delimitado el concepto de feto, es imprescindible establecer la frontera con la persona, para saber, cuándo nos hallamos ante un ser nacido, y desde el punto de vista médico el nacimiento normal comienza con las <<labores partorientum>>, así es que el conocimiento del parto pone fin al estadio fetal y se constituye en persona lo que antes era *nasciturus*.

Se establecen los requisitos para prestar el consentimiento, capacidad de la persona que emite el consentimiento, emitirse antes de la acción del sujeto activo y mantenerse durante la ejecución libre (sin error ni engaño) e informado (escrito, oral de forma continuada, completa (medios del centro, alternativas del tratamiento). Se configura un delito de resultado que requiere causar una lesión o enfermedad que perjudique el normal desarrollo o provoque graves taras físicas o psíquicas. El artículo 158CP recoge el tipo básico del delito de lesiones al feto por imprudencia grave, que es aquella omisión de todas las precauciones o medidas adecuadas al menos, la más grave infracción

de normas elementales de cuidado, cuando la conducta crea un elevado peligro incontrolable o insuficientemente controlado al no emplear ninguna o escasa medida de control.

La sentencia alemana de fecha 18-12-1970, manifestó la necesidad de proteger la vida y la salud del feto, y, todo ello porque se recetó talidomida como sedante y antiemético a mujeres embarazadas, lo que produjo el nacimiento de niños con malformaciones en sus miembros (focomelia), y en algunos casos llegó posteriormente a producir la muerte.

Estos hechos también sucedieron en España, y se emitió <<RD con fecha 5 de agosto de 2010, cuyo objeto fue el reconocimiento de personas afectadas por la talidomida, durante el periodo 1960-1965>> .

Por lo tanto, son razones de política criminal, lo que conlleva a la regulación de las lesiones al feto en el Código Penal de 1.995. Ahora bien, existe una adecuación un poco problemática de las lesiones al feto cuando el niño fallece transcurrido varios años desde el nacimiento, a consecuencia de las lesiones causadas en el feto. Y, también se estableció en vía civil, la posibilidad de reclamar por los daños causados al *nasciturus*, reclamación que pueden efectuar los padres en nombre propio o en nombre del hijo, <<*wrougful birth*>>, porque el niño nace con graves taras, habitualmente por comportamiento imprudente, en la salud del feto que repercuten en *el nasciturus*, y <<*wrongful life*>>, siendo en estos supuestos, el hijo, quien ejercita la acción, contra el médico, alegando que de no haber nacido, no tendría que haber experimentado las malformaciones que padece.

**UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA DEPARTAMENTO DE CIENCIAS
JURÍDICAS INTERNACIONALES E HISTÓRICAS Y FILOSOFÍA
DEL DERECHO.**

Programa de Ciencias Sociales y Política.

**THE PENAL PROTECTION OF THE UNBORN CHILD AND THE CRIME OF
INJURY TO THE FETUS: HISTORICAL BACKGROUND AND ANALYSIS OF ITS
CURRENT REGULATION.**

Doctorada: Evangelina Vicente Martínez.

Director: Prof . Dr . Don Manuel Torres Aguilar.

ABSTRACT

The objective of the investigation is to determine whether the legal system had sufficient means to guarantee human health before the Penal Code of 1995 came into force, to prevent prenatal aggression, and whether there was a punitive loophole. Thus, it is expressly regulated in our Penal Code of 1995, for the first time, the crime of injury to the fetus, in articles 157 and 158 of the Penal Code, which include the intentional and negligent type, respectively, of injuries to the fetus.

The crime of injury to the fetus served to establish the term fetus, because it has been necessary to determine since when it is possible to speak of a fetus, choosing the term theory, because I consider the beginning of life begins after three months from a doctrinal point of view, which is endorsed through the STS dated 4/11/1985. Likewise, once the concept of fetus has been delimited, it is essential to establish the border with the person, in order to know when we are facing a born being, and from the medical point of view,

normal birth begins with the <<labores partorientum>>, that is that the knowledge of childbirth puts an end to the fetal stage and what was previously nasciturus is constituted in person.

The requirements are established to give the consent, capacity of the person issuing the consent, be issued before the action of the active subject and remain free (without error or deception) and informed (written, oral continuously, complete (means of the center, treatment alternatives). A result crime is configured that requires causing an injury or illness that harms normal development or causes serious physical or mental defects. Article 158CP includes the basic type of the crime of injury to the fetus due to recklessness serious, which is that omission of all precautions or adequate measures, at least the most serious infraction of elementary standards of care, when the conduct creates a high uncontrollable or insufficiently controlled danger by not using any or little control measure.

The German sentence dated 12-18-1970, stated the need to protect the life and health of the fetus, and all this because thalidomide was prescribed as a sedative and antiemetic to pregnant women, which produced the birth of children with malformations in its limbs (phocomelia), and in some cases it later caused death.

These events also happened in Spain, and <<RD was issued on August 5, 2010, whose purpose was the recognition of people affected by thalidomide, during the period 1960-1965>>.

Therefore, they are reasons of criminal policy, which leads to the regulation of injuries to the fetus in the Penal Code of 1995. Now, there is a somewhat problematic adaptation of the injuries to the fetus when the child dies several years after birth, as a result of the injuries caused to the fetus. And, in civil proceedings, the possibility of claiming for the Damages caused to the unborn child, claim that parents can make on their own behalf or

on behalf of the child, <<wrougful birth>>, because the child is born with serious defects, usually due to reckless behavior, in the health of the fetus that affect the unborn , and <<wrongful life>>, being in these assumptions, the son, who exercises the action, against the doctor, alleging that if he had not been born, he should not have experienced the malformations he suffers.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de la investigación es determinar si el sistema legal tenía medios suficientes para garantizar la salud humana antes de que el Código Penal de 1995 entrara en vigor, para prevenir la agresión prenatal, y ver si existía alguna laguna punitiva en la configuración del tipo que permitiese estas conductas. Así de forma expresa queda regulado en nuestro Código Penal de 1995, por primera vez, el delito de lesiones al feto, en los artículos 157 y 158 del Código Penal, que recogen el tipo doloso y culposo, respectivamente, de las lesiones al feto.

Todo esto se debe a que, por un lado, los últimos avances en medicina sobre todo en reproducción asistida e investigación del genoma humano, por un lado, propician que las personas tengan una comprensión más profunda del proceso biológico de la vida humana y la posibilidad de curar y prevenir enfermedades genéticas. Por otro lado, esto significa la fragilidad del *nasciturus*, porque si el diagnóstico prenatal se realiza en el embrión o el feto, o si se trata de la transfusión de sangre, la radiación o la intervención quirúrgica del feto, o si bien se realiza, la radiación al cuerpo de la mujer y los efectos de ciertas drogas y sustancias ingeridas por la madre, a veces son perjudiciales para el feto, sin olvidar la importancia del embrión o el feto en el campo de la investigación, o la experimentación de productos farmacéuticos, que en definitiva suponen nuevas formas de agresión contra la vida, la salud e integridad corporal del feto

Ante estas nuevas formas de agresión, se pensó en la posibilidad de tipificar el delito de lesiones al feto. Por lo tanto, no solo es necesario determinar si un ataque al embrión o al feto es un tipo de lesiones incardinable en los art.157 y 158 del Código Penal de 1995, sino también averiguar si este es el supuesto objeto de estudio actualmente.

También estudiaremos las agresiones producidas al feto y sus consecuencias diferenciando entre:

1. acciones prenatales con consecuencias prenatales.
2. acciones prenatales con consecuencias prenatales y postnatales y
3. acciones prenatales con consecuencias únicamente postnatales.

Además, si realizamos un seguimiento a través de la evolución histórica, lo que nos permite examinar las hipótesis de los fetos que sobrevivieron al aborto, pero murieron o sufrieron secuelas debido a lesiones o muerte materna. Estas hipótesis siempre han existido en el campo del aborto y se han tenido en cuenta en el delito de lesiones.

Así por ejemplo, examinamos que el delito de lesiones al feto cambió el sistema de protección penal de la vida y la salud, y, en el supuesto de que una persona con intención de producir el aborto consentido de una mujer, da inicio a la ejecución del tipo que establece su castigo, y esta ejecución por causas ajenas a la voluntad se perfecciona después del nacimiento, porque si ese niño fallece después del nacimiento a consecuencia de las lesiones tan graves, que se produjeron durante el embarazo de la madre, de tal forma, que las soluciones al supuesto mencionado, previas al C.Penal de 1995 eran: tentativa aborto en concurso ideal con homicidio imprudente, aborto consumado, o conducta atípica.

Fue a partir del CPenal de 1995, donde se reflejaron diferentes calificaciones: homicidio imprudente, tentativa aborto, aborto consumado, tentativa aborto en concurso ideal con lesiones al feto dolosa o imprudentes, tentativa aborto en concurso ideal con lesiones al feto y con homicidio imprudente, lesiones dolosas al feto en concurso ideal con homicidio imprudente.

Para concluir, fijar la responsabilidad civil, que se deriva de este delito, de tal manera, que el estudio teórico permita dar solución a supuestos prácticos.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Examinados los distintos Códigos Penales, no contamos con cuerpo legislativo para determinar el concepto y alcance de los artículos 157 y 158, del Código Penal de 1995. Tampoco en nuestro país, hasta el siglo XX, existía una doctrina consolidada para configurar la intervención penal ante lesiones al feto y, en materia jurisprudencial como veremos a continuación, tales supuestos han existido siempre y han sido castigados inicialmente como delito de aborto, destacando la “STC 11-4-85”, donde se produce un punto de inflexión, distinguiendo dos bienes susceptibles de ponderar por un lado, la protección de la salud del *nasciturus* y por otro la vida de la madre porque ambos pueden entrar en conflicto, es la evolución médica la que permite a la jurisprudencia examinar los distintos supuestos que se generan a nivel social, evolucionando con cada supuesto planteado. Pero donde surge este planteamiento es en Alemania y a raíz del “Caso Contergan”, Sentencia de fecha 18-12-1970, cuando se pone de relieve la necesidad de proteger la vida del feto, y todo ello porque se recetó talidomida como sedante y antiemético a mujeres embarazadas lo que produjo el nacimiento de niños con malformaciones en sus miembros (focomelia), y en algunos casos llegó posteriormente a producir la muerte. Es obvio, que estos avances en Medicina unas veces suponen una mejoría en la salud del feto, pero otras veces, como en el supuesto enunciado producen una agresión al feto, que también puede producirse en casos de terapia fetal o investigación terapéutica, por ello es preciso tutelarlos.

En consecuencia, son razones de política criminal, las que propician la figura legal del delito de lesiones al feto, por un lado, los avances de la medicina implican una nueva realidad que se traslada al Código Penal, contemplando un nuevo tipo de delito y posteriormente ese articulado se aplicará por los Tribunales al caso concreto, desarrollando de esta forma la Jurisprudencia.

Como hemos visto hasta ahora, antes del Código Penal de 1995 no existía una protección del feto, salvo el castigo doloso de aborto, ya que no había regulación en los casos de destrucción imprudente del feto, ni en los supuestos en que se agredía la salud fetal, de forma dolosa o culposa, lo que conlleva la impunidad.

Es a partir del “Caso Contergán”, cuando la doctrina comienza a plantearse la necesidad de la tipificar estas conductas como delito de lesiones al feto, y todo ello porque la evolución de la

Medicina distingue entre prembrión, embrión y feto, lo que en el campo del Derecho se traduce en distinguir entre las Teorías de la Concepción, de la Anidación y del Plazo, lo cual permite discernir entre delito de aborto, o delito de lesiones al feto. Además, si no se distingue entre un estadio u otro del embrión o feto tampoco podemos aplicar la relación de causalidad que, en el Derecho Penal, anuda la acción con el resultado y determina la existencia o inexistencia del delito.

Este caso de gran repercusión que se inició en Alemania, llevó a la doctrina a considerar la vulnerabilidad del feto y la falta de protección del mismo.

Además, hay que tener en cuenta el avance de la investigación y los descubrimientos a nivel genético que suponen que el feto, será sometido a las nuevas tecnologías y, por tanto, en algunas ocasiones puede ser objeto de agresión, lo que obviamente no supone enfrentarse a los avances de la Medicina, sino buscar la forma de proteger al feto en esta evolución Médica de forma proporcionada y en consonancia con la evolución social, distinguiendo también y diferenciando la protección del feto de los delitos relativos a la manipulación genética.

Después de la regulación realizada en 1995, existe poca jurisprudencia sobre el tema en cuestión a destacar la sentencia 22-01-1999 en materia penal y en civil STS de fecha 15-10-2015.

Por lo tanto, el estudio de esta tesis, trata de averiguar si esos ataques al feto debían permanecer impunes o si realmente existía vacío legal y, en consecuencia, se hace preciso, que una ley los prevea, regule y castigue, dando lugar a un nuevo tipo y si desde la regulación del delito de lesiones al feto, estos tipos se han aplicado a casos concretos o si tienden a derivarse a la vía civil que siempre es más amplia que la vía penal.

A destacar en materia penal a los siguientes autores:

Baima-Zagrebelski, *Percosse e Lesioni Personali*, Milán 1975. Concepto de lesión.

Borillo Daniel, "Derecho y Genética: la Perspectiva Genética", Informe Superior del Consejo de Investigaciones Científicas. Madrid 1994. Diferentes técnicas de diagnóstico prenatal.

Flores Mendoza, Fátima “El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal* n°43. Madrid 1996. Desarrollo de la tesis.

Gimbernat Ordeig, Enrique “Diatriba del Nuevo Código Penal”, *La Ley* Tomo III, año 1996. Diferencia de la agresión en el feto y en la persona.

Gracia Martín, Luis y Escuchurri Aisa, Estrella “Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética”, Valencia 2005, 1ª edición. Desarrollo de la tesis.

Gisbert Calabuig, José Antonio, y otro, *Tratado de Medicina Legal*, Barcelona, 2018, 7ª edición. Concepto médico-legal de lesión.

Higuera Guimerá, Juan Felipe, *El Derecho Penal y la Genética*, Madrid 1995, 1ª edición. Investigaciones en embriones objeto de carácter terapéutico, diagnóstico.

Kaufmann Armin “Tipicidad y causación en el proceso Contergán”, *Nuevo Pensamiento Penal*, n°1 Madrid 1973. Estudia la relación de causalidad entre acción y resultado.

Latorre Latorre, Virgilio, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia 2021, 23ª edición. Desarrollo de la tesis.

López Barja de Quiroga, Jacobo y otros “Contestaciones al programa de Derecho Penal, Parte Especial para acceso a las carreras Judicial y Fiscal”, Valencia 2015. Delimitación de feto y concepto jurídico-penal de persona.

Lütter Hans, *Medicina y Derecho Penal*, Traducción Enrique Bacigalupo, Madrid 1984, 1ª edición. Estudia la diferencia entre embrión y feto.

Orts Berenguer, Enrique, *Derecho Penal, Parte Especial*, Código Penal de 1995., Valencia 2019, 8ª edición. Desarrollo de la tesis.

Roca Trías, Encarna, “El Derecho Perplejo: los misterios de los embriones”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* n°1 1994. Estudia Informe Warnock, análisis del estatus del embrión.

Romeo Casabona, Carlos María, *El médico ante el Derecho*, Barcelona 1997, 1º edición. Técnicas de diagnóstico prenatal en embriones.

Romeo Casabona, Carlos María, *Códigos de Leyes sobre Genética*, Bilbao 1997.

La regulación legal en la manipulación genética.

Serrano Gómez, Alfonso, *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 2021, 6ª edición. Desarrollo de la tesis.

Valle Muñiz, José Manuel, *Código Penal y Leyes Especiales*, Barcelona 2019, edición 25ª. Diferencias entre delito de lesiones al feto y el delito de manipulación genética.

Mi tesis si bien está de acuerdo con los anteriores autores en la necesidad de tipificación del delito de lesiones al feto conclusión a la que se llegó en la doctrina alemana y española, en la presente tesis consideramos al feto desde un aspecto restringido (a partir de los tres meses), excluyendo el embrión preanidatorio para favorecer la investigación y el embrión posanidatorio, que facilitó la despenalización del aborto, y considerando persona desde el inicio de las labores *parturientum*. STS de fecha 22-1-1999.

Además, se trata de estudiar las lesiones causadas al feto que producen sus efectos después del nacimiento y comprobar que desde la tipificación de este tipo de delito y en concreto, desde la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la mayoría de los casos se encuadran en el art158CP., que regula los hechos cometidos de forma imprudente y por impericia o negligencia profesional y sí estos casos en la práctica en concreto “caso talidomida”, tiene un desarrollo en la vía civil que es más amplia, ya que en Derecho Penal, rige el principio de intervención mínima.

III. OBJETIVOS

Determinar a través de un análisis histórico, la necesidad de tipificar el delito de lesiones al feto para determinar la protección de la vida y la salud

Examinar la responsabilidad civil derivada del delito y dado el principio de intervención mínima del Código Penal, el acceso de los perjudicados a la vía civil que es más amplia, en materia de reclamación de indemnizaciones.

IV. MATERIAL METÓDOS

Estudio realizado a través de Bibliografía, Códigos de Leyes, Jurisprudencia.

Tampoco hay que olvidarse de la búsqueda a través del sistema Cendoj del Consejo General del Poder para aquellas Sentencias que marcan un punto de inflexión en el cambio jurisprudencial en la materia estudiada o que resultan relevantes para nuestro estudio

El método de trabajo ha sido deductivo.

V. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Durante el siglo XVI, y esencialmente los siglos XVII y XVIII, la generalidad de los autores, consideran como homicidio, la muerte ocasionada en un feto ya animado, de tal forma que cuando no existe animación según señala García Marín¹ “es considerada según la noción trascendentalista y teológica de este periodo como pecado grave”. Y, ello como afirma Tomás y Valiente² “este planteamiento doctrinal, en base al aborto no es sino un aspecto más del teologismo renacentista que afectaba a todos los órdenes de la vida y de la sociedad del momento”.

Partiendo de la codificación penal, el Código Penal de 1822, consigna la definición legal del delito como acto doloso diferenciado de la culpa como acto imprudente, que sólo se pena en los casos previstos de la ley, distingue entre dos formas de aborto en su artículo 639, el llevado a cabo con el consentimiento de la embarazada y el no consentido, sin embargo, no recoge como delito, las lesiones al feto.

Examinados los libros, títulos y capítulos del Código Penal de 1848, se regula el delito de aborto en los artículos 328 ,329, 330 y 331 pero no regula el delito de lesiones al feto; lo mismo ocurre en el Código Penal de 1.870, que regula el delito de aborto en sus artículos 425 a 428 y al igual que los anteriores, tampoco criminaliza las lesiones al feto.

García Marín³ manifiesta que “ tanto el Código Penal de 1822, de 1848 y las reformas de 1850 y 1870 no han tomado en consideración a la hora de establecer la pena del delito, aquella tradicional distinción de las Partidas de sí se había producido o no animación fetal, punto calve, para estipular una pena más o menos agravada”, y, esencial en el estudio del objeto de nuestra tesis para determinar desde cuándo se entiende cometido el ataque a la integridad y salud del feto.

Tampoco se contempla esta figura legal en los Códigos de 1928,1932,1944 y 1973.

1 García Marín, José María, *El aborto criminal en la legislación y la doctrina (pasado y presente de una polémica)*, Madrid 1980, 1ª edición, p.65

2 Tomás y Valiente, Francisco, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII, XVIII)*, Madrid 1.969, 1ª edición, p.112

3 García Marín, Jose María, *El aborto criminal...*,cit, p.222.

García Marín indica que “el Código Penal de 1944 regula el delito de aborto en el capítulo III, título VIII del Libro II, artículos 411 a 417, y que de una exhaustiva lectura del articulado se castigaba todo aborto provocado, es decir, no producido espontáneamente, así como cualquier práctica tendente a destruir el producto de la concepción en el vientre materno y todo ello porque el Código Penal levanta un muro protector de la vida del no nacido, desde el momento mismo de la concepción, como si se tratara de una realidad necesitada de una especial tutela por parte del Derecho. En ese sentido, se advierte que el bien jurídico que la Ley trata de proteger es el ser *in fieri*, la criatura en formación, sin especiales distingos establecidos sobre la base de una más o menos eventual separación entre etapas progresivamente configuradoras de un nuevo y verdadero ser humano”. Etapas que examinaremos cuando desarrollemos el concepto de feto regulado en el CP de 1995.

Ahora bien, según Huerta Tocildo⁴ el Código Penal de 1973, estima que las lesiones al feto, se resuelven como supuesto de aborto en el art. 411C Penal distinguiendo entre:

- a. Aborto con resultado de muerte o lesiones graves
- b. Delito imposible de aborto por inexistencia de objeto.
- c. Tentativa indidónea de aborto (empleo de medios inadecuados para producirlo o lesiones graves)”.

En los diferentes códigos penales enunciados siempre que existía una agresión, se encuadraba bien en el delito de lesiones, bien en el delito de homicidio o en el delito de aborto, distinguiendo entre los delitos contra la salud, en el delito de lesiones y los delitos contra la vida encuadrando delito de homicidio y aborto.

Aprobada por la Cortes el 31 de octubre de 1978 la Constitución Española cuyo artículo 15 abiertamente señala que “ Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...”, ha dado lugar a diversas e intensas polémicas ya que según García Marín “este precepto constitucional

⁴ Huerta Tocildo, Susana, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid 1997, 1ª edición, p.19

ha fustigado la sensibilización de quienes partidarios en cierta medida de la despenalización del aborto (o ciertos tipos de aborto), han reaccionado calificando tajantemente a la Constitución de antiabortista, así se ha considerado si en lugar de haber establecido el término todos debiera haberse hablado de todas las personas”.

Y, en consecuencia, García Marín⁵ “considera que si el bien jurídico que se trata de proteger es el feto, concurriendo al mismo tiempo el respeto a la vida y salud de la madre, parece prudente que se puede conseguir de dos formas: por un lado, limitando el tiempo en que el aborto puede ser realizado y, por otro lado, estableciendo ciertas indicaciones cuya presencia autoriza restrictivamente los supuestos en que la práctica abortiva puede realizarse, por considerar que en tales casos la progresión del embarazo puede causar daño a la madre”.

Así la LO 9/85 de 5 de julio introduce el art.417bis que a través de su articulado despenaliza el aborto en tres supuestos consolidando el sistema de indicaciones (médica, ética y eugenésica).

Hasta este momento, como hemos analizado los códigos penales protegían la vida y la salud a través de los delitos de homicidio, aborto y lesiones.

Un antecedente inmediato del delito de lesiones al feto en esta evolución histórica lo constituye el Proyecto de Código Penal de 23 de Septiembre de 1992, que regula lesiones al feto en los artículos 165 y 166 correspondiente al Título IV.

Por primera vez el delito de lesiones al feto se regula en el Código Penal de 1995, incorporando los artículos 157 y 158, ampliando la actuación punitiva, ya que se introduce un bien jurídico penal novedoso, cuál es, la salud e integridad del *nasciturus* y se da respuesta a la incriminación de las lesiones causadas al feto.

5 García Marín, Jose María, *El aborto criminal...*, cit, p.234.

VI. CONCEPTO DE FETO

VI.1 ORIGEN: PROTECCIÓN DEL FETO

El art.157 del Código Penal de 1995, utiliza el término “feto”, por lo que se hace preciso, examinar con cierto detenimiento el ámbito que dicho término abarca, ¿desde cuándo podemos hablar de feto? Y, ¿hasta cuándo cabe utilizar este término?

Para poder contestar a estas cuestiones es preciso adentrarnos en las diferentes teorías que pasamos a exponer.

VI.1.1. Análisis desde un punto de vista Jurisprudencial

Los Códigos Penales antes expuestos no se referían específicamente a los supuestos de lesiones al feto. No obstante, tales supuestos han existido siempre y han sido castigados como delito de aborto.⁶

Hay que destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de Abril de 1985,⁷ expresa que “la vida del *nasciturus*, es un bien jurídico protegido por el artículo 15 de la Constitución que puede entrar en conflicto con derechos relativos y valores constitucionales, como la vida y la dignidad de la mujer.

Estos conflictos no pueden contemplarse, tan sólo, desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. En la medida de que ninguno de estos bienes puede afirmarse con carácter absoluto, se impone su ponderación y armonización”.

6 La STS de fecha 11-10-1873, establece “las heridas que sufrió una madre embarazada y el feto de cuatro meses debido a una herida en el tubo intestinal, mortal de necesidad, que era continuación de la penetrante de vientre que su madre tenía en el hipocondrio izquierdo, que también produjeron la muerte, manifestando los considerandos que ha de castigarse la muerte del feto como delito de aborto aún cuando la expulsión del feto no se haya realizado”. En el mismo sentido la calificación jurídica que recogen las STS 30-7-1892, 5-8-1897, 7-5-1902, 27-9-1904.

7 La STC de fecha 11-4-1985, define “distintas etapas desde la concepción hasta el nacimiento, y reconoce que el embrión es titular de un derecho inviolable a la vida considerado como derecho a la colectividad y se confronta con el derecho a la vida de la madre, y, por tanto, debe ser contrapesado con este último, cuando se produce la situación de conflicto, por lo tanto se sigue la línea del contrapeso entre un derecho a la vida de la madre y un interés jurídico protegido, el del embrión”. Previa a esta Sentencia destacar las Sentencias de fecha 29-5-1965 del TS.

Así la protección del feto no es algo privativo del artículo 157 sino es común al delito de aborto.

En nuestra opinión la vida es un devenir, y los estados anteriores al nacimiento, merecen protección, pero no de la misma entidad que los que surgen a partir del nacimiento, es decir, de la vida en su plenitud.

La STS de fecha 5-4-1995⁸ reconoce la existencia del delito de lesiones al feto, de forma expresa, a pesar del vacío legal existente, ya que considera que “ las lesiones inferidas al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa a las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad, tanto del delito doloso como consecuentemente delito imprudente”.

Así la STS de fecha 22-1-1999⁹, considera que el ser humano cuyo nacimiento ha comenzado es persona, y no se debe hablar en este momento de *nasciturus*, y, manifiesta que “ el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y surge con el llamado periodo de dilatación y continua con el periodo de expulsión en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado.

Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto”.

8 En el presente caso, se condena a una matrona “por un delito de lesiones por imprudencia, por haber omitido poner en conocimiento del ginecólogo de guardia la situación de una parturienta con señales patentes de sufrimiento fetal. Según la sentencia, la matrona infringió las normas reglamentarias, advirtiendo los magistrados que los elementos de información que facilita el proceso permite advertir una grave negligencia por darse cita en el hecho, imprevisión e irreflexión meridiana y la infracción de las más elementales normas de cuidado”.

9 Esta Sentencia manifiesta que la Sentencia 746/96, de 23 de octubre “ya había señalado las diferencias existentes entre las concepciones biológicas y jurídicas que marcan la noción de la vida en el siglo XIX, de las que prevalecen actualmente, pues biológicamente es claro, que la vida existe desde la concepción y como vida humana en germen es protegida hasta el comienzo del nacimiento”. Por consiguiente, y así se infiere y se inicia su protección como persona. También alude a la Sentencia TS de fecha 9-6-1998 “que reforma el delito de lesiones operada por LO. 8/83, que significó, un cambio trascendental en la estructuración de los tipos penales que protegen la integridad corporal y la salud, puesto que se pasó de un sistema caracterizado primordialmente por describir determinadas formas de acción que implican explícitamente una actuación sobre el cuerpo humano (herir, golpear, maltratar de obra), a otro sistema en el que la forma de acción carece de caracterización especial. De esta forma lo decisivo es la causalidad respecto al resultado de menoscabo, de la integridad corporal o de la salud física o mental”. Previa esta Sentencia destacar Sentencia de fechas 29-3-88 y 1-4-1992.

Además, es importante destacar esta Sentencia, porque desde el momento en que se inicia el nacimiento, fija el concepto jurídico-penal de persona, y además que de esta forma, los derechos que proclaman los artículos 15 y 43 de CE, se materializan de forma efectiva, garantizando, no sólo la vida, y la integridad física sino también la salud.

VI.1.2 Desde un punto de vista legal

Las cuestiones relacionadas con el tratamiento jurídico de los embriones y fetos tienen una consecuencia de alcances incalculables y en los momentos actuales de la investigación. La cuestión se centra en saber si como consecuencia de los descubrimientos tecnológicos deberá en el futuro cambiar el concepto jurídico penal de persona.

Puede deducirse, por tanto, que la persona viene identificada con el cuerpo humano vivo. Y, ello plantea una serie de cuestiones que obligan a un estudio más profundo, sobre si debe considerarse que ha evolucionado el concepto de persona desde un punto de vista jurídico-penal, y, cuál, es que tenemos que utilizar, si realmente la pregunta debe responderse en forma afirmativa.

Así como la protección jurídica que debe darse al embrión a partir de la anidación. Porque a los efectos de considerar o no persona al concebido, obviamente no depende esencialmente de criterios biológicos, sino principalmente, de criterios socio-culturales.

Por tanto, si el derecho fundamental de la persona es la vida, porque sólo ésta le permite seguir siendo persona, y si el concepto de persona sólo está relacionado con el nacimiento, no parece una conclusión absurda limitar el derecho básico a la vida de las personas, es decir, a los nacidos, que es como se ha interpretado “el artículo dos de la Convención Europea de los Derechos del Hombre”. Por ello mismo, se ha interpretado este artículo, excluyendo el embrión de su campo de aplicación, considerando que la expresión *toute personne o everyone*, que aparece “en el artículo dos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable a los *nasciturus*”.

Podemos aludir al diferente tratamiento que, en la jurisprudencia anglosajona a los daños causados al feto, durante el embarazo; para solucionar esta cuestión se parte de que *el nasciturus*,

sólo adquiere personalidad y, por tanto, acciones para reclamar los daños causados, a partir del nacimiento y que incluso en los supuestos que se adquieren derechos por los daños causados, durante el embarazo o derechos hereditarios, éstos sólo son eficaces desde el nacimiento.

Nuestro Tribunal Constitucional define distintas etapas desde la concepción hasta el nacimiento “ya que la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia 53/1985, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la Constitución, porque como ya había afirmado la propia Sentencia en su fundamento jurídico quinto el sentido jurídico del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* esté protegido por el artículo 15 de la Constitución, aún cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental”.

De manera que nos encontramos, por un lado, con el embrión que es titular de un derecho a la vida, y, por otro lado, con el derecho a la vida de la madre, con el que llega a confrontar, y por ello, se tiende a solventar el conflicto generado, a través de un equilibrio y contrapeso entre el interés jurídico protegido del embrión y el derecho a la vida de la madre, otorgando dignidad a los dos casos estudiados.

En conclusión, parece imprescindible, solventar el interrogante planteado, desde un doble punto de vista: afirmar que el embrión está vivo, no conlleva que se le otorgue idéntico estatus jurídico que al ya nacido.

Así pues, hasta el nacimiento estamos ante un feto, ante un *nasciturus*, después del nacimiento, ante un neonato, ante una persona. Y, en consecuencia, desde un punto de vista doctrinal, será necesario determinar cuando aparece la vida humana independiente, ¿cuál es el concepto de *nasciturus*, desde un punto de vista civil? o, ¿qué entendemos por feto en materia penal?.

La Ley de 22 de Noviembre de 1982 de Reproducción Asistida en su Exposición de Motivos define los conceptos de preembrión, embrión, o feto, complementados con la “Ley 42/82 de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Organos. Teniendo en cuenta, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo que en le exposición de motivos establece: En el desarrollo de la gestación, tiene –como ha afirmado la STC 53/1985– una especial trascendencia el momento

a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre. El umbral de la viabilidad fetal se sitúa, en consenso general avalado por la comunidad científica y basado en estudios de las unidades de neonatología, en torno a la vigésimo segunda semana de gestación. Es hasta este momento cuando la Ley permite la interrupción del embarazo siempre que concurra alguna de estas dos indicaciones: que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, o que exista riesgo de graves anomalías en el feto. Estos supuestos de interrupción voluntaria del embarazo de carácter médico se regulan con las debidas garantías a fin de acreditar con la mayor seguridad posible la concurrencia de la indicación”

VI.1.3. Desde un punto de vista doctrinal

VI.1.3.1. Aspecto biológico

Lacadena¹⁰, expresa que “el ciclo vital de un ser humano se inicia a partir de la célula única (cigoto), formado por la fecundación de dos gametos (óvulo y espermatozoide), que tras el proceso de desarrollo dará lugar, a la formación del individuo adulto, el cual, al alcanzar la madurez sexual, producirá gametos; Indicando así un nuevo ciclo de reproducción sexual. En el proceso biológico de la reproducción humana se pueden diferenciar cuatro etapas que representan situaciones genéticas y embriológicas muy distintas; tales etapas son:

1ª.- Fecundación-cigoto.

2ª.- Cigoto -anidación.

3º.- Anidación-feto.

4ª.- Feto-nacimiento.

En este contexto me parece importante señalar tres aspectos relacionados con todo proceso biológico en general, y con el proceso de desarrollo en particular: un primer aspecto es el de continuidad, que imposibilita distinguir con exactitud el “antes” y el “después”.

¹⁰ Lacadena, Juan Ramón, *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*, Madrid 1989, 1ª edición, p.132.

El segundo aspecto hace referencia, sin embargo, a que la continuidad de los procesos biológicos es compatible con la emergencia instantánea de propiedades nuevas cualitativamente diferentes a las existentes en un momento anterior. Por último, el tercer aspecto se refiere a que el todo biológico no es igual a la suma de partes, indicando con ello el riesgo de la aplicación del reduccionismo en la biología”.

En relación con la primera etapa,¹¹ “se pasa de la existencia de dos realidades diferentes (los dos gametos) a una nueva realidad única (el cigoto). Sin embargo, es conveniente ya resaltar aquí el aspecto de la continuidad de los procesos biológicos a que se hacía referencia antes. Incluso en esta primera etapa, que es aparentemente la más clara en la problemática que nos ocupa, hay que señalar que el propio proceso de fecundación es largo y complejo desde que -después de atravesar la zona pelúcida que envuelve el ovocito- entra el espermatozoide en el citoplasma de la célula femenina liberando en su núcleo haploide hasta que se produce la fusión de los dos pronúcleos”.

La segunda etapa¹² “(cigoto-mórula-blastocito-anidación) es, la más crucial desde un punto de vista genético, en relación con la problemática de la reproducción humana, tanto en el aspecto del aborto como en las nuevas técnicas de reproducción asistida que implican la manipulación de embriones, que cuestiona la individualización del nuevo ser”.

En esta etapa, indica Lacadena¹³ “tras la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que ocurre en las Trompas de Falopio, el huevo fecundado inicia su camino hacia el útero, a la vez que se va dividiendo, alcanzándolo a los tres o cuatro días. Es decir, a la semana de haber ocurrido la fecundación es cuando el embrión, ya en estadio de blastocito, comienza a fijarse en las paredes del útero, tardando aproximadamente en concluir su fijación (anidación). Por consiguiente, puede aceptarse, como regla general que la anidación concluye unas dos semanas (catorce días), después de ocurrida la fecundación”.

11 Peris Riera, Jaime Miguel, *La Regulación en la Manipulación Genética*, Valencia 1995, 1º edición, p.62

12 Bedate Alonso, “Les études a finalité medicale sur l’embron” *Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotecchnologes* n°49, año1997, p.6

13 Lacadena, Juan Ramón, *Ingeniería Genética y...*, cit, p.236.

La Sociedad Alemana de Ginecología considera que “el embarazo comienza con el final de la anidación, no con la fecundación, de ahí la importancia de la anidación. Otros argumentan que hasta que el embrión no está anidado no es posible diagnosticar clínicamente el embarazo”.

Durante el principio de la tercera etapa¹⁴ “se produce la gástrula (del décimo-quinto al décimo-octavo) día, diferenciándose las tres capas germinales primitivas, de las que derivarán los tejidos y el futuro organismo. Durante la gastrulación, se formará el cerebro, continúa su desarrollo de modo que al final de la cuarta etapa se puede decir que ya ha adquirido el plano general del futuro ser, al final de la octava semana la diferenciación del sistema como sistema ha terminado: el embrión en esta fase es reconocible como humano”.

“Desde el estadio anterior y durante la cuarta etapa se produce el desarrollo fetal desde el tercero al noveno mes para dar lugar al nacimiento del ser humano”.

Los primeros catorce días desde que se produce la fecundación, que, coincide con la implantación del embrión, en la pared del útero, se denomina “preembrión”.

Así el apartado II de la Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, “se hace referencia a esta controversia terminológica, inclinándose por utilizar el término preembrión para designar el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero -acabado el proceso de implantación que se inició días antes- y aparece en él la línea primitiva”.

Mientras que por embrión propiamente dicho entiende “la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos cuya duración es de dos meses y medio más”, correspondiendo esta fase con la conocida como embrión postimplantatorio.

Los Consejos Europeos de Investigación Médica de nueve países (Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica) que

¹⁴ Borillo Daniel, “Derecho y Genética: La Perspectiva Genética” Informe Superior del Consejo de Investigaciones Científicas, Madrid, 1994 p. 9,10

en una comunicación sobre la “la fecundación humana *in vitro*, elaborada en una reunión que tuvo lugar los días cinco y seis de junio de 1986, bajo los auspicios de la Fundación Europea de la Ciencia, utiliza la expresión (un grupo de células denominado prembrión”.

Distinguimos las siguientes teorías doctrinales:

A) La vida humana comienza con la concepción. (Teoría de la Fecundación.)

B) La vida humana comienza con la implantación del embrión en la pared del útero. (Teoría de la Anidación).

C) La vida humana comienza a partir de los tres meses. (Teoría del Plazo).

A) La vida humana comienza con la concepción (Teoría de la fecundación).

- La Iglesia Católica considera que “la vida comienza con la concepción”.

La obtención del concepto de personalidad, inicialmente, determinaba la protección penal de la vida humana, y a través de la influencia cristiana se reconoció el carácter de persona independiente del sujeto miembro de una comunidad.

Como el ser humano se consideró creado por Dios, a su imagen y semejanza, era necesario, determinar, el momento de la animación. Así para el teólogo De la Fuente Hurtado¹⁵, “extinguir la vida de un ser o vida en ciernes, como sucede en el aborto supone también un alma creada por Dios”, por ello indica García Marín¹⁶ “que planteada en estos términos la cuestión aborto, sobrepasa los límites materiales y temporales o jurídicos para elevarse en consideraciones de raíz metafísica y puramente espiritual”.

15 De la Fuente Hurtado, Diego, *Theología reformata*, Hispalis 1689, Dissert. XXII, cap. II, p.523-527

16 García Marín, Jose María, *El aborto criminal...*, cit, p.69 a78.

El momento de la animación, en torno a las doce semanas de la gestación, supuso un avance cualitativo, puesto que se pasó del producto de la concepción al carácter humano, según la escolástica tomista.

Por lo tanto, en esta época, se amplía al feto, la protección penal, al considerarlo persona, porque, aunque no se protegió la vida, desde el momento de la gestación, no es menos cierto, que se anticipa a momentos anteriores al nacimiento, desde un punto de vista ético-jurídico.

Aún manteniéndose la distinción entre feto animado e inanimado, lo que variaba, según el sexo, la protección del feto inanimado, suponía unas consideraciones penales considerablemente inferiores. El jurista Alfonso de Azevedo¹⁷, en los comentarios de la Nueva Recopilación, en el título relativo al homicidio, “planteó esta cuestión indicando que el aborto provocado a un feto inanimado sitúa al culpable dentro de la calificación jurídico-penal de los homicidas. De hecho, teólogos y moralistas coincidieron y estimaron como causante de homicidio con su doble consecuencia espiritual y temporal al autor o autores, así como a los demás participantes, en un aborto procurado voluntariamente”.

Por lo tanto, en esta época, se amplía al feto, la protección penal, al considerarlo persona, porque, aunque no se protegió la vida, desde el momento de la gestación, no es menos cierto, que se anticipa a momentos anteriores al nacimiento, desde un punto de vista ético-jurídico.

Fue a partir de la Encíclica *Apostolicae Sedis* de Pío IX cuando “La Iglesia Católica considera que la vida humana comienza desde el instante mismo que el espermatozoide se encuentra en su camino al óvulo y lo fecunda”. Manteniéndose esta consideración en las Encíclicas de Juan XXIII, “*Mater et Magistra*”, de quince de mayo de 1.961 y “*Pacem in Terris*”, de 11 de abril de 1.963. En el Concilio Vaticano II, se formula la siguiente declaración: “Todo lo que se opone a la vida misma, como toda especie de homicidio, el genocidio, el aborto, la eutanasia, y aún el suicidio deliberado; todo lo que constituye una violación de la integridad de la especie humana, como las mutilaciones, la tortura física o moral, las coacciones psicológicas; todo lo que ofende a la dignidad del hombre, como las condiciones infrahumanas de vida, encarcelamientos arbitrarios, deportaciones, la esclavitud, prostitución; aún mas las condiciones de trabajo degradantes que

¹⁷ Alfonso de Azevedo, en García Marín, Jose María, *El aborto criminal...*, cit, p.65

reducen a los trabajadores al rango de puros instrumentos, sin consideración a su personalidad libre y responsable; todas estas prácticas y otras análogas, son en verdad infames. Al tiempo que corrompen la civilización, deshonran más a los que las realizan que a los que las padecen e insultan gravemente al honor del creador”.

Laurenzo Copello¹⁸, considera que “ en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, aquél constituye una realidad nueva y distinta con una potencialidad propia y una autonomía genética, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético.

Manifestando que al centrar el incremento en la valoración social de la vida en los fenómenos biológicos, se está refiriendo únicamente a ciertas transformaciones propias del desarrollo de todo ser humano, excluyendo así cualquier relativización valorativa fundada en diferencias individualizadas, en grados de calidad vinculados a las características físicas o psíquicas de cualquier individuo y que ha sido precisamente la experiencia histórica, junto al asentamiento de ideas democráticas y su inseparable respeto por los miembros de la sociedad en su carácter de seres individuales, lo que ha llevado a que en la actualidad se rechace cualquier relativización de la vida humana fundada en preteridos parámetros de calidad”.

El reconocimiento de cierta facultad de selección al cuerpo social implica, en última instancia, aceptar el sometimiento de los individuos de la comunidad, es decir, la disponibilidad social de la vida individual, punto de vista que considera incompatible con un Estado que tiene al individuo como eje central y principal destinatario de toda organización.

En segundo lugar, expresa, que es necesario advertir que no toda transformación biológica del ser humano repercute necesariamente en un cambio valorativo de la vida. Según Laurenzo Copello¹⁹ “si se postula el aumento gradual del valor de la vida humana durante el proceso de gestación, al incrementarse el valor de la vida del *nasciturus* con el transcurso del tiempo, el valor de los intereses en juego se iría acercando cada vez más hasta llegar un momento que prevalecería la vida en gestación, se trata en ese sentido de una consecuencia legal de la ponderación favorable a

18 Laurenzo Copello, Patricia, *El aborto no punible*, Barcelona 1990, 1ª edición, p.77 a 79.

19 Laurenzo Copello, Patricia, *El aborto...* cit., p. 80.

la vida del *nasciturus* a partir de cierto momento temporal, variable en cada indicación, en función de la diversa importancia de los intereses opuestos en cada una de ellas, siendo discutible que la sociedad valore más al no nacido desde que se inicia la actividad cerebral, o desde que éste adquiere forma humana, en verdad, las limitaciones temporales impuestas por las diversas legislaciones, se pueden explicar suficientemente a través de otros criterios que en nada afectan al valor -siempre relativo, pero no necesariamente cambiante- de la vida en gestación”.

Para Gracia Martín²⁰ es en el momento de la concepción cuando surge el proceso de organogénesis que ha de llevar a la conformación de un ser con elementos anatómicos - fisiológicos y substrato psíquico que se desarrollarán de una determinada manera, y estarán dispuestos a diversos peligros, cuya realización material condicionará dicho desarrollo y, en definitiva, el nivel de integridad física y de su salud física y mental de ese ser”.

Apoyándose esta postura en que el óvulo fecundado es portador de todo material genético y tiene capacidad de desdoblamiento y reproducción.

No obstante, hay que indicar que el óvulo capaz de iniciar el proceso de desdoblamiento celular, no es un elemento potencial idóneo de la vida hasta alcanzar la anidación. Asimismo, no deslinda la anticoncepción, del aborto, y no contempla la definición de preembrión “de la Ley 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida Humana, la cual considera, que el óvulo fecundado puede ser destruido en los catorce días siguientes a la fecundación”.

B) Teoría de la anidación

Valle Muñoz²¹ expresa que “el embrión humano comienza con el concepto de anidación del óvulo fecundado en el útero materno, siendo susceptible desde este momento de tutela penal mientras que el preembrión no presenta las características de individualidad y viabilidad suficientes para hacer practicable su tutela penal, y ni siquiera la protección administrativa y penal sobre la fase preembrionaria tienen por objeto la integridad del propio prembrión, sino que persiguen tutelar intereses jurídicos de la más alta consideración”.

20 Gracia Martín, Luis, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Valencia 2005, 1ª edición. p. 20 y 21

21 Valle Muñoz, José Manuel, *Código Penal y Leyes Especiales*, Barcelona 2019, edición 25ª, p.89 y 90.

C) La vida humana comienza a partir de los tres meses. (Teoría del Plazo)

Otra perspectiva distinta, es la doctrina del plazo suscrita por Muñoz Conde²² “quien considera que el inicio a la vida es a partir de los tres meses o doce semanas, momento en que el feto comienza a tener figura humana y es viable”.

Postura que permite a la mujer abortar hasta el tercer mes, al acogerse un sistema de plazos, no desprotegiendo de forma absoluta el embrión, puesto que desde un punto de vista científico aparece en este momento la sensibilidad; sin embargo hay que manifestar que desde esta perspectiva, los derechos de la mujer son superiores a los del feto y tal y como ha declarado la Sentencia del Tribunal Constitucional 11 de Abril de 1985, la vida no comienza a partir de la apariencia humana, sino a partir de la potencialidad idónea. Refrendado a través de los principios de bioética que indican la distinta valoración en cada momento de la vida.

Nuestro rastreo de continuidad de la vida humana no puede retroceder más allá del periodo en que existe una identidad definida en el aspecto espacial, de donde podemos trazar las diferentes partes del cuerpo humano (aproximadamente el día dieciséis). El hecho de que en dieciséis días lleguen a ser discernibles las partes del organismo que se desarrollarán en cabeza, brazos y piernas, no prueba que el concepto repentinamente llegue a ser un organismo individual en esta etapa. El periodo de dieciséis días es tan sólo una de las muchas etapas del proceso continuo. En consecuencia, podemos indicar que con la anidación, la vida queda definitivamente individualizada, porque a partir de ese momento, nos hallamos ante una futura persona, una vida humana potencialmente persona, que podría ser objeto de manipulaciones, de diagnóstico prenatal, de ser influenciado por determinados fármacos, o de aplicación de radiaciones sobre el cuerpo de la mujer, y por tanto ser susceptible de lesión y, en definitiva sería el momento de inicio de la tutela penal.

La tercera postura, a la que nos adherimos, considera que el embrión es un ser humano en devenir, (una persona humana potencial) y en tanto que tal tiene derecho al respeto de su dignidad, lo que limita los experimentos susceptibles de ser practicados sobre él, puesto que si bien los no nacidos, no tiene derechos fundamentales, puesto que no son personas, la vida humana del

²² Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia 2021, 23ª edición, p.120 a 125.

nasciturus, es un valor protegible también penalmente, y el valor de esta vida tiene un valor mayor o menor dependiendo del momento en que nos encontremos.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, “declara que: el niño tiene necesidad de un proyecto jurídico apropiado “antes o después del nacimiento”.

El informe Warnock de 1984, ha sido precursor legislativamente en investigación embrionaria. Dicho informe fue emitido por el Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriología Humanas, establecido por el Gobierno Británico.

Este informe²³ “establece que una vez que la fertilización ocurre, el proceso de desarrollo subsecuente continúa de uno u otro en orden sistemático, dirigiéndose hacia una división, a la mórula, blastocito, el desarrollo del disco embrionario y así a características identificables dentro del disco embrionario tales como rasgo primitivo, pliegue neuronal, y tubo neuronal”.

Sutton²⁴ manifiesta que “la doctora Anne McLaren considera que el producto inicial de la concepción no es el mismo ser individual que el subsiguiente feto e infante”. Diferenciando preembrión, de embrión, y feto, fijando un plazo de catorce días para la investigación embrionaria, puesto que la fertilización inicia sólo la división celular en la vida individual, ya que su argumento se basa en la totipotencia, o falta de diferenciación de las primeras células, puesto que las células después de la fertilización permanecen sin diferencia y son capaces de desarrollarse, ya sea en tejido fetal o en tejido extra-embriónico.

Por ello distinguimos entre el *preembrión* o fase anterior a la anidación, fase que comprende desde el momento de la fecundación del óvulo hasta catorce días después, periodo en que la falta de la individualización e incertidumbre en torno a su desarrollo embrionario, es evidente, y, se trata de evitar o prohibir manipulaciones ilícitas sobre preembriones para lograr una tutela jurídico-penal; *embrión* como aquella fase que comienza con el fin de la anterior hasta unos dos meses y

23 “Warnock Report”, *Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*. Department of Health and Social Security, Londres 1984, p.65.

24 Agneta Sutton A diez años del informe Warnock: ¿Es el recién nacido una persona?”, *Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica*, nº 2, año 1997, p.208 a 210.

medio después, es a partir de este momento cuando se produce la formación de órganos y la última fase que es el feto, momento en que el embrión adquiere apariencia humana, siendo el periodo más avanzado del embrión humano, y por lo tanto potencialmente viable y susceptible de ser autónomo después del parto. En consecuencia, inicialmente objeto de protección penal, a mi juicio, será el embrión, dejando fuera de la protección de la norma, aquellas conductas donde la lesión se produce en la fase que comprende desde la fecundación hasta catorce días después, a fin de facilitar la investigación, pero asimismo hay que tener en cuenta, nuestra posición respecto de las diferentes teorías (teoría de la fecundación, anidación o de plazos), optando por ésta última según los fundamentos analizados a la hora de definir qué consideramos feto.

Valle Muñiz²⁵ expresa que “el embrión humano comienza con el concepto de anidación del óvulo fecundado en el útero materno, siendo susceptible desde este momento de tutela penal mientras que el preembrión no presenta las características de individualidad y viabilidad suficientes para hacer practicable su tutela penal, y ni siquiera la protección administrativa y penal sobre la fase preembrionaria tienen por objeto la integridad del propio preembrión, sino que persiguen tutelar intereses jurídicos de la más alta consideración”.

Mora Alarcón²⁶ manifiesta que “por feto, hay que entender siempre un embrión humano no desprendido del seno materno y viable, puesto que de acuerdo con los números tres y cuatro respectivamente del artículo cinco de la L.42/88 de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos: los embriones abortados, espontáneamente o no, serán considerados no viables por su grado de desarrollo a efectos de esa Ley y los fetos expulsados prematura y espontáneamente, y considerados biológicamente viables, serán tratados clínicamente con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital”.

Rodríguez Ramos²⁷ considera que “feto es el producto de la concepción, como exigía la jurisprudencia anterior, tanto si se trata de un feto viable como de un coágulo, fecundado por estar mujer gestante en los tres primeros meses de embarazo, pero en tanto no anide el óvulo fecundado en el endometrio no podrá considerarse objeto material idóneo, dada la aleatoriedad de que tal

25 Valle Muñiz, José Manuel, y otros, *Código Penal y Leyes especiales*, Madrid 2019, 25ª edición p.754 a 755

26 Mora Alarcón, José Antonio, *Suma de Derecho Penal y Derecho Especial*, Madrid 1996, 1ª edición p.321 a 323

27 Rodríguez Ramos, Luis, López Barja, Jacobo y Cobos Gómez de Linares, Miguel Angel, *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1996, 2ª edición, p.136.

anidación acaezca o no tras la fecundación del óvulo, que de ser expulsado sin anidar, morirá naturalmente”.

La Ley 35/85 no define que debe considerarse embrión desde el punto de vista legal, pero en la exposición de motivos se aclaran los términos empleados en el texto de la Ley de la forma siguiente:

1º) Preembrión: “grupo de células resultante de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero y aparece en él la línea primitiva”;

2º) Embrión: de acuerdo con la exposición de motivos citada, se considera embrión, “la fase de desarrollo embrionario que continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de órganos humanos y cuya duración es de unos dos meses y medio más”.

3º) Feto: constituye la “fase más avanzada del desarrollo embriológico, se conoce también el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente, preparándole para asegurar su autonomía después del parto”.

Roca Trías²⁸ afirma que” esta cuestión es importante a todos los niveles de discusión a los efectos de la determinación del tiempo a partir del cual la Ley no puede permitir la experimentación o fijación de los límites temporales para la implantación. O como dice la mencionada exposición de motivos de la Ley 35/88, recogiendo el sistema evolutivo mantenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 532/85:

Partiendo de la afirmación de que se está haciendo referencia a lo mismo, el desarrollo embrionario se acepta que en sus distintas fases son embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite

28. Roca Trías, Encarna, “El Derecho Perplejo: los misterios de los embriones”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* nº1, año 1994, p. 134.

ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones”.

El origen de este planteamiento se basa en la Sentencia 53/85, que, aunque se establece que existe vida biológica, no es menos cierto que indica que el tratamiento debe ser distinto. Así si partimos de la interpretación que el “Comité director de los Derechos del Hombre formula sobre el artículo dos de la Convención Europea relativa al derecho a la vida”, podremos llegar a proponer dos soluciones:

- 1ª) La solución alemana, consistente en considerar que la vida humana existe desde el momento de la anidación, centrado en el día catorce después de la fecundación.
- 2ª) La solución española e italiana, consistente en establecer un sistema distinto para la protección, independientemente de la declaración de la existencia o no de vida.

Por ello, para Roca Trías²⁹, “parece aceptable la conclusión del informe Warnock, de que con independencia de cuando aparece la vida, parece más adecuado avanzar en los problemas de cómo tratarse el embrión humano y que debiera otorgársele un estatus. Y éste es el método que utilizan las leyes españolas 35/98 y 42/88 y en este sentido deben ser interpretadas.

Así el valor que están protegiendo es el valor superior vida, lo que entiende Roca Trías que se demuestra en la siguiente disposición.

La manipulación de un embrión vivo debe obedecer a dos finalidades básicas: Las diagnósticas que sean necesarias para el buen desarrollo del feto y la salud de la futura persona.

Así se admite que la intervención con fines diagnósticos en el embrión vivo “no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello, es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear” (artículo 12.1 de la ley 35/88), afirmándose además que “toda intervención sobre

²⁹ Roca Trías, Encarna, “El Derecho Perplejo...cit. p. 136.

preembrión vivo, in vitro, con fines terapéuticos no tendrá otra finalidad que tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas” (artículo 13.1 de la Ley 35/88). Estas finalidades corresponden claramente a la protección del derecho a la salud que corresponde tutelar a la salud pública”.

Carbonell y González Cussac³⁰ siguen “la exposición de motivos de la L31/88, considerando preembrión desde la fecundación hasta los catorce días siguientes; embrión, desde la fase anterior hasta los dos meses y medio y feto, continuando la fase anterior hasta el nacimiento”.

VI.1.3.2. Aspecto genético

Lacadena³¹ manifiesta que “el desarrollo puede definirse como un proceso regulado de crecimiento y diferenciación resultante de la interacción núcleo - citoplásmica, del ambiente celular interno y del medio externo, de tal manera que en su conjunto de desarrollo constituye una secuencia programada de cambios fenotípicos (de apariencia externa), controlados espacial y temporalmente, que constituyen el ciclo vital del organismo”. De tal manera, que el cigoto es la consecuencia inevitable de la fecundación y desde ese momento, se origina la información genética que dará lugar a un nuevo ser, siempre y cuando no se produzcan alteraciones relevantes, o lesiones que impidan el desarrollo del mismo.

Latorre³² considera que “podría definirse a cualquier organismo o individuo como aquello que estructuralmente determina su ADN que sea. Aunque a primera vista esta definición puede parecer excesivamente determinista, no lo es en realidad, si se tiene en cuenta la definición de desarrollo antes indicada, puesto que la realización progresiva del programa genético contenido en el cigoto va a estar mediatizada por factores ambientales en mayor o menor medida, según sean los organismos, los caracteres y el tiempo de actuación de que se trate”.

Estas cuestiones nos plantean consideraciones relativas al estatus del embrión, puesto que, en el desarrollo humano intervienen factores culturales, además de los físicos, por ello se hace preciso

30 Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José Luis, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia 2019, 6ª edición, p.812,813.

31 Lacadena, Juan Ramón, *Ingeniería genética...* cit., p. 135.

32 Latorre Latorre, Virgilio, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia 1996, 1ª edición p.122.

responder a cuándo se considera el inicio de la vida humana, es decir, cuándo existen un grupo de células en activa división, nos encontramos ya con un ser individualizado o por el contrario, no se diferencia de cultivos de células usadas para diferentes análisis en la investigación o clínicos

En el terreno científico, y, esencialmente, desde un punto de vista genético, son necesarias dos características para que se produzca la individualización del nuevo ser y estas características son la unidad y la unicidad, la primera, supone una realidad que distingue de otra y la segunda, implica la cualidad de ser único, y, obviamente, estas dos características no se hallan en el futuro ser, antes de que se produzca la anidación.

En definitiva, estas cualidades del nuevo ser no están fijadas en el embrión hasta la terminación de la anidación.

Respecto a la cualidad de la unidad, (condición de ser solamente uno), hay que examinar la existencia comprobada de quimeras humanas; es decir, personas que realmente están constituidas por la fusión de embriones diferentes o dos cigotos distintos, diferenciándose del concepto mosaico, que supone en un individuo la existencia de más de una estirpe originadas después de la fecundación, por mutaciones génicas, o cromosómicas, en definitiva, por algún fenómeno de origen genético anormal, a diferencia de la quimera definida por la aparición de líneas celulares diferentes originadas a partir de distintas fuentes de fecundación.

Higuera Guimerá³³ considera que “por mismidad genética se entiende la condición genética de ser uno mismo o por el cual se es uno mismo. Es equivalente a identidad genética, concepto relacionado con la capacidad genética del organismo de distinguir lo “propio” de lo “extraño”. Para una mejor comprensión del concepto de identidad o mismidad genética puede ser conveniente hacer referencia a algunos aspectos inmunogenéticos. Los mecanismos de defensa de los organismos sirven para inactivar o eliminar elementos extraños por medios tales como la fagocitosis, la encapsulación, o la producción de sustancias solubles. Sin embargo, junto a estos mecanismos filogenéticamente antiguos, los vertebrados han desarrollado un sistema inmune extraordinariamente específico en el nivel molecular basado en la producción de anticuerpos o inmonoglobulinas.

33 Higuera Guimerá, Juan Felipe, *El derecho Penal y...* cit., p.179.

La respuesta inmune dentro de los vertebrados superiores puede consistir en una respuesta humoral, en la que se producen anticuerpos circulantes con especificidad hacia el antígeno que ha inducido su producción, y en una respuesta celular en los que los efectores son las propias células linfoides. En ambos tipos de respuesta se produce una proliferación de linfocitos B o T que reconocen el antígeno y reaccionan con él de manera específica. Una diferencia importante entre los linfocitos B y T es que los primeros se activan con la sola presencia del antígeno que le es específico, mientras que los linfocitos T sólo se activan si el antígeno está expuesto en la superficie de una célula que lleve además de “señas de identidad” del propio individuo. Tales “señas de identidad” están determinadas por su sistema principal de histocompatibilidad (MCH) codificado por un conjunto de genes situados en el cromosoma seis y que constituyen el denominado sistema HLA. Dentro del sistema HLA son especialmente importantes los genes de la clase I y de la clase II”.

Romeo Casabona³⁴ indica que “una característica fundamental del fenómeno inmune es la capacidad del organismo para reconocer cuando una macromolécula o cualquier posible antígeno es propio o extraño, de forma que sólo en este último caso pondrá en funcionamiento los mecanismos precisos para desarrollar un sistema inmune. No hay duda que, de alguna forma, los sistemas inmunológicos aprenden a reconocer sus propias moléculas en un proceso de aprendizaje que tiene lugar durante las primeras etapas de la vida, obviamente antes de que se desarrolle la respuesta inmune para las proteínas o antígenos extraños. A esta falta de respuesta inmune frente a cualquier antígeno presente ya en el organismo cuando éste inicia el desarrollo del sistema generador de anticuerpos o de células T se le llama tolerancia inmunológica; es decir, la capacidad de reconocer lo propio y no responder inmunológicamente”.

Si bien ha quedado reflejado la individualidad del ser futuro, cuando las características de unicidad y unidad, quedaban determinadas y esto sucedía aproximadamente el día catorce después de la fecundación, es el momento, de preguntarnos, cuándo en este ser en formación, actualiza su identidad genética, y esto sucede, cuando se sintetizan las proteínas correspondientes y los genes que contienen se expresan, en consecuencia, será en ese momento cuando quede determinada la identidad de un nuevo ser.

³⁴ Romeo Casabona, Carlos María, *Código de Leyes sobre Genética*, Bilbao 1997, 1ª edición, p. 98

Según los datos científicos, las proteínas de la clase II se expresan aproximadamente a las siete semanas desde la decundación del embrión, sin embargo, las proteínas de la clase I, se expresan a las ocho semanas, además hay que tener en cuenta que los genes que codifican las células se expresan a las doce semanas, con lo cual, hasta que no transcurran tres meses no estarán en funcionamiento todas las células.

Alonso Bedate³⁵ “en un intento de establecer un nuevo paradigma de comprensión entre el desarrollo embrionario y el individuo nacido, manifiesta que, para que exista suficiente conexión física entre realidad biológica (embrión), definible en términos de inviolabilidad y el término declarado como inviolable (individuo nacido), el embrión debe haber establecido, (en términos de potencia), a través de los procesos de crecimiento celular y diferenciación del sistema de complejidades del término reconocido como persona”.

Al objeto de realizar una valoración comparativa entre las distintas fases del cigoto (mórula, blastocito y gástrula), en relación al nuevo ser, Alonso Bedate establece la “diferencia entre información de tipo general e información transformante y entre información operativa e información genética:

1. Información de tipo general: se caracteriza porque mantiene una situación que ya ha sido definida. Por ejemplo, el oxígeno es necesario para que el cigoto, las células, ... el individuo adulto realicen sus actividades enzimáticas, pero no añade modificaciones nuevas ni interviene en procesos de diferenciación.
2. Información transformante: no mantiene una situación ya definida, sino que define en el tiempo, una situación que no existía en el comienzo del proceso. Como regla general, toda molécula que interactúa con cualquier otra y que a su vez origina una nueva situación o define un proceso constituye una información transformante.

35 Alonso Bedate, Carlos, “La Vida Humana: Origen y Desarrollo”, *Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica*, nº 2 año 1997, p. 108.

3. Información operativa: no debe identificarse con la información genética. Por ejemplo, una molécula química de origen extracelular (incluso sintética) puede alterar la expresión de los genes (información transformante)”.

Además, Alonso Bedate³⁶ distingue entre capacidad informacional y contenido informacional.

“Capacidad informacional, es la información que de hecho puede dirigir el desarrollo de un ser humano. Aunque el cigoto no tiene todas las células informativas para el desarrollo del embrión, sí posee las células que tienen el potencial de adquirir capacidad informativa.

Contenido informacional, es la información que corresponde a la que se usa para desarrollar un ser humano, pero que no está disponible en su estado presente para dirigir el proceso. Por ejemplo, aunque en el ADN de una célula epitelial está toda la información correspondiente al ser humano, sólo una parte está disponible para su utilización o expresión y esto hace que la célula sea una célula epitelial y no un embrión”.

En consecuencia, el desarrollo del cigoto, dependerá, en cada momento, de varios factores:

1. Progresiva actualización de su propia información genética.
2. Información que se origina *ex novo* durante el proceso embrionario.
3. Independiente información exógena del control del cigoto.

Todo ello implica que el cigoto, posibilita la creación de un ser humano diferente, pero en sí mismo, no reúne suficiente información para generarlo.

Afirma Lacadena³⁷ que “durante los primeros estadios de división cada blastómetro tiene la capacidad de dividirse y de originar por separado un blastocito. Pero llega un momento que esa

³⁶ Alonso Bedate, Carlos, “La Vida Humana Origen y... cit, p. 109 y 110

³⁷ Lacadena, Juan Ramón, *Ingeniería genética y...*, cit., p. 136.

capacidad se pierde, deteniéndose la división y comenzando otro proceso totalmente distinto: la diferenciación. A partir de cierto momento, el blastocito se desarrolla en el útero con absoluta dependencia psicológica de la madre, es el comienzo de la diferenciación embriónica. Es importante señalar que los blastómeros que dan lugar al trofoblasto o a las membranas extraembriónicas -por razón de haberse desarrollado en embriones completos- nunca han tenido la inviolabilidad propia del término (individuo nacido). Si bien los blastómeros que han de originar el embrioblasto sí la tienen y ello se debe a que durante la tercera semana (días quince a décimo-octavo a partir de la fecundación), se produce la gastrulación, formándose las tres capas germinales primitivas (ectodermo, mesodermo, y endodermo) de las que derivarán los tejidos y órganos del futuro organismo. Para Alonso, la gástrula *per se*, no posee, toda la determinación del sistema con respecto al término ni toda la información para la construcción del término.

En la cuarta semana, el embrión humano deja de tener las características generales de los vertebrados y empieza a ser reconocido morfológicamente como un embrión de mamífero. El final de la cuarta semana representa un estadio crucial, para la valoración biológica del embrión puesto que se adquiere el plano general del nuevo ser humano, representando un sistema en el que ya empieza a estar definido -aunque sea de forma inicial- el término ser nacido”.

Higuera Guimerá³⁸ indica que “a partir de entonces se producen constantes e intensas modificaciones en la histogénesis y morfogénesis del embrión humano, alcanzando el final de la octava semana un estadio de desarrollo tal que se han manifestado de forma primitiva casi todos los órganos del futuro ser nacido, permitiendo distinguir el embrión humano de otros embriones primates; es decir el embrión es reconocible como humano. A partir de ese momento comienza la etapa del desarrollo fetal”.

Según Alonso Bedate³⁹, “desde el punto de vista biológico, la realidad que cumple mejor las características de potencia actual con relación al término (individuo nacido) es el embrión de seis a ocho semanas. En este estadio como todos los órganos internos diseñados con especialización histológica, las características externas están ya establecidas, el mecanismo neuromuscular iniciado, y la diferenciación sexual histológica y organogenicamente dirigida; es decir, el sistema está

38 Higuera Guimerá, Juan Felipe, *El Derecho Penal y ...*, cit., p. 182.

39 Alonso Bedate, Carlos, “La Vida Humana...”, cit., p.112 y 113.

diferenciado en origen y lo que resta es la actualización en crecimiento del proceso diferenciante del sistema...Desde este momento y en adelante, la mayor parte de la información necesaria para realizar el proceso ontogenético será de tipo general capaz de conformar y mantener el sistema ya definido que emerge con las complejidades propias del humano”.

VI.1.3.3. Aspecto filosófico

Afirma Roca Trías⁴⁰ que” el artículo 43 de la Constitución, no aparece con un titular reconocido directamente, puesto que no se trata de un derecho fundamental, sino de unos de los principios rectores de la política general. En este sentido, se puede afirmar que la protección que se otorga al embrión, no sólo está dirigida a proteger la salud individual de un futuro ser vivo, sino que forma parte de la política general dirigida a mantener una población sana. En la regulación, sobre tratamiento sanitario relativo a los embriones no se parte de ninguna imposición derivada de la sanidad pública, sino que se parte de la actuación individual y particular sobre cada caso concreto, de donde hay que afirmar que la libertad individual de quien puede decidir está plenamente garantizada”.

Esta idea tiene su reflejo en la ley 42/88, pues el objetivo esencial, es que los tratamientos realizados a los embriones tengan como finalidad el bienestar del nuevo ser, lo que observamos de forma expresa, en las siguientes disposiciones:

“Toda intervención sobre el embrión en el útero o sobre el feto en el útero o fuera de él, vivo, con fines diagnósticos, no es legítima sino tiene por objeto el bienestar del *nasciturus* y el favorecimiento de su desarrollo” (artículo 12.2 de la Ley 35/88).

“Toda intervención sobre el embrión o feto en el útero vivo, o sobre el feto fuera del útero, si es viable, no tendrá otra finalidad terapéutica que no sea la que propicie su bienestar y favorezca su desarrollo” (artículo 13.2 de la Ley 35/88).

Evidentemente según Roca Trías⁴¹ ,” la idea de bienestar constituye uno de los conceptos abiertos que utiliza el legislador para permitir al intérprete la adaptación más ágil a los criterios

40 Roca Trías, Encarna, “El Derecho Perplejo: los misterios de los embriones”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº1 año 1994, p.135.

41 Roca Trías, Encarna, “EL Derecho Perplejo...”, cit., p.136.

propiciados por la conciencia social del tiempo en que las normas hayan de ser aplicadas conforme al artículo 3.1 del Código Civil y que en una materia tan cambiante como la que nos ocupa, deben ser tenidos muy en cuenta. La utilización de cláusulas de este tipo tiene ventajas, como la facilidad de adaptación ya señalada, pero también tiene graves riesgos y seguramente el más importante consiste en la posibilidad de la interpretación personal, que puede dar lugar a notables desviaciones de aquello, que la conciencia social considera aceptable en el campo de la investigación genética en el momento de la aplicación de la norma”.

Así la primera cuestión a tener en cuenta es la interpretación personal a la aplicación del artículo 3.1 del Código Civil, lo que no deja de suponer un riesgo, sin embargo, el bienestar del *nasciturus*, como concepto abierto, obviamente debe interpretarse a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/88, basándose por lo tanto en la protección de la vida y también de la dignidad humana.

Por lo tanto, son esenciales, dos requisitos, para lograr la protección jurídica de un embrión, el primero que el embrión esté vivo, y el segundo, no menos importante, que todos los tratamientos realizados sobre el mismo, tengan como objetivo el derecho a la salud, que en cierto sentido es parte de la dignidad humana, de tal manera, que se respete el art.10.1 de la CE., que consagra el libre desarrollo de la personalidad.

Es por ello, que se diferencian las leyes 35/88 y 42/88: Así en la Ley 42/88 se parte de la idea de inviabilidad del embrión a diferencia de la ley 35/88, que considera que el embrión está vivo, de ahí que sean factibles, determinadas manipulaciones en el embrión, cuyo límite se halla en la vida del mismo, lo cual tiene su reflejo en el artículo “2.e) de la Ley 42/88 que exige que los embriones o fetos objeto de la donación sean clínicamente no viables o estén muertos, para permitir su donación o utilización para las finalidades previstas en el artículo 1 de la mencionada Ley, que son las diagnósticas, terapéuticas, de investigación y experimentación. La vida, posible o probable, es el límite a partir del cual se permitirán o no determinadas manipulaciones”.

En consecuencia, para la protección jurídica del embrión, es preciso, que sea viable, y, ello supone que nos encontramos ante una fase del proceso descrita por el Tribunal Constitucional, en lo que denominamos estatuto jurídico del embrión, lo cual implica que cualquier tratamiento o

manipulación realizada sobre el mismo, que regula el art 16 de la L35/88, tengan como finalidad la salud, lo que supone, que los artículos 12,13 y 15 de la Ley 35/88 responden al anterior planteamiento.

El art.43 de la CE consagra el derecho a la salud, para los seres vivos,y, por ello hay que entender que esta protección alcanza tanto el embrión viable como las diferentes técnicas utilizadas sobre el genoma.

Indica, Roca Trías⁴² “que el derecho a la salud, pues, entra dentro del complejo de situaciones jurídicas el Estado debe garantizar al bien jurídico protegido, que en este caso es el embrión, porque estima que lo más importante a los efectos del derecho no es saber cuándo empieza la vida, sino cuándo hay que protegerla y cómo debe hacerse. Y por ello la existencia de vida y la combinación con la viabilidad determinan la aplicación de una determinada normativa; la inexistencia de vida o la no viabilidad permiten la experimentación, y la condición necesaria es que se trate de embriones clínicamente no viables o que estén muertos según artículo 2 e) de la Ley 42/88, lo que se repite en el artículo 9.2 e) de la Ley 42/88 pues considera infracción grave “la experimentación con embriones o fetos vivos, viables o no”, y estas normas reciben su confirmación en las disposiciones de los artículos 6 y 7 de la mencionada Ley 42/88 que declara que sólo se autorizarán determinadas experimentaciones “en los términos de esta ley”, es decir, cuando se trate de embriones no vivos, a continuación la Ley 42/88 define lo que considera como embriones no viables: en el artículo 5.3 se establece que “los embriones abortados, espontáneamente o no, serán considerados no viables por su grado de desarrollo a los efectos de la Ley”. Este articulado confirma lo regulado en la Ley 35/88, cuyo artículo 15.2 establece que sólo “se admitirá la investigación en preembriones, si se trata de preembriones no viables”.

La viabilidad de un embrión constituye el límite que determina que sólo podrán realizarse técnicas de diagnóstico y prevención de enfermedades, independientemente de que se trate de embriones creados *in vitro* antes de ser transferidos o congelados según establece la Ley 35/88, de tal forma que sólo cuando transcurren catorce días a partir de la fecundación de conformidad con el artículo 15.1 b) de la mencionada ley, o el plazo de cinco años, según art.20 de la L35/88 es factible la destrucción del embrión cuando no se haya implantado o bien sea evidente su inviabilidad y, es

⁴² Roca Trías, Encarna, “El Derecho Perplejo...”, cit., p.137.

ese preciso momento en que podrá convertirse en objeto de investigación, en definitiva, es la ley 35/88, la que fija el límite para mantener viable un embrión.

Como hemos expuesto, la finalidad de la protección jurídica está ligada al derecho a la salud y a la dignidad humana y esto queda reflejado a través de los siguientes artículos:

1. Así, según el artículo 20 n) de la Ley 35/88 y el artículo 8.2 c) de la Ley 42/88, se prohíbe la selección del sexo con fines no terapéuticos y, también se prohíbe la modificación del patrimonio genético humano no patológico (artículo 9.2B), b) de la Ley 42/88 y en consecuencia la prohibición de experimentación que no sea con fines terapéuticos.
2. El artículo 9. 2B, b) de la Ley 42/88, prohíbe la creación de preembriones vivos con fines no reproductores conforme el artículo 9. 2B, b) de la Ley 42/88.
3. El artículo 20 de la Ley 35/88, prohíbe la clonación, la creación de preembriones de personas del mismo sexo, la fusión de preembriones entre sí o con otras especies, la transferencia de gametos o embriones humanos, en el útero de otra especie animal, en definitiva, prohíbe las manipulaciones que persigan la creación de organismos erráticos.
4. Según el art.15 de la mencionada Ley, se establece una limitación temporal relativa al depósito de los embriones congelados

Roca Trías⁴³ afirma que” la construcción de la teoría del bien jurídico protegido permite desarrollar un estatus de los embriones, como objeto de protección de la dignidad humana. El embrión se beneficia de esta garantía en tanto que ser vivo, puesto que en el momento en que deja de ser viable, puede ser objeto de experimentaciones que no serían admitidas en embriones vivos”.

Junto al desarrollo del embrión surgen importantes cuestiones no sólo científicas y relativas a la investigación y experimentación con los embriones, sino también en el campo de la filosofía, existen pues tres campos en constante evolución, el embriológico, el genético y la ética, que pueden

43 Roca Trías, Encarna, “El Derecho Perplejo...”, cit., p.137.

llegar a converger, cuando se trata de delimitar qué es un embrión viable y cuándo se produce esta viabilidad.

Por ello, señala Gracia⁴⁴ que “ni los genes ni los factores extragenéticos tienen sustantividad independiente mientras no constituyen el nuevo ser, es decir, hasta que no logran suficiencia constitucional, puesto que sin suficiencia constitucional no hay realidad, las consecuencias éticas y jurídicas son importantes ya que lo que no es realidad no puede considerarse sujeto de derechos propios ni objeto de obligaciones ajenas”.

Alonso Bedate⁴⁵ considera que “ese cuando debe acontecer en torno a la octava semana del desarrollo, es decir, en el tránsito entre la fase embrionaria y la fetal. En cuyo caso, cabría decir que el embrión no tiene en el rigor de los términos estatuto ontológico propio de un ser humano, porque carece de suficiencia constitucional y de sustantividad, en tanto que el feto sí lo tiene. Entonces sí tendríamos un individuo humano estricto,..., no antes”.

Llegados a este punto, es imprescindible discernir entre la presencia de dos bienes jurídicos distintos, en el delito de lesiones al feto y en el delito de manipulación genética constituido éste por la intangibilidad e inalterabilidad del patrimonio genético no patológico, y aquél por la integridad genética, es decir, la integridad física, la salud física y psíquica.

VI.2. TERMINACIÓN: NACIMIENTO

VI.2.1. Análisis desde un punto de vista doctrinal

Una vez que hemos delimitado el concepto de embrión y feto, conviene establecer la frontera con la persona, que se encuentra en el nacimiento. Con las matizaciones realizadas respecto de la concepción civil, falta determinar el momento preciso del paso de un estadio a otro.

Las opiniones más antiguas supusieron en no raras oportunidades que el punto decisivo es aquél en el que termina la respiración placentaria (mediante el corte del cordón umbilical) dando

⁴⁴ Gracia, Diego “Problemas Filosóficos en Genética y Biología”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº3 año1.995, p.163.

⁴⁵ Alonso Bedate, Carlos, “*La vida humana...cit.*”, p. 114.

paso a la respiración pulmonar, o por lo menos cuando empieza esta posibilidad. Sin embargo, esta posición, hoy no se sostiene básicamente porque tal distinción no funciona. Ambas formas de respiración aparecen juntas. Tal es la situación precisamente luego del abandono del útero materno antes del corte del cordón umbilical, pero ocasionalmente también ya antes de ese momento, cuando durante el parto se insufla en la vagina de la madre, como ocurre por la introducción de la mano o de instrumentos, e inclusive en partos de desarrollo completamente normal. El hecho de que ya antes del parto puedan observarse “movimientos respiratorios” intrauterinos, que, de todos modos, no requiere tratamiento alguno desde el punto de vista jurídico. Los partidarios de la autonomía respiratoria del nacido, suelen mostrarse a favor de considerar el feto, como un bien jurídico cifrado en la vida en formación, pero, sin embargo, la consideración de persona la concretan en la no dependencia; la vida en formación (Carbonell Mateu ⁴⁶ Arroyo de las Heras⁴⁷), es también un concepto inseguro como se evidencia que entre los cinco meses y medio a seis la formación es completa hasta el extremo de que el feto es viable.

Los embarazos pretérminos ponen de manifiesto que es el nacimiento el que da lugar a la consideración de persona al neonato. Para los que la tutela se dispensa a la vida prenatal (González Cussac⁴⁸) están diferenciando entre el prenacimiento y posnacimiento, y no entre dependencia y autonomía.

El corte del cordón umbilical que provoca la autonomía respiratoria y circulatoria no comporta ninguna suerte de ser independiente, y trasmuta el feto en persona, por el contrario, el anudamiento del cordón -hecho externo al nacido según Gracia Martín⁴⁹- no le concede la autonomía en sí, por decirlo de alguna manera no da vida, sino que evita la muerte.

Por el contrario, hay autores que entienden que el “comienzo del nacimiento o del parto” como salida parcial del claustro materno. La salida parcial del niño del útero de la madre no constituye el comienzo del parto, sino una fase posterior del mismo. Una explicación de este tipo pondría el concepto jurídico de “comienzo del parto” tan cerca de la “consumación” del nacimiento que el

46 Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial, Código Penal de 1995.*, Valencia 2019, 6ª edición p. 812.

47 Arroyo de las Heras, Alfonso Muñoz Cuesta, Javier, *Delito de Lesiones*, Salamanca 1982, 1ª edición, p.17.

48 González Cussac, José Luis, y otros, *Derecho Penal, Parte Especial, Código Penal de 1995*, Valencia 2019, 6º edición, p.815.

49 Gracia Martín, Luis, *Los delitos relativos al feto y los relativos a la manipulación genética*, Valencia 2005, 1ª edición, p.20,21,22.

fin político - criminal de un desplazamiento considerable de la protección penal contra lesiones negligentes o culposas quedaría frustrado.

El punto de vista que mantiene Lüttger⁵⁰ estima el “comienzo del parto” como un estudio biológico esencialmente anterior, o sea el comienzo de los intentos expulsivos del útero materno o del inicio de “las labores *parturientum*”. En este sentido son equivalentes las “labores *parturientum*” que se inician naturalmente o las inducidas “artificialmente”; cuando estas “labores *parturientum*”, faltan completamente, su lugar es ocupado por el comienzo del “nacimiento artificial” -como ocurre en el caso de la cesárea-.

En medicina se diferencian varias especies de “labores *parturientum*” que surgen en una determinada sucesión temporal; la cuestión que se presenta de inmediato es la de saber cuáles de éstos presentan los elementos que pertenecen a estas definiciones, adquiere, por tanto, una relevante significación práctica.

- A. En el campo de la medicina, no pertenecen al proceso propio del parto: las llamadas “contracciones del embarazo”, que son un “entrenamiento” del útero; las contracciones que se producen por el descenso del vientre de la embarazada y las contracciones de acomodación mediante las que, en las primerizas, el feto se pone a la entrada de la pelvis. Estas contracciones del embarazo y previas a las “labores *parturientum*” que se producen en forma irregular y distanciada en las últimas semanas del embarazo no constituyen todavía contracciones del parto, sino que caracterizan únicamente la proximidad del nacimiento. En tanto mero estadio previo al parto estos fenómenos quedan fuera de consideración respecto a la cuestión del “comienzo del nacimiento”.
- B. Desde un examen médico -científico, el nacimiento normal se inicia, con el llamado periodo de dilatación, se continúa con el periodo de la expulsión, y finalmente se termina con el periodo posparto. Por lo tanto, las contracciones de la dilatación, que, por lo general, se presentan en intervalos cortos y rítmicos, amplían especialmente la boca del útero hasta su total expulsión; al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera y según el punto de vista médico, a menudo hasta la base de la pelvis.

50 Lüttger Hans, *Medicina y Derecho Penal*, [Traducción: Enrique Bacigalupo], Madrid 1984, 1ª edición, p.92.

C. “*Labores parturientum*”, son, por tanto, también las contracciones de dilatación, es decir, que el parto no comienza con las contracciones expulsivas. Las contracciones que presionan e impulsan la salida del niño hacia la última parte del nacimiento y, finalmente, fuera del cuerpo materno, se presentan con pequeñas pausas en intervalos más rápidos y con mayor fuerza. En este sentido, la duración del periodo de dilatación tiene una duración mucho mayor que la del período de expulsión. Estas cortas indicaciones ponen claramente de manifiesto que, desde un punto de vista jurídico, no solamente importan las contracciones expulsivas, sino ya las que corresponden a la dilatación y que pertenecen al “intento de expulsión del cuerpo materno”.

Para Lüttger⁵¹, “en sentido jurídico, el nacimiento normal comienza con las contracciones de la dilatación. Afirmando que el periodo de dilatación pertenece ya a aquel espacio temporal en que la protección del ser viviente requiere una mayor protección jurídico penal, dado que es a partir de allí en que se entra en el campo peligroso de las técnicas del parto basadas en la administración de medicamentos y quirúrgicas -por ejemplo, cuando las contracciones son muy débiles o muy fuertes y también cuando existen obstáculos para el nacimiento-”.

Latorre Latorre⁵² considera que por nacimiento hay que entender, según la tradición, la cultura y el sentido social como el alumbramiento, “el dar a luz” y se da “a luz”, cuando se pasa de lo cerrado a lo abierto, cuando el feto sale, cuando emerge a la luz, cuando es expulsado con su placenta. A su vez que el feto vea la luz (en sentido figurado) implica que los demás lo puedan ver.

Esta idea enlazaría con los que sostienen que hay una sustancial diferencia en destruir al feto en el interior de la madre, que al que se ve, al que se percibe visualmente porque sin duda esto resulta más grave, ya que como expresa Gimbernat⁵³ “requiere una mayor energía criminal”. El que ve y el que se requiere una ulterior precisión, la completa expulsión, porque, a juicio de Latorre Latorre⁵⁴ se “fortalece la seguridad jurídica”.

51 Lüttger, Hans, *Medicina y ...*, cit., p. 93.

52 Latorre Latorre, Virgilio, *Derecho Penal...*, cit., p.124.

53 Gimbernat Ordeig, Enrique, “Diatriba del Nuevo Código Penal”, *La Ley*, Tomo III, año 1996, p.1331.

54 Latorre Latorre, Virgilio, *Derecho Penal...*, cit., p. 126 y 127.

Una vez que se ha extraído totalmente el nuevo ser, la producción de la muerte del recién nacido es homicidio, pues el artículo 138 del Código Penal, castiga como reo de homicidio al que matare a otro, y ello, aunque no se haya anudado el cordón umbilical y precisamente a veces por no haberlo hecho, precisamente porque la omisión de lo que da la naturaleza de persona humana, la destruye.

Y, todo ello, en consonancia con lo manifestado por López Barja de Quiroga⁵⁵ quien afirma que “el objeto material en el delito de homicidio es la persona viva, mientras que el objeto material del aborto es un ser no nacido”

Esta forma de entender el proceso tal y como afirma Bustos Ramírez⁵⁶ “ sin que pueda atenderse a la objeción que efectúan los defensores de la autonomía respiratoria como exigencia de la constatación de que el nacido es una persona viva porque no se puede matar al muerto. Y, no puede atenderse porque confunden la prueba o dificultad probatoria con la concurrencia o no de elementos típicos de la figura correspondiente el lloro que normalmente sigue a la respiración autónoma es un mecanismo de constatación de la vida, pero no el único ni exclusivo ni excluyente”; *A sensu contrario* no se consideraría persona al niño que no reacciona con un lloro o al niño que requiere respiración asistida. Ciertamente lo que se quiere indicar no es que respire por sí solo o no, sino que no respire por medio de la madre, pero precisamente cuando se expulsa la placenta ya deja de respirar el recién nacido. De ello se colige, que, con el mero nacimiento, ya ha desaparecido toda dependencia, esto es, ya es persona.

Si se requiere la salida completa del naciente, el proceso para lograrlo puede ser objeto de actuaciones lesivas, cuando lo vemos parcialmente pero no totalmente: ha sacado los brazos o la cabeza, pero el resto del cuerpo permanece en su interior, pues en realidad no ha nacido se encuentra incurso en el proceso del nacimiento, pero no ha nacido. Por tanto, las lesiones causadas durante la gestación o el alumbramiento son lesiones producidas al feto. Mientras que si se mantiene la teoría en virtud de la cual el nacimiento se inicia con las contracciones de dilatación, las lesiones causadas en este momento serían lesiones causadas a otro, es decir, a una persona, ya que el artículo 147 del Código Penal establece: “el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una

55 López Barja de Quiroga, Jacobo y otros “Contestaciones al programa de Derecho Penal, Parte Especial para acceso a las carreras Judicial y Fiscal”, Valencia 2015, 6ª edición p.18,19.

56 Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Barcelona 1989, 1ª edición, p.55.

lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.

Examinadas las diferentes posiciones doctrinales es importante fijar desde nuestro punto de vista, cuando se inicia el nacimiento y en consecuencia, cuando nos hallamos ante una persona, porque entonces calificaremos como delito de homicidio, o de lesiones, cuando se comete un delito contra la vida en el primer caso y la salud e integridad física o psíquica en el segundo caso, y consideramos que el comienzo del parto se inicia con la fase de de delitación y continúa con la fase de expulsión y en ambos casos ya se ha iniciado el nacimiento, porque las contracciones de la dilatación tienen por objetivo ampliar la boca del útero hasta su máxima extensión al mismo tiempo que empujan al niño hacia afuera y que conlleva dolores y contracciones propios de la fase de expulsión que coincide con el fin del parto y el nacimiento del nuevo ser.

En resumen, el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto.

Otro límite que hay que tener en cuenta está constituido por la muerte ¿a partir de qué momento se produce? El Real Decreto de 22 de febrero de 1980 sobre transplantes de órganos se inclina por la solución de la llamada muerte cerebral. Una vez producida ésta se considera que la persona está muerta.

La interrupción irreversible de las funciones circulatorias hoy día no se considerará un dato fiable para un diagnóstico certero de muerte. Lo que se considera más certero, es acudir a la interrupción irreversible de las funciones cerebrales con independencia de que permanezcan las funciones circulatorias o respiratorias asistidas. Por esta razón consideramos más acertado la ley de 27 de octubre de 1979 sobre extracción y transplante de órganos, que acoge de la “irreversibilidad de funciones cerebrales”.

Esto supone que la protección jurídica de la persona va desde el nacimiento hasta la muerte. Y, por lo tanto, si se agrede física o psíquicamente a la persona viva, nos hallamos ante un delito de lesión y será calificado como delito de aborto, las lesiones causadas al feto antes del Código Penal de 1995, y una vez entrado en vigor el mismo se calificará como delito de lesiones al feto

Todo ello, implica que, las agresiones físicas o psíquicas de carácter doloso o culposo cometidas en el feto, que abarca como hemos indicado a partir de los tres meses (Teoría del Plazo), hasta el comienzo del parto, consituirán un delito de aborto o un delito de lesiones al feto a partir del Código Penal de 1995.

Otro problema que se plantea es saber si el límite que establece el “comienzo del nacimiento”, debe ser dejado de lado cuando la intervención dolosa o culposa tiene lugar antes de ese momento, pero la lesión que produce mantiene efectos permanentes bien defectos físicos o defectos psíquicos, después del nacimiento. De esta forma, los casos en que la intervención como las consecuencias se producen después del “comienzo del nacimiento” quedarán inicialmente excluidos de nuestro estudio. Pero si nos centramos en el supuesto en el que se realiza una intervención antes del comienzo del nacimiento, con dolo de lesiones o la correspondiente negligencia, lo que produce un estado dañoso que se manifiesta después del nacimiento, salvo aquellos casos en los que la lesión causada al feto, sana, antes del comienzo del nacimiento, podría quedar impune con los Códigos Penales previos al Código Penal de 1995.

A partir del Código Penal de 1995, nos hallamos ante un delito de lesiones al feto. Se trata de consecuencias que afectan al ser vivo desde el momento en que tienen lugar las intervenciones y que en la mayoría de los casos son irreversibles; el estado dañoso sólo se pone de manifiesto después del nacimiento, porque es cuando resulta posible ver o comprobar el defecto corporal o el daño psíquico, ya mediante sustancias químicas, ya mediante la aplicación de rayos, ya por la utilización de instrumentos que dañan al feto, de tal manera, que las consecuencias de después del nacimiento tienen carácter permanente o temporal.

El punto de partida, de esta cuestión planteada, es el proceso Contergán. Debido a que se causaron malformaciones a los niños ocasionadas por la ingestión de Talidomida por las mujeres gestantes, en el cual, se considera, que las lesiones con resultado permanente ocasionadas a un

feto no constituyen, lesiones al niño después del nacimiento, sino que se ha intentado considerar las lesiones al feto como lesiones a la embarazada, basándose en las siguientes consideraciones: las lesiones implican una lesión a la salud de una persona y bajo este concepto cae todo lo que sea provocar o empeorar una enfermedad en sentido amplio, por ejemplo perturbando una función corporal. Tal perturbación puede darse también en lo referente a la capacidad de reproducción. Ésta tiene tanto que ver con la capacidad de concebir como con la integridad de dar a luz. “Lesionada” resultará, por tanto, esta capacidad reproductiva de la mujer no sólo cuando los órganos maternos como tales (por ejemplo, las trompas o el útero) resulten dañadas o destruidas, sino también cuando se destruya o dañe un óvulo todavía no fecundado; se trata jurídicamente de componentes del cuerpo de la madre y su intangibilidad es presupuesto de una reproducción normal. En este sentido, los gérmenes de vida tienen este carácter y su daño puede considerarse como lesiones provocadas a la mujer. Sin embargo, en el proceso Contergán se trató de saber si tales conceptos podían trasladarse a la relación del vientre materno con el feto. Indicando que hay lesiones del feto con consecuencias permanentes, entonces se habrá dañado la capacidad de la embarazada de desarrollar el feto en forma normal. La lesión del feto lesiona, por lo tanto, la salud de la madre.

Lüttger⁵⁷ manifiesta que “esta tesis es insostenible porque desde un punto de vista médico, esta identificación del feto y el cuerpo de la madre no es correcta; a pesar de la conexión interna, se trata de dos sistemas biológicos diferentes y su independencia llega a hasta tal punto que ambos sistemas circulatorios se encuentran totalmente separados”; el feto no constituye una función de la madre y una lesión ocasionada al mismo no es un síntoma del organismo materno. La lesión al feto lesiona por lo tanto la salud de la embarazada.

Lüttger⁵⁸ entiende que “la transformación de la calidad jurídica del objeto de la acción entre la intervención y la producción del resultado impide que pueda calificarse como delito de lesiones, aquellos supuestos en que la acción haya recaído sobre *el nasciturus* y no se produzca, una nueva agresión sobre el niño expulsado; el mencionado resultado no permite convertir el hecho en una acción de lesiones, dado que seguirá faltando siempre la agresión que recae sobre la persona del otro, que es básica en el delito de lesiones”.

57 Lüttger, Hans, *Medicina y Derecho Pena I* [Traducción: Carlos María Romeo Casabona] Valencia 1996, 2ª edición, p.97

58 Lüttger, Hans, *Medicina y Derecho Penal* [Traducción: Enrique Bacigalupo] Madrid 1984, 1ª edición, p. 110.

A la misma conclusión llega Kaufmann⁵⁹ al entender que “el punto neurálgico que está en juego es el momento de la incidencia sobre el objeto de hecho. La incidencia prenatal da con un objeto que carece aún de calidad de hombre, por lo que debe negarse la tipicidad”.

Un sector de la doctrina italiana, en el que destaca Baimazagrebelki⁶⁰ considera aplicables a estos supuestos los tipos de lesiones dolosa o culposa. La prohibición de causar lesiones a otro, no se ve constreñida por el hecho de que su origen se encuentre en un momento anterior a su configuración como persona.

“Parte de la idea, de que, desde el momento del nacimiento, nos encontramos con una persona humana capaz de presentar los rasgos propios de la enfermedad o lesión con lo que resulta irrelevante <la observación siguiente: no podría considerarse lesionado a quien ya resulta portador de tal lesión, puesto que se debe hablar de enfermedad y lesión con referencia al estado normal del organismo humano y no en relación con el anterior modo de ser de la persona particular ofendida”.

De acuerdo con este argumento, habrá un delito de lesiones siempre que se pueda demostrar la oportuna relación causal del resultado producido en la persona nacida con la acción realizada sobre el feto, y la consumación del delito se fijará en el momento del nacimiento o en su caso, en el de la aparición de la enfermedad, con todas las consecuencias dogmáticas que se deriven.

En este sentido, Valle Muñiz⁶¹ estima que la vida en formación se configura como un bien jurídico constitucional basado en el valor objetivo de la vida humana que vierte sobre todo el ordenamiento jurídico”.

La protección jurídico-penal del nasciturus se limitaba a la tipificación del delito de aborto doloso e imprudente causado violentamente, en los códigos penales anteriores al Código Penal de 1995, de tal manera, que las agresiones que sufriera el feto, diferentes a la vida, quedaban totalmente desprotegidas, es a partir del Código Penal de 1995, cuando se comienza a proteger no sólo la vida del feto, sino también la salud física o psíquica del mismo.

59 Kaufmann, Armin, “Tipicidad y Causación en el proceso Contergán”, *Nuevo Pensamiento Penal*, nº1, Madrid 1973 p.7 y 8.

60 Baima-Zagrebelki, *Percosse e Lesioni Personali*, Milán 1975, p.106 y 107.

61 Valle Muñiz, José Manuel y González González, Marise “Utilización Abusiva de Técnicas Genéticas y Derecho Penal” *Revista del Poder Judicial*, nº 26, junio 1992, p.144.

Atendiendo a la duración de sus consecuencias estos comportamientos se pueden clasificar en: a) acciones prenatales con consecuencias únicamente prenatales, b) acciones prenatales con consecuencias prenatales y postnatales y acciones prenatales con consecuencias posnatales.

Es obvio, que el delito de aborto no podía recoger adecuadamente estas formas de agresión, puesto que el feto no constituye una parte del cuerpo de la madre aun cuando dependa de ella durante el tiempo de la gestación, puesto que el no nacido representa un objeto material diferente a la mujer embarazada. Ante esta situación se presentó por Bajo Fernández⁶² “el delito de lesiones corporales, como respuesta punitiva para aquellas lesiones de carácter prenatal que manifestaran sus efectos tras el nacimiento, ahora bien, sí la intervención en el feto se califica como un delito de aborto y no como homicidio en atención a la condición de objeto material del delito en el momento de la realización de la acción, no cabe, por tanto, castigar como un delito de lesiones, contra las personas las lesiones de carácter prenatal aplicando en este supuesto un criterio diferente, tomar en consideración el objeto material del delito en el tiempo en que se produce el resultado”.

Otro sector doctrinal en el que destaca Valle Muñiz⁶³ y González González⁶⁴ presentan el delito de lesiones como la “provocación de una lesión a otro”, expresión que indica” se estaba pensando en un ser humano ya nacido, en una persona titular de derechos subjetivos, como sujeto pasivo, siguiendo el criterio utilizado en el homicidio; de tal forma, que, cuando se produce la conducta lesionadora habrá de determinarse el objeto material sobre el que recae la acción del delito y no existe la persona entendida como titular de derechos subjetivos en definitiva, no existe vida humana independiente, aun cuando, la vida humana independiente pueda estar presente sí las lesiones son permanentes o al menos, se mantienen tras el nacimiento”.

Es importante destacar, que se produce una diferenciación del desarrollo de la vida humana en dos grandes etapas, antes y después del nacimiento, lo que permite constatar que las personas en formación son objeto de una tutela específica, distinta de la que reciben las personas ya nacidas. Ello es así, no sólo porque los delitos de peligro sancionen, exclusivamente, la realización de conductas peligrosas para la vida y la salud de las personas, sino esencialmente porque los delitos

62 Bajo Fernández, Miguel, *Manual de Derecho Penal, (Parte Especial) Delitos contra las personas*, 2ª edición, Madrid 1991, p.115

63 Valle Muñiz, José Manuel y González González, Marise Utilización Abusiva..., cit., p.121.

64 González González, Marise, “Las Lesiones Fetales”, *Cuadernos Jurídicos*, Tomo10, año 1993, p.9

de homicidio y lesiones fijan un régimen jurídico diferente del establecido por los delitos de aborto y lesiones al feto.

En consecuencia, lo esencial es el castigo de aquellas conductas que atenten contra la integridad del feto provocando graves lesiones en el mismo o en el *nasciturus*, por lo tanto, quedan a partir de ahora, castigadas las lesiones prenatales con consecuencias prenatales y postnatales, salvando así el anterior vacío legal.

VII. EL CONCEPTO DE LESIÓN

El delito del artículo 157 del Código Penal⁶⁵ se refiere al concepto de lesión, por ello será preciso acercarnos al mismo para conocer su significado. Para ello, acudiremos al concepto de lesión manejado al hilo del análisis del delito de lesiones.

Avances en medicina en el campo de la reproducción asistida y esencialmente del genoma humano, aunque brinda la posibilidad a las personas una comprensión más profunda de los procesos biológicos al inicio de la vida humana, también conlleva un mayor riesgo especialmente en el tratamiento del embrión o feto sobre todo cuando se actúa directamente sobre los genes a través de procedimientos de ingeniería genética, lo que actualmente origina nuevas formas de agresión bien contra la vida, contra la salud o contra la integridad corporal del feto, sin embargo, también es necesario estudiar y partir del concepto de lesión desde el punto de vista doctrinal (puesto que es ésta evolución la que da paso a una evolución jurídica del concepto lesión), que permite encuadrar el delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995.

VII.1. ANTECEDENTE:

VII.1.1. Desde un punto de vista doctrinal

Las decisiones jurisprudenciales parten del concepto material de lesiones de las XII Tablas, sin embargo, es preciso acercarnos a las diferentes posiciones doctrinales, para analizar el concepto de lesión, destacando la existencia de las teorías monista y dualista que pretenden explicar el concepto de lesión, las primeras indicando que el bien jurídico protegido, la salud, es único y las segundas manifestando que existe un doble bien jurídico tutelado –integridad corporal y salud-.

Dentro de la teoría monista hay que indicar que el bien jurídico tutelado comprende la salud física y psíquica, punto de partida esencial para configurar el ámbito objetivo del delito de lesiones, objeto de nuestro estudio, que pasamos a exponer:

⁶⁵ El art.157C.Penal de 1995 establece “el que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años”

La doctrina del siglo XIX, consideró que la integridad física constituía el bien jurídico que se pretendía tutela en las lesiones. Esta interpretación quedó plasmada a través de la Sentencia de 20 de diciembre de 1.921, “La frase lesión que no es sinónima de herida, ha evidenciado su espíritu de castigar todo daño o detrimento corporal causado violentamente y constitutivo, según sus distintas gradaciones, de herida, contusión equimosis o erosión”.

Según esta postura el concepto de lesión eminentemente mecanicista, se trata de producir una lesión a través únicamente de forma violenta, de tal manera que se establecen las formas de comisión de este delito a las expresiones “herir, golpear, o maltratar”.

Berdugo Gómez de la Torre⁶⁶ “manifiesta la necesidad de afirmar la existencia de un doble bien jurídico tutelado, “la integridad corporal y la salud”, refiriendo el primero a la sustancia corporal y el segundo a la ausencia de enfermedad y frente al detrimento de su salud psíquica”.

Junto a esta postura existen otras dos: La primera propugna una ampliación del bien jurídico protegido, mientras que la segunda pretende una mayor concreción de su contenido.

La primera corriente doctrinal fue defendida por Beristain⁶⁷, de tal manera que el concepto de lesión comprende la tutela de “bienestar personal”, bien jurídico “que comprende desde la pérdida o disminución de la integridad física hasta la alteración de la incolumidad o bienestar corporal, aunque no se menoscabe la salud misma”.

La segunda postura encabezada por Cobo del Rosal⁶⁸ del Rosal Blasco⁶⁹ afirma “el bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad corporal es la salud, entendida en su doble acepción física y psíquica”.

66 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *El delito de Lesiones*. Salamanca 1982, 1ª edición, p.382.

El Tribunal Supremo, ha seguido esta postura en las Sentencias 1 de marzo de 1971, 6 de marzo de 1975, 27 de octubre de 1. 977 y 29 de octubre de 1980.

67 Beristain Ipiña, Antonio, *De los delitos y de las penas de el País Vasco: la cátedra universitaria en la sociedad mediática*, Madrid 1998, 1ª edición p. 137 y ss.

Corriente doctrinal que quedó plasmado a través de las Sentencias 21 de diciembre de 1978, 4 de octubre de 1979 y 19 de noviembre de 1979;

68 Cobo del Rosal, Manuel, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 1996, 2º edición, p.163.

69 Del Rosal Blasco, Bernardo “La regulación de los delitos de lesiones en el CP de 1995”, *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, 2ª a 3ª época, nºII, año 1996, p.11

Postura recogida por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 1980.

“La base de la argumentación de esta postura la proporciona la propia regulación legal de las lesiones, las referencias típicas a los supuestos en que el ofendido quedase imbécil, (artículo 420), inutilizado para el trabajo, (artículo 420.2) incapacitado para su trabajo habitual, (artículo 420.3) y el empleo del término enfermedad sin limitarle a las físicas (artículo 420.4), pone suficientemente de manifiesto que no se puede circunscribir a la integridad corporal, el objeto de protección de las lesiones. Pero con ello se está afirmando que la salud está siendo tutelada en los tipos penales. El problema es si además si se protege la integridad corporal, es decir, si la integridad corporal, en el marco de su tutela penal es o no un bien jurídico diferenciado del bien jurídico salud”.

Berdugo Gómez de la Torre⁷⁰ indica que “debe dilucidarse si en el delito de lesiones el bien jurídico es doble o por el contrario existe un único bien jurídico, y en este supuesto se habrá de delimitar cuál es el contenido del mismo”.

En relación con el primer problema, la dirección doctrinal que defiende la dualidad del bien jurídico tutelado ha resaltado la protección de la salud en su vertiente más restrictiva. Si se aceptara la existencia de una dualidad de bienes jurídicos: salud, como ausencia de enfermedad, e integridad corporal -como mantenimiento de la integridad de la totalidad de la sustancia corporal-. Si sobre esta base se procede al análisis de los resultados enumerados en las distintas figuras de este delito, se observa, que el delito de lesiones descansa normalmente sobre la enumeración de resultados que afectan a uno u a otro bien, por ejemplo, la enfermedad de más de treinta días del 420.4 del Código Penal de 1973, incide sobre la salud.

Pero, si se continúa en esta línea de examen se observa que, en comparación con otros presuntos delitos, en las que el bien jurídico tutelado es doble -por ejemplo, en los distintos apartados de robo con violencia del artículo 501 del Código Penal de 1973, o en el aborto con resultado de muerte del último párrafo del artículo 411- del Código Penal de 1973, aquí no se recurre a las fórmulas del delito complejo, sino que el legislador ha desvinculado los distintos resultados, es decir, para realizar este delito, basta con lesionar uno de los dos bienes jurídicos en cuestión.

⁷⁰ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *El delito de Lesiones*, Salamanca 1982, 1ª edición, p.18.

Arroyo de las Heras⁷¹ considera “que sobre esta base queda abierta la cuestión de qué ocurre, cuando a través de un único comportamiento se lesionan los dos bienes jurídicos, salud e integridad, corporal. Dilucidar este interrogante requiere afrontar las relaciones que existen entre los dos bienes jurídicos tutelados”.

De tal manera que, con los puntos de partida de la dirección doctrinal que defiende la dualidad del bien jurídico tutelado, en buena lógica tenía que admitirse que, por un lado, pueden existir conductas que lesionan a un bien jurídico y no al otro, por ejemplo: A hiere a B y le produce una pérdida de dos dedos de la mano, lesiona el bien jurídico integridad corporal, mientras que si A golpea a B y le produce unas alteraciones nerviosas que requieren su internamiento hospitalario, lesiona el bien jurídico salud entendido en sentido estricto.

Pero, junto a estos comportamientos, pueden darse otros que incidan sobre los dos bienes jurídicos en cuestión: A propina una paliza a B y le produce la pérdida de un miembro y una enfermedad. Si se aceptan estos presupuestos no existen razones que justifiquen, a menos que se explique la relación que vincula a estos dos bienes jurídicos, el que este último grupo de comportamiento no sea resuelto como un problema de concurso de delitos.

Berdugo Gómez de la Torre⁷² señala que” el recurrir al castigo de la conducta que produce el resultado de más gravedad, no es satisfactorio, en cuanto que al ser bienes jurídicos distintos la salud y la integridad corporal, el desvalor en ella contenido no comprende el del ataque de menor entidad. Y, en este último plano se estarían castigando, como iguales comportamientos, que no lo son, al que únicamente produce la pérdida de un miembro principal, le sería aplicado el artículo 420.2 del Código Penal de 1973, y si además hubiera producido una enfermedad de más de treinta días seguiríamos aplicando el artículo 420.2 del Código Penal de 1973”.

Ahora bien, si consideramos que el bien jurídico que se tutela es único y además consideramos que los resultados indicados por el legislador se refieren a diversos aspectos de un bien jurídico tutelado de mayor amplitud, es obvio que todas las cuestiones planteadas se resuelven.

71 Arroyo de las Heras, Alfonso y Muñoz Cuesta, Javier, *Delito de lesiones*, Pamplona 1993 1ª edición, p.40.

72 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Delito de...*, cit., p. 18.

Berdugo Gómez de la Torre⁷³ entiende que “no tiene sentido el propugnar esta diferenciación, el oponer salud e integridad corporal como bienes jurídicos distintos. Pues, aparte de que, incluso considerando a la salud en su acepción más estricta, existan supuestos de difícil diferenciación con la integridad corporal, la tutela penal de esta última, en este lugar, tiene la finalidad de garantizar mediante ella el funcionamiento del cuerpo humano, idea que se corresponde con una correcta interpretación del contenido de la salud, sino una dimensión o aspecto de una idea de salud más amplia que no se circunscribe a la mera ausencia de enfermedad”.

Estas reflexiones nos sitúan en el ámbito de las posturas que defienden la existencia de un único bien jurídico. En ellas la opción se presenta entre “el bienestar personal” y un concepto de salud que, en la línea apuntada, supere a la mera ausencia de enfermedad, lo que se ha denominado “salud personal”.

La postura que defiende el “bienestar personal”, como bien jurídico tutelado, que tiene su base en un sector doctrinal alemán, resolvería el problema antes planteado. Pues la salud y la integridad corporal no serían sino aspectos de un bien jurídico único, “el bienestar”. Pero recurrir a esta solución, supone trasladar a nuestro derecho una interpretación que se origina en una distinta estructura del delito de lesiones, en concreto en acoger en el mismo el maltrato corporal, por una parte, y a los “daños en la salud”, por otra, es decir, supone tomar como punto de partida un tipo delictivo de mayor amplitud que el que las lesiones tiene en nuestra legislación, ya que “el bienestar personal”, es un bien más amplio que la salud personal. El traslado de esta interpretación a nuestro derecho, supone una falta de concreción en el delito de lesiones como consecuencia inmediata que derivaría en una ampliación excesiva del campo de intervención del derecho penal, lo que no es compatible obviamente con los principios que derivan del Estado de Derecho.

Ahora bien, la salud, entendida como bien jurídico, solventa la problemática de un doble bien jurídico, además de adecuarse a la finalidad que persigue el legislador que tipifica estos comportamientos. Además, hay que matizar que el concepto de salud supone que la persona puede desarrollar sus funciones, esto es, el ejercicio de sus órganos, que a su vez permiten la participación de la persona en el sistema social.

73 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Delito de...*, cit., p.19 y 20.

En el sistema social y democrático de derechos, que es el modelo constitucionalmente establecido a través de la Constitución de 1978, es esencial, que la tutela penal del bien jurídico, salud, no sólo quede limitada a la garantía del soporte material de la misma, sino, que además exista la capacidad de disposición sobre el mismo.

Así, el bien jurídico protegido, está constituido por la capacidad de disponer de la propia salud y el soporte material de la misma, lo que supone, el presupuesto, de participación en el sistema, que es la salud personal.

La capacidad de disposición es un elemento esencial, a tener en cuenta, para configurar las figuras delictivas, puesto que la concurrencia del consentimiento del lesionado, devienen en la atipicidad de la conducta, o, dicho de otra forma, para que sea típica la conducta, no debe concurrir el consentimiento, pero, no es menos cierto que el delito de lesiones no debe contemplarse como un mero delito contra la libertad personal.

Orts Berenguer⁷⁴ considera que el bien jurídico, salud personal, presenta otra serie de peculiaridades que es preciso tener en cuenta a la hora de afrontar sus problemas concretos.

“Así, ocupa el segundo lugar tras la vida, dentro de los bienes jurídicos de naturaleza personal, y mediante él se tutela el estado de normal funcionamiento del cuerpo humano. A esta situación intenta acomodarse el concepto que se ha pretendido proporcionar sin que obste para afirmar la existencia de una diferencia ontológica entre la vida y la salud personal”.

Arroyo de las Heras⁷⁵ considera que “un bien jurídico de esta naturaleza es susceptible de ser atacado, tanto produciendo una alteración en su normal funcionamiento durante un periodo de tiempo de mayor o menor duración -supuestos de enfermedad o incapacidad temporales- como causando un menoscabo en el sustrato corporal, que traiga como consecuencia el que disminuyan o se condicionen las posibilidades de participación en el sistema social, son los casos de pérdida de miembro o deformidad”.

⁷⁴ Orts Berenguer, Enrique, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 789 y 790.

⁷⁵ Arroyo de las Heras, Alfonso y Muñoz Cuesta Javier, *Delito de ...cit.*, p. 44.

Por ello conforma el concepto de salud personal, tanto la ausencia de enfermedad como la totalidad de la sustancia corporal, puesto que no son dos bienes jurídicos diferentes, sino dos aspectos que integran un bien jurídico único. Lo que implica, que es preciso una alteración ya sea temporal, ya sea permanente, en su funcionamiento, que disminuya las posibilidades de participación en el sistema social, en consecuencia, la disminución de la integridad corporal que no conlleva detrimento de la salud, no es una conducta típica del delito de lesiones.

De igual manera, en cuanto son supuestos que carecen de incidencia sobre el cuerpo del sujeto, quedan excluidas del ámbito de las lesiones, la pérdida de partes artificiales adheridas a la sustancia corporal.

Berdugo Gómez de la Torre⁷⁶ pretende demostrar que esta interpretación se acomoda a la regulación de las lesiones, que efectúa la Reforma Urgente y Parcial de 1983, lo que, considera que ha de pasar por el examen de los resultados que enumera el Código: si todos los que aparecen en él pueden interpretarse como menoscabo a la salud, o sí, por el contrario, alguno de ellos carece de relevancia sobre la salud del sujeto”.

El examen de los resultados descritos por el Código indica, que, “aunque todos puedan ser llevados a la salud, no todos responden a un mismo criterio de tipificación. El legislador ha considerado el menoscabo de la salud desde tres distintos puntos de vista: aquellos menoscabos que suponen la pérdida de la sustancia corporal o una pérdida de limitación de sus funciones, los que inciden sobre la salud en su sentido estricto y, finalmente, desde un plano totalmente distinto, toma en consideración la repercusión del menoscabo producido sobre las posibilidades de participación en el sistema social”.

En relación con el primer grupo de resultados típicos, “ la totalidad de las pérdidas de sustancia corporal o de las repercusiones sobre funciones corporales, que describe el Código, constituyen a la vez menoscabos de la salud. Pues el que ha sufrido la pérdida de la sustancia corporal o una deformidad padece a la vez un menoscabo en el que era su estado de salud antes de la lesión. Es decir, sus posibilidades de participación en el sistema social están a partir de entonces condicionadas o disminuidas. El contenido de la salud del lesionado se ve alterado, se seguirá

76 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Delito de...*, cit., p.25.

detentando ese bien jurídico, en cuanto existirá un estado en que puedan desarrollarse normalmente sus funciones, pero este estado, tendrá un contenido distinto al de antes de lesión.

Existe un segundo grupo de resultados que se refieren directamente al concepto estricto de salud -salud igual a ausencia de enfermedad-, en ellos no existe ninguna dificultad para referirlos a la salud personal, pues el que está enfermo ve temporalmente afectado el normal funcionamiento de su cuerpo y por ende condicionadas sus posibilidades de participación en el sistema social”.

Éstos, a juicio de Berdugo Gómez de la Torre⁷⁷ “son los casos de enfermedad por más de noventa días (artículo 420.3), por más de treinta (artículo 420.4), la necesidad de asistencia facultativa por más de quince días (artículo 422), o de los resultados que inciden de un modo definitivo sobre la salud psíquica del sujeto, como es la imbecilidad a que se refiere el artículo 420.1”.

El tercer grupo de resultados, “toma en consideración la no posibilidad de ejercitar por parte del sujeto pasivo su capacidad laboral; es decir, utiliza como criterio delimitador una manifestación concreta de la participación del lesionado en la vida social. Pero esta disminución de la capacidad laboral debe tener como causa un menoscabo de la sustancia corporal o de la salud física o psíquica en sentido estricto. Una disminución de la capacidad laboral que obedezca a otras causas no podría ser considerada como constitutiva del delito de lesiones.

Son los supuestos de inutilización para el trabajo habitual, ya sea definitiva, (artículo 420.2), del Código Penal de 1973 o temporal por más de noventa días (artículo 420. 3, del Código Penal de 1973) o para el trabajo general por más de noventa días (artículo 420.4), por más de quince días (artículo 422del Código Penal de 1973)”.

La profundización en el examen de los diferentes tipos de delito de lesiones pone, por tanto, de manifiesto, que en todos ellos se exige un menoscabo, del soporte material de la salud. Pues, con independencia de la postura teórica que mantenga en torno al contenido de la salud, la estructura de la tipificación del delito de lesiones, impone la consideración unitaria de libertad de disposición y objeto de disposición, es decir, desde el momento de la regulación de las lesiones, hay una exigencia típica de menoscabo sobre el objeto de la salud, el mero ataque a la libertad de disposición, sin

⁷⁷ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Delito de...*, cit., p. 44 y 45.

repercusiones negativas sobre el objeto de disposición, no constituye una acción típica de lesiones, sin que debe ser contemplada en relación a los preceptos que tutelan la libertad individual.

Todo ello tiene por objeto fijar el contenido del bien jurídico tutelado, para determinar que conductas debe evitar el poder legislativo en este tipo delictivo, así de esta forma, se establecen los fines y límites del tipo, así partiendo del contenido de salud personal, que es el bien jurídico tutelado, se podrá conocer que conductas inicialmente, en función siempre de una valoración objetiva, afectan negativamente a la salud personal, y serán precisamente estas conductas las que el legislador deberá evitar.

De ahí que una acción que afecta negativamente en la integridad corporal, pero que supone una mayor participación en el sistema social, no implica que se configure el tipo de lesiones, son los supuesto de intervenciones médicas realizadas con éxito, en que es necesario extirpar un órgano, o curar heridas que dejan cicatrices, en estos casos, aunque es obvio que se menoscaba la integridad corporal no es menos cierto que no se produce el tipo penal de lesiones que recoge el Código Penal, ya que no afecta de forma negativa sobre el bien objeto de tutela.

Ahora bien, si se parte de que el contenido de este tipo penal, es la integridad corporal, es obvio, que las conductas antedichas son típicas y en consecuencia integran el delito de lesiones, salvo que se aprecie una causa de justificación en base a la teoría de los elementos negativos del tipo, lo que permitirá excluir la antijuridicidad de la conducta.

Sobre estos supuestos, es decir, la precisión del bien jurídico tutelado y la determinación apoyándose en los límites del contenido del tipo del injusto, de las fronteras de las conductas que quieren ser evitadas, debe procederse en general a revisar soluciones que tradicionalmente se han proporcionado a algunos puntos polémicos desde un plano jurídico-penal. En este sentido y en directa relación con el delito que se analiza debe considerarse el problema de la solución dogmática al tratamiento médico, que posteriormente será objeto de nuestro estudio.

Desde la constitución de la O.M.S. en 1946, ya se definió “la salud como un estado de completo bienestar, físico, mental y social, y no solamente como la simple ausencia de enfermedad e invalidez”.

San Martín⁷⁸ comentando” el concepto actual de salud afirma que la salud no puede definirse como un estado estático y absoluto; ella es un fenómeno psicobiológico y social dinámico, relativo, muy variable, en la especie humana. Corresponde a un estado ecológico-fisiológico-social de equilibrio y adaptación de todas las posibilidades del organismo humano frente a la complejidad del ambiente social. En este concepto de salud hay tres aspectos a considerar: un componente subjetivo (bienestar mental y social), otro objetivo (capacidad para la función) y un tercero de tipo psicosocial (adaptación social del individuo)”.

Pero el componente subjetivo, indispensable en el concepto de salud es, altamente perturbador desde el punto de vista médico-legal, a la hora de considerar el ataque a la salud personal como lesión. La alteración del estado de “bienestar mental y social”, resulta difícilmente objetivable por parte del perito médico y es fácilmente vulnerable, además de ser susceptible de constituir el bien jurídico de otro delito.

Cardona Llorens⁷⁹ piensa que “la lesión se debe definir como el menoscabo de la integridad biológica de la persona o lo que es lo mismo, la alteración del sistema estructural y funcional de la vida humana, es decir, de la estructura de los tejidos y órganos del cuerpo y de las funciones que sustentan la vida, la reproducción y la relación. El concepto de integridad, en biología humana, no ha de ser entendido en su habitual sentido de no deterioro del conjunto, sino como resultado de la integración de los elementos de ese conjunto, ya que las funciones biológicas poseen siempre el carácter de totalidad y así todo lo orgánico es también psíquico, y todo lo psíquico orgánico.

En el hombre todo lo orgánico transcurre psíquicamente y todo lo psíquico transcurre orgánicamente, no se puede hablar por tanto de cuerpo o mente, forma o función, sino de cuerpo y mente, forma y función”.

Así Cardona Llorens considera que no existen dos bienes jurídicos independientes que configuren el concepto de ser humano, ya que, estima que sólo existe un bien jurídico compuesto por todos los elementos que forman la persona así ha de entenderse mente y cuerpo, además de función y forma.

78 San Martín H, *Crisis Mundial de la Salud*. Madrid 1985, 1ª edición p.79 y 80.

79 Cardona Llorens, Antonio, *Estudio Médico Penal de los Delitos de Lesiones*, Madrid 1998, edición lit. p.35

También López Gómez y Gisbert Calabuig⁸⁰ al entender por lesión, “desde un punto de vista médico legal, toda alteración anatómica o funcional ocasionada por un agente externo o interno”, se adhieren a esta definición.

Del Rosal Blasco⁸¹ “afirma que tampoco puede olvidarse, que la limitación de los medios comisivos en los delitos graves conducía a la absurda consecuencia de no poder castigarse -al menos teóricamente- la comisión por omisión (artículo 420), según la redacción anterior a 1989, y sí sin embargo las lesiones menos graves (artículo 423), anterior a la Reforma de 1989.

Por otro lado, la presencia de un exceso de casuismo y objetivismo en la descripción de los comportamientos punibles, además de provocar inmensas dificultades a la hora de determinar el tipo aplicable, para referirle a él las normas del *iter criminis*, planteaba inevitables y prácticamente irresolubles problemas, toda vez que no era extraño que al reo se le hiciera responder de consecuencias no abarcadas por su dolo o imprudencia”.

Por otra parte la Reforma de 1989, se dirigió a solventar la parte más importante de estos problemas, se pretendió según el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de Junio, terminar, “con el envejecido y defectuoso sistema técnico de incriminación en atención a las cuantías, criterio resultativo que prescinde de cualquier valoración político-criminal”, sustituyéndose “aquellas tipicidades por otras en lo que lo determinante no es tanto el tiempo de sanidad de la lesión cuanto los modos y formas de su causación”.

De tal forma que el Código Penal de 1989, reflejó las tres dimensiones del concepto de salud, distinguiendo: la integridad corporal, la salud física y también la salud mental, consiguiendo, por vez primera en nuestra legislación, un concepto jurídico de lesión que permitía una concreción en los límites del delito así como cierta claridad en la definición de la tutela penal del delito de lesiones. No obstante, perdió la oportunidad de tipificar como punible el delito de lesiones al feto.

80 López Gómez L., Gisbert Calabuig, José Antonio, *Tratado de Medicina Legal*, Barcelona, 2018, 7ª edición, p. 311,312.

81 Del Rosal Blasco Bernardo, “La regulación del Delito de Lesiones...”, cit., p.13y ss.

Tamarit i Sumalla⁸² estudia “el bien jurídico protegido en el delito de lesiones a través de un análisis de la Reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989. Considera que el delito de lesiones ha sido uno de los clásicos sectores del Derecho Penal que, tanto por su importancia cualitativa como por su trascendencia práctica, mayor atención ha merecido por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Tal circunstancia unida a la tradicional invariabilidad de la regulación legal de estos delitos contenida en el Capítulo IV del Título VIII del Libro II del Código Penal, procedente en lo sustancial del Código de 1.848, podría suscitar la impresión de que pocas ideas novedosas puedan aportarse para enriquecer el debate teórico o completar las conclusiones asentadas por la doctrina, sin embargo, manifiesta que es necesario poner de relieve la existencia de importantes lagunas y cuestiones no resueltas, en relación con las cuales, la evolución de la sociedad, y las estructuras jurídicas exige el estudio de soluciones técnicas a los nuevos problemas”.

Tamarit i Sumalla⁸³ estima que debe completarse el estudio doctrinal con una referencia a la literatura comparada. “Ante todo hay que advertir, sin embargo, que es nota común a las legislaciones francesa, italiana, alemana e inglesa, la presencia en el mismo capítulo dedicado a las lesiones, de una figura delictiva relativa a la agresión física que no comparta un perjuicio o deterioro para la salud o la integridad corporal. Dicha fórmula de atentado corporal se recoge en ocasiones en un tipo autónomo, en relación con las modalidades caracterizadas por la producción de lesiones en la salud, como es el caso de la figura de “*assault*” (agresión) en el derecho anglosajón, o el delito de “*percosse*” (golpes) en el Código Penal italiano. Un camino diferente ha seguido el vigente Código alemán federal (StGB), cuyo parágrafo 223 describe conjuntamente las conductas de “maltratar corporalmente a otro” y “de perjudicar la salud”, como distintas modalidades de actuación que alternativamente pueden dar lugar al tipo básico de “lesiones corporales””.

Interesa destacar los puntos principales del debate doctrinal sobre el bien jurídico. La afirmación de la existencia de un objeto jurídico de tutela unitario para los diversos supuestos de lesiones corporales constituye en Alemania la posición sostenida por la mayoría de la doctrina, acudiéndose como concepto integrador de todos ellos a la noción “incolumidad corporal de la persona”, o “bienestar personal”, o en el caso de Bockelman⁸⁴, la “integridad del cuerpo humano”,

82 Tamarit i Sumalla, Josep María, *La Reforma del Delito de Lesiones*, Barcelona 1990, 1ª edición, p.17.

83 Tamarit i Sumalla, Josep María, *La Reforma del Delito...*, cit., p. 20 y 21.

84 Bockelman, Paul, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Bonn 1.957, 1ª edición, p. 84 y ss.

bajo el presupuesto de que “el maltrato corporal no es algo distinto del perjuicio a la salud, sino lo mismo”.

Si nos centramos en el análisis del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, en el régimen legal anterior a la última reforma en nuestro derecho positivo, pocas aportaciones se podrían efectuar a las conclusiones establecidas por la teoría monista de Berdugo Gómez de la Torre, al afirmar que “el bien jurídico salud”, no debe entenderse únicamente como la ausencia de enfermedad, y por tanto, el legislador debe adaptarse a la finalidad perseguida mediante la tipificación de estos comportamientos, sino que debe contemplar “el estado en que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones”.

Además, debe tenerse en cuenta, una visión de la salud desde un punto de vista global, tanto en la dimensión física como psíquica y entender que que la tutela de la misma no se limita a “la mera garantía de soporte material de ésta, sino que debe contemplar el ejercicio de la capacidad de disposición sobre el mismo”; Así como también, pensar que la protección de toda la sustancia corporal y la falta de enfermedad no son sino “facetas o aspectos de un bien jurídico único”.

Todas estas consideraciones no quedan desvirtuadas tras las modificaciones introducidas por la Reforma de 21 de junio de 1989, en el tipo básico (artículo 420) del Código Penal, que se refiere en el hecho de lesionar a otro en “su integridad corporal o su salud física o mental”.

El concepto de bien jurídico tiene unas connotaciones preponderantemente materiales, debiéndose acudir, por otra parte, para concretar su contenido, a las normas de rango constitucional, de ahí que los términos “salud” o “integridad corporal”, no haya que entenderlos como bienes jurídicos diferentes, ni mucho menos excluyentes, siendo en definitiva el juez/a o magistrado/a, o diferentes operadores jurídicos, quienes en el momento de aplicar el derecho determinen el bien jurídico tutelado en cada tipo según el momento en que las normas han de ser aplicadas, pero el objeto jurídico del tipo, no puede venir determinado únicamente desde el punto de vista gramatical, ni quedar vinculado por el artículo posesivo “su”, ya sea para referirse a la “integridad corporal”, como en relación con el término “salud física o mental”.

Tamarit i Sumalla⁸⁵ considera que “la “incolumidad personal”, como algo directamente vinculado al núcleo de la personalidad individual, y fundamentado en la dignidad humana y los “principios de tutela” consagrados en el artículo 10.1 de la Constitución Española. “La integridad física”, no puede protegerse como un interés independiente de la salud, ni, sobre todo, como algo mecánico y extraño al mismo sujeto que es titular de la misma.

En cuanto al derecho de “apariencia personal”, sin embargo, difícilmente podría integrarse en el concepto de salud física o tesis, a no ser que éste se extendiera hasta el punto de asimilarse a ideas más generales como de “bienestar o incolumidad”, lo cual viene a ser un argumento a favor de la remisión a un bien jurídico de mayor amplitud.

El concepto “incolumidad personal”, presenta en definitiva, una mayor virtualidad para delimitar el objeto jurídico de tutela, en la medida en que define mucho mejor que la noción “salud” un ámbito de garantía de indemnidad de una dimensión de la persona; es decir, expresa con mayor precisión la existencia de un auténtico derecho, como concreta posición jurídica de su titular ante el Estado y el resto de los ciudadanos, lo cual deja desprovisto de todo fundamento el mantenimiento de la protección penal mediando consentimiento del lesionado.

El derecho a “la incolumidad personal”, constituye una manifestación de “la dignidad humana”, erigido por el artículo 10.1 de la Constitución Española en “principio de tutela” de todos los derechos fundamentales, en la medida en que el respeto a la misma proyectada en tales derechos permite sentar las bases de un orden político y una paz social justa”.

Ruiz Vadillo⁸⁶ considera que “el Código Penal de 1995, presenta diferencias mínimas con la regulación anterior, aunque en algunos puntos mejora la anterior (que era muy reciente como la incorporada por Ley Orgánica de 21 de Junio de 1989) por estas razones: porque la palabra “objetivamente”, que se intercala es muy significativa respecto de la voluntad del legislador de superar por completo situaciones eminentemente subjetivas, como puede ser el caso del facultativo muy metódico que decide, aunque en la práctica no fuere necesario, un determinado tratamiento médico o quirúrgico”.

85 Tamarit i Sumalla, Josep María, *La Reforma del Delito...*, cit., p. 29.

86 Ruiz Vadillo, Enrique. “Responsabilidad Civil y Penal de los Médicos”, *Derecho y Salud*, nº 1 vol.III, año 1995, p.73.

Carbonell Mateu⁸⁷ manifiesta que la “modalidad del delito de lesiones se encuentra en el primero de los artículos del título, en el artículo 147.1, del Código Penal de 1995, precepto que formula un concepto general de lesión, idéntico al que hasta ahora contiene el artículo 420.1, ahora derogado, esto es, un concepto que gira, de un lado en torno al menoscabo de la integridad personal o de la salud física o mental y, de otro, sobre la necesidad del tratamiento médico o quirúrgico, además de una primera asistencia facultativa, para su sanidad. Dos, son, los cambios operados, ninguno de ellos especialmente relevante, refiriéndose a la aclaración de lo que según el Nuevo Código sea tratamiento médico o quirúrgico que ninguna duda había suscitado y a la determinación concreta de lo que no es tratamiento, respecto de la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión”.

Por otra parte, el Código Penal de 1995, ha resuelto un tema que dio lugar a polémicas doctrinales o lo que es más importante a un grado de inseguridad debido a vacilaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con el problema de cuando las lesiones eran constitutivas de delito y cuando de falta, teniendo en cuenta que el juego coordinado de los artículos 420,421, y 582 del texto que ahora se deroga conducía o podía conducir a resultados contradictorios y confusos según la interpretación que del sistema, nada claro, se hiciera no sólo por la doctrina científica sino lo que era mucho más grave por la jurisprudencia.

Del Rosal Blasco⁸⁸ manifiesta que “ muchos años antes de la reforma de 21 de junio de 1989, las tipologías de los delitos de lesiones ya habían quedado desde el punto de vista ideológico y político-criminal, obsoletas porque básicamente obedecían a concepciones decimonónicas en torno al bien jurídico protegido y, por tanto, muy mecanicistas y estrechas. Tan sólo muy tímidamente, a través de algunas reformas históricas, había sido el legislador capaz de tener en cuenta otros componentes del concepto de salud distinto de la integridad física personal, pero ésta seguía siendo sin duda alguna la idea básica sobre la que se sustentaba el objeto de tutela en los delitos de lesiones”.

Este autor considera que “la regulación que de los delitos de lesiones se hace en los artículos 147 y siguientes del nuevo Código Penal constituye, un notable esfuerzo por corregir, mejorar y

87 Carbonell Mateu, Juan Carlos y otro, Derecho Penal, Parte Especial, Valencia 2019, 6ª edición p.788,789.

88 Del Rosal Blasco, Bernardo, “La regulación de los delitos de Lesiones...cit...p. 202

completar la reforma de 1989. El resultado, en términos globales, y a pesar de los aspectos criticables, es bastante positivo, configurándose una regulación de los delitos de lesiones sustancialmente más correcta que la vigente hasta el mes de mayo de 1996. En este sentido el Título III del Libro II del Código Penal de 1995 es, posiblemente de los más salvables de su discutible Parte Especial.

Comienza señalando las modificaciones impuestas por la novedosa configuración, en la Parte General del Código, de la imprudencia y de los actos preparatorios punibles, de tal manera que se incluye junto a los tipos de lesiones dolosas, las lesiones imprudentes”.

Este autor indica que “ en el terreno de las novedades de más trascendencia, el legislador del Código Penal de 1995, ha introducido en el tipo básico de los delitos de lesiones dos modificaciones relevantes; la primera la del adverbio “objetivamente” en la descripción de los delitos de la lesión y la segunda, una interpretación auténtica de uno de los extremos más confusos del concepto de tratamiento médico, en el último inciso del artículo 147.1”.

Del Rosal Blasco⁸⁹ señala que “ a partir de la entrada en vigor del Nuevo Código Penal de 1995, será constitutiva de delito la lesión que “requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico” (artículo 147.1). Es evidente que el legislador del 1995, lo que ha pretendido con ello es fijar, de forma algo más precisa a como se hacía en el artículo 420, párrafo primero del Código derogado, la valoración de los requisitos que debe reunir una lesión para que pueda ser constitutiva de delito; porque en la anterior redacción se dejaba sin resolver adecuadamente dicho problema; es decir, se dejaba sin resolver la cuestión de si la necesidad de sólo una primera asistencia facultativa o de tratamiento médico o quirúrgico para la curación debía ser una cualidad predicable de la lesión originalmente producida, considerada ésta objetivamente, o por el contrario, el dato relevante a estos efectos debía ser lo requerido final o efectivamente para la curación de la lesión. La pregunta surgía porque se podían plantear algunos supuestos dudosos, cuándo, por ejemplo, en los casos en que transcurría mucho tiempo antes de que el lesionado fuera asistido o si éste rehusaba a acudir al médico para curarse, o si se negaba a tomar la medicación indicada, complicándose como consecuencia de alguna de estas circunstancias la lesión o adquiriendo ésta una importancia superior a la originaria. La doctrina había coincidido en que lo único relevante, a estos efectos, debía ser la lesión originalmente producida, considerada

⁸⁹ Del Rosal Blasco, Bernardo, “*La Regulación de los delitos de lesiones...*”, cit., p. 205.

ésta objetivamente y el legislador parece querer alejar toda sombra de duda acerca de que ésta, y no otra, es, en efecto, la solución correcta”.

Tamarit i Sumalla⁹⁰ considera que “el artículo 147 del Código Penal de 1995 contiene el tipo básico de lesiones, función que ya desempeñaba el anterior artículo 420, pero que ahora se ve reforzada con la nueva ubicación sistemática del precepto y con la alusión a que el sujeto activo será castigado “como reo del delito de lesiones”. Por su carácter de tipo básico el artículo 147 proporciona un concepto general de lesión, como “menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental”. Por otra parte, atendiendo a la definición genérica del artículo 147, cabrá reputar también lesión, a pesar del estricto sentido gramatical de la palabra (procedente de la legislación decimonónica), todo tipo de enfermedades, incluidas las de carácter psíquico.” El menoscabo a la salud se consumaría con la provocación o aumento de un estado de enfermedad, con independencia de su duración, siendo suficiente el empeoramiento o mantenimiento (cuando hubiera una obligación jurídica de curarla) de una enfermedad ya existente”.

El artículo 147 del Código Penal de 1995, acoge una definición amplia de enfermedad, entendida como cualquier alteración más o menos grave, en la salud de las personas. Refrendado por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de noviembre de 1991, “en la que se condena a diversos responsables de la realización de transfusiones de sangre infectada por el virus del SIDA”, invoca esta concepción amplia, para considerar, como enfermedad, el hecho de no necesitar desarrollar la enfermedad bastando únicamente con ser portador de anticuerpos, De tal forma que, cuando la lesión consista en la transmisión de una enfermedad, no es preciso establecer concurso entre el delito de lesiones y el delito de propagación maliciosa de enfermedades transmisibles a las personas (antiguo artículo 348 bis).

González Rus⁹¹ manifiesta que la regulación de las lesiones no sufre, en comparación con el Código anterior, grandes modificaciones, y que aunque el Código Penal de 1995, utiliza indistintamente a la “integridad corporal” o a “la salud física o mental”(artículo 147.1), a la salud física o psíquica, (artículo 148.1), a la integridad de las personas, lo que podría suponer que integridad y salud son bienes distintos.

⁹⁰ Tamarit i Sumalla, Josep Maria, *La Reforma del ...*, cit., p. 36.

⁹¹ González Rus, Juan José y otros, *Curso de Derecho Español, Parte Especial*, Madrid 1996, 1ª edición, p.140.

Así el concepto de salud, supone comprender cualquier alteración del normal funcionamiento del cuerpo, ya sea por pérdida de sustancia corporal, (integridad), ya sea por inutilización funcional de cualquier órgano o miembro (inutilidad), ya sea por enfermedad física o psíquica. En definitiva, supone entender el concepto como ausencia de enfermedad, o de alteración corporal, es el más adecuado para designar el bien jurídico protegido.

Por ello, la integridad corporal en sí misma desconectada del concepto más general de salud, no puede ser el bien jurídico protegido, en la medida en que puede haber pérdidas provocadas de sustancia corporal que persiguen precisamente mejorar la salud del sujeto.

Vázquez Iruzubieta⁹² la lesión “es un menoscabo de la salud o de la integridad corporal o cualquier acto que sin causar la muerte cause daño o dolor físico en el cuerpo. La lesión produce la enfermedad, la que puede curar dejando o no secuelas, por lo que la lesión implica las enfermedades físicas o psíquicas, los defectos que de ellas provengan o la pérdida de una parte de sustancia corporal La integridad corporal se refiere sólo al aspecto físico. El ataque a la integridad corporal se manifiesta como una solución de continuidad del cuerpo humano a causa del ataque del bien jurídico”.

También manifiesta que el delito de lesiones “se caracteriza por la intención de herir, golpear a otro, para producir un menoscabo en la salud o en la integridad física sin que sea un menester proponerse un resultado matemáticamente previsible y que el concepto de lesión supone cualquier perturbación de la situación física o psíquica de una persona, que son conceptos similares a los de enfermedad”.

VII.1.2. Desde un punto de vista Jurisprudencial

La Sentencia de 20 de diciembre de 1.921, define por primera vez el concepto jurídico penal de lesión en los siguientes términos: “la frase lesión que no es sinónima de herida, ha evidenciado su espíritu de castigar todo daño o detrimento corporal causado violentamente y constitutivo, según sus distintas gradaciones de herida, contusión, equimosis, o erosión, que es lo que integra el concepto jurídico-penal”.

⁹² Vázquez Iruzubieta, Carlos, *Nuevo Código Penal Comentado*, Madrid 1996, 1ª edición, p. 228.

Esta definición, la maneja también el Tribunal Supremo en las Sentencias: 6 de marzo de 1.962, 21 de mayo de 1.969, 14 de noviembre de 1.969, 14 de diciembre de 1980. En estas sentencias se observa que el bien jurídico “daño o detrimento corporal o integridad física” es el más utilizado, lo que evidencia la consideración del concepto de lesión como de un mal exclusivamente físico⁹³.

No obstante, igual que se agrede un miembro del cuerpo humano, puede herirse la mente⁹⁴.

En las Sentencias que, “aunque se sigue hablando de integridad física o detrimento corporal”, se admite expresamente que la “salud”, como ausencia de enfermedad, constituye el bien protegido penalmente en el delito de lesiones, no mencionándose como comprendido en el término “salud”, la salud psíquica⁹⁵.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de marzo de 1971, es cuando la jurisprudencia fija por primera vez, los bienes jurídicos objetos de protección en esta figura delictiva como “un daño en el cuerpo, en la salud, o en la mente”⁹⁶.

Ahora bien, si se estima que las lesiones implican “una disminución en la integridad corporal, un daño en la salud, o una incapacidad para el trabajo”, y, que toda acción u omisión que produzca una perturbación del bienestar corporal sin perjuicio de la salud o que produzca una perturbación de la salud (en el más amplio sentido de la palabra, desde las enfermedades físicas hasta las psíquicas), o que produzca una disminución en la capacidad laboral o en la integridad corporal), según este punto de vista este tipo delictivo perseguiría la tutela del “bienestar personal”, bien jurídico, integrado tanto por la salud y la integridad corporal cuanto la incolumidad, incluyendo con esta última los simples malos tratos dentro de las lesiones.

93 Destacando en este sentido, las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo:

25 de junio de 1.945, 10 de Julio de 1.954, 4 de Julio de 1.958, 10 de Marzo de 1.960, 12 de Febrero de 1.963, 28 de Abril de 1.969, 22 de Junio de 1973, 7 de Mayo de 1975, 9 de Octubre de 1976, 3 de Noviembre de 1976, 5 de Mayo de 1978, 19 de Mayo de 1981, 14 de Febrero de 1983, 29 de Marzo de 1984, 16 de Mayo de 1985, 4 de Marzo de 1986 y 20 de Mayo de 1989, 5 de noviembre de 1991 y 1 de Marzo de 1993.

94 Criterio recogido por la jurisprudencia, en las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo: 24 de noviembre de 1.945, 2 de junio de 1.953, 8 de mayo de 1.956, 7 de febrero de 1.959, 18 de octubre de 1.967, 13 de junio de 1.969;

95 Existen dos Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1.953 y de 7 de mayo de 1.969 en cuyos considerandos, (actualmente, fundamentos jurídicos), se manifiesta, que hay que tener en cuenta, el tiempo de sanidad de las lesiones de carácter mental o interno para la valoración criminal del delito, siendo, por tanto, las dos primeras referencias doctrinales que el Tribunal Supremo hace de enfermedad mental.

96 Concepto que ratifican las Sentencias del Alto Tribunal: de 6 de marzo de 1975, 27 de octubre de 1977, 25 de febrero de 1986, 30 de marzo de 1987, y 31 de Mayo de 1989, en la cual se considera que por lesiones se ha de entender todo deterioro o menoscabo causado en el cuerpo, en la salud o en la mente de otra persona y que no se produzca con “*animus necandi*”.

A partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1973 y es seguida por las siguientes Sentencias del Alto Tribunal: 21 de Diciembre de 1978, 16 de Marzo de 1979, 19 de Noviembre de 1979, 29 de Octubre de 1980, 13 de Julio de 1990, que distingue entre lesión, “en su acepción gramatical, que es sinónima de daño corporal o alteración patológica del ser humano en su sentido más amplio”, y lesión en su aceptación doctrinal y legal que “supone cualquier perturbación de la situación física y psíquica de una persona”, con lo que parece referirse a la incolumidad corporal como bien jurídico protegido, aunque, seguidamente introduzca un elemento de confusión al afirmar que en ambos casos se trata de “conceptos similares a la enfermedad, todos ellos entendidos como manifestaciones de una alteración en la salud normal”. Esta formulación tan amplia del tipo básico ha tenido honda repercusión en la Jurisprudencia enunciada.

Si el bien jurídico tutelado lo integra la “salud” entendida en su doble acepción física y psíquica, la Jurisprudencia recoge por primera vez este criterio en la Sentencia de 6 de marzo de 1980 en la que afirma: “el bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad corporal es la falta de salud, entendida en su doble acepción de física o psíquica”. Posteriormente es también expuesto en las Sentencias: 2 de marzo de 1985, 25 de marzo de 1985 y 27 de marzo de 1985.

En mi opinión, los medios o formas de causación determinan la tipicidad, que, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, han sustituido el criterio tradicional, concebido penológicamente con un resultado lesivo, este nuevo sistema en que sanidad de la lesión no determina la tipicidad, aunque sea exigible un cierto sustrato fáctico, pues el propósito de menoscabar la integridad o la salud física o psíquica debe ir acompañada de algo material⁹⁷.

La STS 9 de junio de 1998, que reformó los delitos de lesiones operada por LO 8/83, significó un cambio trascendental en la estructuración de los tipos penales que protegen la integridad corporal y la salud. Y, ello porque se puede producir por acción un omisión un delito de lesiones causado por cualquier medio o procedimiento, lo que supone que no es necesario generar una agresión a un bien jurídico protegido mediante una actuación directa sobre el perjudicado, puede realizarse a través de una persona u objeto según se desprende tanto del artículo 147 CP como del artículo 428 del texto derogado.

⁹⁷ STS de fecha 26-2-1998, 9-12-1999 y 16-6-1999.

En definitiva, lo decisivo, no es la forma de acción, en este nuevo sistema, la forma de acción carece de una caracterización especial, lo esencial es su causalidad respecto al resultado, del menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental.

Diferenciándose del anterior sistema caracterizado primordialmente por describir determinadas formas de acción, (herir, golpear, maltratar de obra), que implicaban explícitamente una actuación sobre el cuerpo de la víctima.

El delito de lesiones, se configura actualmente por dos elementos objetivo y subjetivo.

El objetivo, consistente en causar daño a la víctima según los diferentes tipos del Código Penal, y un elemento subjetivo, compuesto por el dolo de lesionar menoscabando la salud física y psíquica, tanto si el agresor se representó directamente el resultado, como si sólo se lo representó como probable, pero a pesar de todo, lo aceptó y continuó con la realización de la acción⁹⁸.

En consecuencia, las lesiones pueden ser cometidas por cualquier medio o procedimiento, por ejemplo, en el supuesto de un secuestro, que priva de libertad, es decir, un encierro que priva de deambular, escasa luz, comida racionada, con estancia prolongada en el tiempo, que producen lesiones por causación activa y omisiva necesitando el secuestrado tratamiento médico durante el año siguiente a su liberación⁹⁹

Ahora bien, para que exista tipicidad penal deben concurrir los siguientes requisitos: se debe estudiar si la acción creó un riesgo jurídicamente desaprobado, para la producción del resultado, también, debe existir una relación causal matizada a través de la teoría de la imputación objetiva, y observar si resultado que produjo la acción, es la realización del peligro que generó la acción¹⁰⁰.

Inicialmente, hay que verificar la relación causal natural, sin ley natural de causalidad no puede existir la imputación objetiva, por lo tanto, sólo es posible la relación entre la acción y el

98 Según (STS 15-9-1999, 24-11-1999,13-02-2004).

99 STS (6-5-2004).

100 De conformidad con las (STS14-4-2005,17-5-2005,30-11-2009).

resultado, cuando la conducta haya creado un peligro no permitido o jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro.¹⁰¹

En un segundo momento, hay que apreciar un peligro jurídicamente desaprobado, para la producción del resultado, es el supuesto de quien da un cabezazo a otro, y, dada la falta de una causa de justificación, crea un riesgo jurídicamente, ya que puede ser suficiente para privar de la consciencia y que el agredido, caiga al suelo pudiendo el agredido golpearse nuevamente en la caída contra el suelo, dado que tiene lugar fuera de todo control¹⁰².

En tercer lugar, hay que comprobar que el resultado generado sea imputable al autor, en la medida en que el riesgo que produjo no concurra con otros que permitan explicar el resultado al que nos referimos¹⁰³.

Y, finalmente que la lesión tenga una incidencia corporal, a partir de la cual se deriva como resultado mediato, el perjuicio físico o psíquico, es decir, que se produzca el resultado lesivo.

Examinado este desarrollo doctrinal, y centrada la idea de qué es lo que consideramos lesión y analizados los códigos penales anteriores a 1995, que reconocían como bienes jurídico-penales únicamente la vida y la salud de las personas estableciendo un amplio sistema de protección integrado por los delitos de lesión y la vida del feto, protegida a través del delito de aborto. Inexistente pues, hasta el Código Penal de 1995, una figura que protegiera la salud al feto, regulada a través del delito de aborto. La incorporación de los artículos 157 y 158, supone la introducción de un bien jurídico-penal nuevo, la salud e integridad del feto. Y, además se da repuesta a la incriminación de las lesiones causadas al nasciturus.

Como se observa el concepto de lesiones es amplio y hay que centrarlo en el delito de lesión y otra cuestión es que sí la lesión inicialmente causada sobre el feto alcanza a la persona nacida puede ser que ésta fallezca y otra cuestión es cuando, el resultado consistía en la consolidación

¹⁰¹ Y, ello según se recoge en (STS 22-5-2004, 10-12-2007).

¹⁰² Así lo establece (STS 13-9-2006).

¹⁰³ Lo refrendan (STS 17-9-99,30-11-2009, 10-12-2007).

de las lesiones fetales en el niño nacido, así como la permanencia de estas lesiones después del nacimiento.

Mientras que en el primer caso, la acción lesiva incidía en el feto y el resultado se producía en una persona, de modo que entre ambos momentos mediaba una transformación jurídica del objeto material de la conducta, en relación con el segundo caso, es necesario, establecer la naturaleza del menoscabo producido en la integridad del feto, es decir, determinar si ya se consumó una lesión, que simplemente se manifiesta después del nacimiento o sí, por el contrario, no puede, en sentido jurídico, conceptuarse el menoscabo fetal como lesión, siendo necesaria su extensión a la persona para que dicha conceptualización resulte posible. Si así fuera podría afirmarse, que la acción incide sobre un objeto jurídico con calidad de feto y el resultado por su parte se produce en un objeto jurídico distinto con calidad de persona.

La distinción entre manifestación de un resultado ya consumado y la producción de dicho resultado, se convierte en elemento esencial para la resolución de nuestro planteamiento, de hecho, los tipos de lesiones exigen una acción que produzca un perjuicio en la integridad corporal o la salud física o psíquica de otro, esto es, de una persona. No se conforman por imposición de la descripción típica con una lesión que producida en otro sujeto jurídico distinto, el feto, se limita a manifestarse posteriormente a la persona nacida, pues en tal caso el menoscabo corporal no se causó a una persona sino que ella tan solo padece las consecuencias o efectos de una lesión previa.

Por ello, la necesidad de conceptualizar la actuación lesiva sobre el feto, así negaba al mismo, toda capacidad de ser objeto de lesiones, dicha actuación sólo podrá producir un resultado en la persona nacida, lo que facilitaría su posible subsumición en el delito de lesiones.

En este punto, se hace preciso la distinción entre lesiones en sentido natural y en sentido jurídico, en el primer caso, existirá una lesión cuando se produzca una modificación del estado corporal actual de un ser humano, jurídicamente es necesario, además que aquél posea salud, sólo entonces, es posible menoscabar las funciones corporales humanas, no siendo predicable del feto, la posesión de salud la única lesión que existe desde un punto de vista jurídico es que afecta a las funciones corporales del niño nacido. Así se logra salvar la literalidad de la ley.

La diferencia entre lesiones en su vertiente natural y lesiones en su vertiente jurídica permite rechazar que la incidencia de la acción sobre el feto obliga a sostener que la persona ya nació lesionada.

La distinción entre delitos de efectos permanentes y delitos de estado sólo es significativa una vez producido el resultado típico. De imposible producción este último en el periodo prenatal, la diferenciación anterior resulta inoperativa; ni se produce el resultado de los delitos de lesiones ni en consecuencia se ha creado estado antijurídico alguno que permanezca en el niño nacido.

Según hemos analizado, el tipo de lesiones exige una acción que produzca un perjuicio en la salud física o psíquica de otro, es decir, de una persona, ahora bien, cuando la lesión se produce en el feto y el resultado en la persona nacida, como por ejemplo, las lesiones que permanecen en el neonato, se plantea el problema de la calificación, porque la acción se inicia en el feto y el resultado se produce en la persona nacida y el Código Penal anterior a 1995, consideró cuando las lesiones se manifestaban en el neonato, que eran impunes porque no se tutelaba la salud del feto.

Es el caso de la transmisión del SIDA, al feto, a través de su madre, o las transfusiones de sangre, considero que desde el momento que el sujeto pasivo es seropositivo se produce una lesión corporal independientemente de que se desarrolle la enfermedad, así Quintero Olivares¹⁰⁴, manifiesta que “subsiste el problema de la valoración penal de un resultado incierto, ya que el desarrollo de cada enfermedad es variable, pero ese problema también existe en el derecho vigente y en cualquier sistema normativo que se vea compelido a pronunciar una valoración en un momento y circunstancia dada”.

Romeo Casabona¹⁰⁵ indica que “aunque con la simple infección se ha consumado el tipo básico de lesiones, sin embargo, debe aceptarse que los cambios producidos en la evolución del afectado, deben tenerse en cuenta para fijar la exacta naturaleza del delito consumado, con lo cual habría que aplicar un tipo cualificado”.

104 Quintero Olivares, Gonzalo “Comentarios al Nuevo Código Penal”, director Quintero Olivares, Gonzalo, Pamplona 2016, 10 edición, p.123

105 Romeo Casabona, Carlos María “Sida y Derecho Penal”, *Problemas del Tratamiento Jurídico del Sida*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1995, p.80.

En mi opinión, considerar la calificación como tipo básico de lesiones, supone admitir que desde el contagio existe una lesión, cuando en realidad, lo que se produce es una enfermedad somática grave, porque el sujeto pasivo infectado adolecerá de diversos trastornos (comportamientos psicóticos, falta de coordinación, disminución de defensas orgánicas y acortamiento de vida) y, progresivamente irán apareciendo signos externos de la lesión ya consumada.

Independientemente de considerar que desde el contagio se produce infección o sí es preciso estar a las manifestaciones externas para determinar el resultado, es obvio, que hay que estudiar, cada supuesto en particular, para determinar que no sólo el resultado determinará la tipicidad en la que se pueda encuadrar (aborto, homicidio), sino que además debe existir una relación de causalidad entre la acción y el resultado y objetivamente imputable al autor, en este supuesto, es obvio que, que se produce desde el momento del contagio, se genera una lesión que llevará a un deterioro progresivo de la salud en el neonato durante un periodo de vida con manifestaciones externas permanentes, lo que supone no calificar como delito de lesiones y en cambio, podría calificarse atendiendo la resultado como delito de homicidio, sí además la acción se dirige de forma finalista a producir el resultado, o sí evidentemente se realiza una acción peligrosa, y ese resultado permite ser consecuencia de la acción, que hay que tener en cuenta, que se ejerció sobre el feto, y, en consecuencia, sí nos acogemos a la teoría amplia de aborto podemos delimitar los tipos de aborto y homicidio, de tal forma que entonces la calificación, aplicando la teoría de la acción, se fijará en el momento en que la acción incidió sobre el objeto material, de tal manera que nos hallamos ante un aborto cuando la acción recae sobre el feto, mientras que cuando la acción recae sobre el neonato nos hallamos ante un homicidio.

Por lo tanto, discernimos entre la muerte de un ser humano y la producción de un aborto.

Sí consideramos además según Sentencia de fecha 5-4-1980, que el ser humano es un devenir, observamos que nos encontramos ante un objeto material y, sobre todo, ante un bien jurídico, cuál es la vida humana, en diferentes estadios de evolución, por lo que no sería factible aplicar un concurso de delitos, porque es materialmente imposible acumular ambas lesiones.

Otra opción, que podemos plantearnos es calificar como tentativa de aborto, pero obviamente hay que observar el resultado producido, que en este supuesto, es la muerte del ser humano.

También cabe la posibilidad, de calificar, como homicidio imprudente, pero, lo que sucede, es que el dolo va encaminado a destruir el feto, pero se produce un homicidio, es decir, inicialmente no existe “*animus necandi*”, y, en consecuencia, habrá que valorar, otros interés reflejo de la evolución social, ya que la madre puede querer interrumpir el embarazo y se generan distintos y encontrados intereses entre la madre y el feto, que excluye, otras figuras delictivas, por ello, nos inclinamos por la calificación de aborto.

Si al hilo de lo expuesto, analizamos el delito de infanticidio, tipificado en “el artículo 410 del Código Penal de 1973, que castigaba, la muerte de un recién nacido siempre que los autores fuesen la madre y los abuelos maternos y el móvil fuera ocultar la deshonra de la madre” y, en definitiva el buen nombre de la familia, todo ello encuadrado en un concepto histórico -cultural y social determinado, es claro que, podemos entender la calificación de aborto de forma preferente a la de homicidio. Y, así cunado el tipo penal, se realizaba de forma imperfecta y se producían lesiones, los hechos tenían la calificación de tentativa de infanticidio, frente a la calificación de lesiones, porque estas lesiones se causan dentro de un determinado contexto socio- cultural e histórico, que refleja el móvil (deshonra de la madre), por el que actuaron los sujetos activos, lo que deviene en un tipo privilegiado.

Otra cuestión a estudiar, es cuando se actúa agrediendo de forma intencionada al feto, es decir, conociendo y teniendo en cuenta, los peligros de la acción y, se produce la muerte del neonato, es decir, queriendo causar, lesiones al feto se produce lesiones en la persona nacida.

Según el Código Penal anterior, se produce la atipicidad dada la impunidad de las lesiones dolosas o culposas causadas al feto. Y, según la teoría amplia de aborto nos hallamos ante un aborto típico, salvo el cometido por la madre.

Después de este somero análisis la acción sobre el feto, causante de la muerte de un neonato tendrá la calificación de aborto consumado ya se produzca la muerte antes o después del nacimiento.

Ahora bien, como justificar jurídicamente, cuando se transmitió el sida al feto y la persona fallece con treinta años, que nos encontramos ante un supuesto calificado como aborto, aunque jurídicamente sea una calificación adecuada, habrá de encuadrarse en el marco histórico-cultural y

social que nos toca vivir y por ello, surge un nuevo tipo penal, cuál es el delito de lesiones al feto, porque es muy diferente el “*animus necandi*”, dirigido a una persona, que querer destruir el feto, se trata en definitiva, de atribuir a la acción un sentido lógico -racional y ajustado a la sociedad, puesto que el cambio social, exige que los derechos se metamorfoseen para adecuarse a los nuevos retos sociales, ya que el derecho elabora normas indicando lo que es legítimo y lo que no, e implica un entramado de conductas que deben ser reflejo del contexto socio-cultural en que se han de aplicar.

En consecuencia, previo al nacimiento se protegen la vida y la salud del feto a través de los tipos penales aborto y lesiones al feto respectivamente. Pero, no es menos cierto, que hay que matizar puesto que se protegen en el tipo de lesiones al feto las lesiones graves, quedando actualmente impunes las lesiones leves según los artículos 147 y 148 del Código Penal de 1995.

Examinado el concepto de lesión, desde un punto de vista doctrinal, y jurisprudencial y considerando un concepto general de lesión constitutiva de delito que refleja las tres dimensiones del bien jurídico protegido (la salud personal): la integridad corporal, la salud física y la salud mental, es necesario determinar los requisitos que debe reunir toda lesión, para que sea constitutiva de delito, por ello es necesario determinar, la interpretación auténtica del concepto de tratamiento médico, de conformidad con la regulación del Código Penal de 1995.

VII.2. CONCEPTO DE TRATAMIENTO MÉDICO

VII.2.1. Desde un punto de vista doctrinal

Carbonell Mateu¹⁰⁶ y González Cussac¹⁰⁷ manifiestan que “tratamiento significa tanto como acción prolongada más allá del primer acto médico y supone una reiteración de cuidados que se continúa por dos o más sesiones hasta la curación total”.

Según reforma 1/15 y 2/15 de 30 de marzo, del Código Penal de 1995, la acción quirúrgica exigirá siempre un tratamiento reparador del cuerpo para restañar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida como consecuencia de la agresión. Cualquier operación que necesite

¹⁰⁶ Carbonell Mateu J. C., y otros, *Derecho Penal, Parte Especial*, Código Penal de 1995, Valencia 2019 6ª edición, p. 791.

¹⁰⁷ González Cussac, José Luis, y otros, *Derecho Penal, Parte Especial*, Código Penal de 1995, Valencia 2019, 6ª edición, p.792.

cirugía reparadora y suponga la necesidad de aplicar puntos de sutura es y constituye tratamiento quirúrgico que impedirá su inclusión en el artículo de los delitos leves.

Para Boix Reig¹⁰⁸, “el criterio diferenciador entre delito y falta, será la existencia de un tratamiento médico o quirúrgico considerado incluido en aquél la persistencia (más de una) de asistencias facultativas imprescindibles para su curación”.

Muñoz Conde¹⁰⁹ y García Arán,¹¹⁰ indican que “es difícil pensar en la existencia de un tratamiento médico o quirúrgico que no requiera de una primera asistencia facultativa”. En definitiva “el límite mínimo de intervención del Derecho penal está en presencia de un menoscabo en la salud, aunque no requiera ni tratamiento ni asistencia. La ausencia de menoscabo podría traer consigo la aplicación de una falta de malos tratos”.

El problema, no es otro que el determinar a efectos penales y de forma precisa que ha de entenderse por “tratamiento médico o quirúrgico”, independientemente de la precisión en el significado determinado por el legislador a la hora de redactar los tipos sancionadores del delito y de la falta de lesiones.

En primer lugar, para Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta¹¹¹, “parece evidente, que no sólo es difícil pensar en la existencia de un tratamiento médico o quirúrgico que requiera de una asistencia facultativa, sino que es imposible, todo tratamiento médico o quirúrgico lleva necesariamente aparejado un acto inicial, aun cuando sólo sea de diagnóstico o prescripción, una primera atención en definitiva”, que, a efectos penales, deberá entenderse en todo caso, como de “primera asistencia”.

A sensu contrario, se podría pensar, que, aun constante la realidad del tratamiento médico o incluso quirúrgico y cualquiera que fuese la importancia y entidad de los mismos, si no concurre, como presupuesto, una primera cura de la que parte un ulterior tratamiento, el hecho no podría ser considerado jamás como delito de lesiones. Esta inadmisibles conclusión, no es más que la

108 Boix Reig, J y otros, *Derecho Penal, Parte Especial, Código Penal de 1995*, Pamplona 2016, 2ª edición, p.792 y 793.

109 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 2021, 23ª edición, p.75.

110 García Arán, Mercedes, López Garrido, Diego, *El Código Penal y La Voluntad del Legislador*, Madrid 1996, 1ª edición, p.63.

111 Arroyo de las Heras, Alfonso, Muñoz Cuesta, Javier, *Delito de...*, cit., p. 47.

consecuencia de confundir, asimilándolos, los conceptos de “primera asistencia” y “asistencia inmediata”, atendida ésta como la atención próxima en el tiempo en que se produce la lesión y de la que parte el tratamiento ulterior, sin tener en cuenta que lo que se exige por el legislador es la “primera asistencia”, sin limitación temporal alguna ni notas específicas de tan genérico concepto.

Otro problema que se plantea es si dicho tratamiento ha de ser dispensado, en todo caso, por un licenciado o titulado en Medicina o lo que es lo mismo si la expresión “tratamiento médico,” ha de ser entendida como “el tratamiento que realiza el médico”.

Romeo Casabona¹¹² “define el tratamiento médico-quirúrgico como aquella actividad profesional del médico, dirigida a diagnosticar, curar, o aliviar, una enfermedad, a preservar, directa o indirectamente, la salud o a mejorar el aspecto estético de una persona”.

Del Rosal Blasco¹¹³, considera otro problema, “sí el concepto de primera asistencia facultativa implicaba o no la idea de un único acto médico curativo para lograr la sanidad de la lesión”. En lo que se refiere a este aspecto, “manifiesta que el concepto de primera asistencia facultativa para lograr la sanidad no tenía porqué implicar, necesariamente, la idea de un único acto médico para lograr la sanidad, porque bien podía incluir una segunda visita al facultativo o a las asistencias necesarias para retirar unos puntos de sutura, una venda, o una escayola, o para verificar que la medicación indicada había sido eficaz y la herida había sanado correctamente”.

El legislador parece haber aceptado este punto de vista, de modo que en el artículo 147.1 del Código Penal de 1995 “ la necesidad de sólo una primera asistencia facultativa para la sanidad de una lesión”, implica que la lesión es de una entidad tal que su sanidad se logra con las indicaciones o las prescripciones, los cuidados, o la intervención, recibidos en una primera y única actuación del médico o personal sanitario cualificado que tien por objetivo disminuir, eliminar o aliviar o, los efectos dolorosos y perjudiciales para la salud de dicha lesión, lo que no excluye la posibilidad de que, en su caso, además de aquélla primera intervención, haya una actuación posterior de control (que puede consistir en en la retirada de curas, vendas, escayolas, puntos de sutura, la

112 Romeo Casabona, El médico ante...cit.p.180

113 Del Rosal Blasco, Bernardo”La regulación de los delitos de Lesiones en el NCP de 1995”, Consejo General del Poder Judicial, 2ª a 3ª época, nº2 año. 1996, p.202.

mera observación de la lesión, en la exploración del paciente, etc...), lo que lleva a conseguir la definitiva sanidad de tal lesión.

“La necesidad de tratamiento médico o quirúrgico para la sanidad de la lesión”, que también recoge nuestro Código Penal, significa que la entidad de la lesión es tal, que para su curación, el médico o personal sanitario debe repetir o retirar aquéllas prescripciones o indicaciones o aquellos cuidados, que tienden a aliviar, disminuir, o eliminar, los efectos perjudiciales para la salud de tal lesión, aplicando sobre el paciente, aquélos conocimientos o técnicas que conozca, en cada uno de ellos y hasta obtener su completa sanidad.

Ruiz Vadillo¹¹⁴ manifiesta que “ en la medida en que no se ha alterado en nada más la formulación típica, permanecen inalteradas el resto de las cuestiones que plantea el tipo objetivo”;

En especial, si se analiza la estructura de la acción típica, la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico pertenece al resultado de la misma, no porque sea necesario respecto de él, afirmar la imputación objetiva, sino porque la Ley, de entre todas las consecuencias ulteriores de la acción agresiva, ha querido, precisamente seleccionar como criterio básico fundamentador de un injusto penal, constitutivo de delito de lesiones, el requisito de lo necesario para la sanidad de la lesión.

Dicho de otra forma, al igual que, en el Libro II del Código Penal hay tipos en los que en la conducta se satisface con la mera manifestación externa de la voluntad, hay otros que, sin embargo, exigen además la producción de una serie de consecuencias vinculadas causalmente a aquella manifestación externa de voluntad;

En este segundo caso, el Código no suele contemplar la totalidad de las consecuencias de la acción, “sino solamente aquéllas que, por su importancia fundamentadora del injusto típico, han sido seleccionadas por la Ley al estructurar la correspondiente figura de delito”. Sucede, entonces que el legislador ha querido expresamente seleccionar como fundamentadora del injusto típico en el artículo 147.1 del Código Penal de 1995, no sólo la consecuencia del menoscabo sino igualmente la de los requisitos necesarios para la sanidad. Dato éste del que no se puede negar su cualidad de consecuencia ulterior de la acción, al margen de que, desde la perspectiva de la imputación

¹¹⁴ Ruiz Vadillo, Enrique, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Madrid 1997, 1ª edición, p.1.938.

subjetiva, haya de verificarse el grado de conocimiento o previsión de tal circunstancia para obrar en consecuencia.

“ La necesidad de tratamiento médico o quirúrgico”, integra pues el resultado de la conducta típica y pertenece por tanto a su estructura, con todas las consecuencias que ello implica tanto para la imputación objetiva como para la subjetiva

Berdugo Gómez de la Torre¹¹⁵, considera que “el objeto de estudio se circunscribe de modo exclusivo a los problemas derivados de la actividad médica encaminada a incidir positivamente sobre el bien jurídico tutelado en las lesiones, es decir, al tratamiento con fines curativos, pues en los casos en que el tratamiento médico pretende otra finalidad, son supuestos que deben ser reconducidos al libre ejercicio del derecho de disposición sobre la propia salud, esto es el tema del consentimiento, en cuanto se trata de acciones que objetivamente repercutan de forma positiva en la salud, sino que, al contrario, su incidencia pueda ser de carácter negativo, en cuanto suponen una puesta en peligro de la misma”.

A mi juicio, el concepto de tratamiento médico debe integrarse a través de aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que produzcan la necesaria seguridad jurídica, que todos los tipos penales requieren.

No pude identificarse, según mi opinión, con la intervención de un facultativo, ni con una prescripción médica, más allá de la necesidad para la curación de las heridas, lo que implica, que, es un concepto eminentemente normativo.

En conclusión, podemos decir que tratamiento médico, es el conjunto de prescripciones, indicaciones y cuidados médicos que se usan para curar las enfermedades o sí no es curable, para reducir sus efectos perjudiciales, y existirá el tratamiento, desde el punto de vista jurídico- penal, en toda actividad posterior tendente a curar o sanar personas, siempre que esté prescrita por el médico, siendo indistinto que lo realice él mismo o se lo encomiende a los enfermeros, técnicos o auxiliares sanitarios o a una persona carente de titulación, bien porque se derivó al paciente

115 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *El delito de...*, cit., p.43

a rehabilitación o porque deben retirarle de curas, vendas, escayolas, puntos de sutura, o por prescripción de medicamentos.

El concepto de tratamiento médico supone la realización de todas las pruebas necesarias para averiguar el perjuicio causado al paciente o la enfermedad del mismo y conseguir su sanación o evitar su deterioro, para ello, inicialmente se realizarán exploraciones y pruebas radiológicas, y, posteriormente, si fuere necesario intervenciones quirúrgicas, rehabilitación, prescripciones farmacológicas, en definitiva se tiende a una planificación de actividades médicas tendentes a sanar o curar así como a disminuir los deterioros que la enfermedad puede causar o el perjuicio del que adolezca el paciente, siempre y cuando no se trate de simples vigilancias, hasta alcanzar el alta médica definitiva, que supone que la persona está curada o en definitiva, que no será ya necesaria revisión alguna, aunque queden determinadas secuelas como cicatrices, lo que implica que se ha curado al paciente, otra cuestión diferente es que las secuelas acentúen su fealdad.

La necesidad objetiva de tratamiento médico, se impone como criterio definidor de la exigencia típica apreciada según la *lex artis*, por ello, la *lex artis* supone una “necesaria actuación”.

VII.2.1.1. Si el resultado del tratamiento ha sido exitoso

La solución dogmática tradicional sostiene el carácter típico de la conducta del médico y su justificación cuando el paciente presta su consentimiento y su actividad se realiza conforme a la “*lex artis*”, lo que, en buena lógica, tendría que presuponer un contenido del bien jurídico distinto al que aquí se ha dado, y supone que el tipo está integrado por requisitos objetivos de la conducta.

Ahora bien, si consideramos que la “salud personal” es el bien jurídico objeto de protección, y a través de un tratamiento médico que resultó exitoso la persona sana o recuperó un órgano o función, entonces nos hallamos ante una conducta atípica, pues como afirma Hirsch¹¹⁶ “ el que desarrolla tal conducta realiza lo contrario a una lesión”.

¹¹⁶ Hirsch, en *Leipziger Kommentar...*, cit., p. 123

VII.2.1.2. Si el resultado del tratamiento ha sido negativo

La afirmación del carácter típico de estas conductas es superada a través del finalismo como por la doctrina social de la acción.

El finalismo sostiene que en estos casos se realiza el tipo objetivo, pero no el subjetivo de las lesiones dolosas. Éste queda excluido por la finalidad curativa del sujeto activo. Por otra parte, producido el resultado negativo, el sometimiento o no del comportamiento del médico a la “*lex artis*”, determina su posible consideración como delito imprudente.

López Barja¹¹⁷, manifiesta que “el médico, puede haber actuado con finalidad curativa, si se produce un resultado negativo, desde el momento en que el tipo de lesiones no exige un dolo específico debe afirmarse que se ha dado tanto el tipo en sentido objetivo como subjetivo”.

La doctrina social de la acción pretende, construir un concepto de acción de carácter prejurídico y se aporta un concepto de acción socialmente valorada, de tal manera que si el tratamiento médico se adecua a la “*lex artis*”, no constituye en ningún caso la acción que sirve de soporte a los tipos que analizamos.

Así cuando el paciente prestó su consentimiento para un tratamiento médico, y la actividad médica se ajustó a “la *lex artis*”, o se circunscribió a los límites a los que el paciente emitió su conformidad y este tratamiento tuvo un resultado negativo, no puede manifestarse que se produjera una lesión al bien jurídico, objeto de protección, aunque se produjo un perjuicio en el bien jurídico tutelado que disminuyó obviamente sus posibilidades de intervención en el sistema social, y todo ello, porque la lesión se produjo en el objeto de disposición pero no en la libertad de disposición, ya que el paciente prestó su conformidad y no hay que olvidarse que tanto el objeto de disposición como la libertad de disposición integran el bien jurídico objeto de protección.

Ahora bien, en el supuesto en que el tratamiento médico tuvo un resultado negativo, y, el paciente a diferencia del supuesto anterior no prestó su consentimiento, es obvio, que se produce

¹¹⁷ López Barja de Quiroga, Jacobo, “El consentimiento y esterilización de los incapaces”, *Cuadernos de Política Criminal*, Año 1991, p.323.

una lesión al bien jurídico tutelado en sus dos aspectos, pues afecta tanto a la libertad de disposición como al objeto de disposición.

En estos supuestos, depende de la posición jurídica adoptada, podríamos calificar la conducta típica como dolosa o culposa, no obstante, si se analiza la realidad social se observa que existen conductas peligrosas, que no obstante quedan fuera del derecho penal, que es lo que se denomina “riesgo permitido”, que son comportamientos que pese a respetar un deber objetivo de cuidado, lesiona el bien jurídico objeto de tutela.

Pero por ello, no puede afirmarse, que una acción que se adecúe a la diligencia debida, que por tanto es conforme con el derecho, sea una conducta que quiere ser evitada por el ordenamiento jurídico, pese a haber sido causa del resultado producido. Pues esto implicaría mantener que un comportamiento es a la vez conforme –puesto que respeta la diligencia debida- y contrario a derecho –ya que produce la lesión del bien jurídico tutelado-.

Sobre esta base, la cuestión clave a responder, producida una lesión a un bien jurídico tutelado, es sí el comportamiento que la originó queda fuera o dentro del fin del precepto, si se produce una oposición con el mandato o la prohibición que subyace en cada tipo penal.

En conclusión, puede deducirse que el lugar sistemático donde debe analizarse el tratamiento médico con resultado negativo es la imputación objetiva.

Desde un plano jurídico-penal, podemos manifestar, que el tratamiento médico, es una actividad positiva, puesto que afecta a la vida y la salud de los seres humanos con el objetivo de reducir la situación de peligro preexistente en relación con los mismos.

Por otro lado, indica López Barja de Quiroga¹¹⁸ que el “desarrollo del tratamiento médico puede suponer una situación de peligro para los referidos bienes jurídicos. Situación de riesgo ante la cual el tratamiento siendo objetivamente indicado, debe estar sometido en su desarrollo al deber objetivo de cuidado que se materializa en la “*lex artis*”. Luego, si un tratamiento está

118 López Barja de Quiroga, Jacobo, “El consentimiento y esterilización de los incapaces”, *Cuadernos de Política Criminal*, Año 1991, p.325.

objetivamente indicado y en su desarrollo se ha acomodado a las citadas normas de la “*lex artis*” queda necesariamente fuera de las conductas que quieren ser evitadas por el tipo de lesiones; es decir, se trata de comportamientos atípicos como lesiones, con independencia del resultado producido”.

Este autor manifiesta que, “en ocasiones, la intervención médica tiene éxito, pero en otras fracasa y resolver estos supuestos ha sido tarea que ha ocupado enormemente a la doctrina. El recurso al consentimiento del paciente no era una vía sencilla, pues planteaba problemas de carácter ético, dado que hacía necesario admitir que la integridad física era un bien disponible. Tal punto de partida provocó la aparición de diversas teorías que permitieran defender la licitud de la intervención médica sin tener que admitir correlativamente la disponibilidad de la integridad corporal humana”.

Actualmente, la doctrina mayoritaria¹¹⁹ mantiene la licitud de la actividad médica quirúrgica por cuanto es atípica, al menos en lo que se refiere al grupo estadísticamente más frecuente: la intervención quirúrgica terapéutica realizada conforme a la técnica o técnicas adecuadas y con el consentimiento del paciente. El resto de los supuestos todavía sigue siendo polémico.

En estos supuestos la calificación del tipo, o la atipicidad de la conducta, vendrán determinadas dependiendo de las teorías que se defiendan, o, dicho de otra forma, estas cuestiones se resolverán dependiendo del punto de partida, que no es otra que el concepto que se adopte del bien jurídico protegido y actualmente en la doctrina y jurisprudencia existe en esta cuestión unanimidad, aunque como hemos estudiado no siempre fue así, y de hecho, en el término bien jurídico “salud”, queda englobado tanto la física como la psíquica.

Los puntos de partida, a juicio de López Barja de Quiroga¹²⁰, son básicos, “por cuanto si se estima que cualquier circunstancia que afecte a la integridad constituye lesión típica, será preciso obtener en cada caso, una justificación, que normalmente habrá que buscar en el consentimiento del afectado”. Pero, “si determinadas intervenciones médicas se excluyesen desde el principio del tipo de lesiones, porque, (por ejemplo, son adecuadas a la “*lex artis*”), comportan una mejoría en la

119 Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio “La reforma del consentimiento en las lesiones”, *Comentarios a la Legislación Penal*, T.XIV, vol. I, edit. Edersa, Madrid 1992, pg.946 y ss,
Bacigalupo Zapater, Enrique, Enrique “El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física”, *Consejo General del Poder Judicial*, número especial 12 en reforma del Código Penal, Madrid 1990, p.147.

120 López Barja de Quiroga, Jacobo, “El consentimiento informado”, cit., p. 468.

salud y/o se practican con el consentimiento del paciente”, ya no se plantearía la cuestión de buscar una justificación a esta conducta”.

La doctrina¹²¹, actualmente distingue entre intervenciones quirúrgicas terapéuticas y las que no tienen dicho carácter. Aquéllas son las que tienen como objetivo fundamental curar al paciente, o, al menos, reducir las consecuencias de la enfermedad, mientras que las no terapéuticas persiguen una meta diferente. Si bien debe tenerse en cuenta que la distinción se relativiza y pierde sus contornos si se acoge una concepción amplia de intervención quirúrgica terapéutica.

Partiendo de la distinción iniciada, la doctrina¹²² considera que las intervenciones quirúrgicas terapéuticas, practicadas y adecuadas a la “*lex artis*” y en las que el paciente emitió el consentimiento, son atípicas. La razón de ello, se encuentra en que tales intervenciones no afectan al bien jurídico tutelado por el delito de lesiones, dado que la finalidad de las mismas no es afectar o menoscabar la salud del paciente, sino al contrario, lo que con ellas se pretende es conseguir la curación del paciente, o al menos la mejoría del paciente.

Cuando la intervención quirúrgica realizada de acuerdo la “*lex artis*” fracasa, la acción del médico, finalísticamente no dirigida a menoscabar el bien jurídico, queda fuera del ámbito de protección de la norma y ha de afirmarse, consiguientemente la atipicidad de la conducta. Desde este punto de vista, como las acciones que mejoran el bien jurídico, a ello dirigidas, no son imputables objetivamente al resultado, la consecuencia será, que, en tales supuestos, se debe negar la imputación objetiva. Además, al tratarse de un ámbito cubierto por el riesgo permitido, no es posible conformar una tentativa.

Ahora bien, en dicha argumentación la concurrencia o no del consentimiento del paciente, nada tiene que ver con el delito de lesiones; aunque hay que señalar que una parte de la doctrina¹²³ entiende que el obrar de acuerdo con la “*lex artis*” supone necesariamente actuar con el consentimiento

121 Jorge Barreiro, Antonio, “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico -quirúrgico”, Cuadernos de Política criminal, nº16, 1982, p.22 y ss Paredes Castañón, José Manuel, “Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas, algunas consideraciones médico-penales”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, XL111, fas II, Madrid 1990, p.633.

122 Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás Salvador, Derecho Penal, Parte General, edit. Tirant lo blanch, 9ª edición Valencia 2005, p.490 y 495

123 Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Edición Reppertor, 7ª edición. Barcelona, 2.0004, p. 509. Roxin, Claus, Derecho Penal, *Parte General. Fundamentos. La estructura del delito*. Tomo I,

(Traducción: Luzón Peña, Diego Manuel, y otros), 2ª edición alemana, p.512.

del paciente, con lo que por esta vía adquiriría relevancia el consentimiento. Cuando no pueda recabarse el consentimiento del paciente, porque las circunstancias no lo permitan, la intervención médica no configura el delito de lesiones, ya sea un tratamiento realizado con éxito o fracaso.

No obstante, una parte importante de la doctrina¹²⁴ considera, por el contrario, que en estos casos la conducta será atípica, aunque cabrá ampararla en el estado de necesidad. Ahora bien, si el médico actúa contra la voluntad del paciente (tratamiento médico arbitrario), entonces su conducta podrá ser subsumida en el tipo de coacciones o en el de detenciones ilegales.

Cuando se trata de una intervención médica no terapéutica, al afectar al bien jurídico tutelado, la calificación corresponde al delito de lesiones, si bien, hay que admitir que existe una causa de justificación, puesto que el médico/a, cirujano/a obran en el ejercicio legítimo de un oficio. Según López Barja de Quiroga¹²⁵, en estos casos, “cabe llegar a la misma solución que en los supuestos de intervenciones quirúrgicas terapéuticas, pues el éxito o el fracaso de una intervención no afecta a la existencia o no de una acción típica”.

En definitiva, por tanto, en la actividad médica-quirúrgica terapéutica no existe una acción típica de lesiones subsumible en un tipo penal y, si media consentimiento, no existen coacciones al no violentarse la voluntad del particular. En el caso de que se trate de actividad médico-quirúrgica no terapéutica, al no ir la acción del médico a curar, una parte importante de la doctrina considera será típica, y, por lo tanto, la calificación se corresponde con el delito de lesiones, aunque concurre circunstancia atenuante, porque el médico/a o/y cirujano /a obra en el ejercicio legítimo de un oficio.

El tratamiento médico, a través de lo expuesto, se puede definir como una serie de actividades tendentes a averiguar la enfermedad del paciente y dirigidas a curar al enfermo que proceden de personas autorizadas a ello, y que inciden en la salud y en la integridad física y psíquica de ésta.

¹²⁴ Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón Tomás Salvador, al estudiar la naturaleza del consentimiento manifiestan “que el ámbito de la teoría del delito puede ser causa de exclusión de la tipicidad allí donde su presencia enerva o hace irrelevante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y como causa de justificación, allí donde subsistiendo dicha lesión, recae, no obstante, sobre un bien del que el titular puede disponer y efectivamente dispone”.

¹²⁵ López Barja, Jacobo, “El consentimiento informado”, cit., p. 469 y 470.

Además, el tratamiento médico o quirúrgico realizado con la diligencia debida, con intención de curar y conforme a la “*lex artis*”, excluye la parte subjetiva del tipo.

Tampoco concurre el tipo objetivo de un delito de lesiones, cuando el tratamiento médico o quirúrgico no perjudica ni menoscaba la salud.

Gómez Pavón¹²⁶ considera que “la responsabilidad criminal del médico se mueve generalmente en el marco judicial penal, dentro del marco de responsabilidad por imprudencia, siendo difícil precisar con nitidez cuándo hay o no imprudencia en la actuación médica. Para ello se hace imprescindible manejar varios criterios como son:

1º.- La propia capacidad profesional del médico, su preparación y experiencia. Parece lógico que un médico antes de proceder a una actuación quirúrgica examine su propia capacidad para llevarla a cabo. La simple titulación no le da derecho a practicar intervenciones peligrosas para las que no este suficientemente capacitado o cuando posee conocimientos ya superados o no convenientemente actualizados.

2º.- Las circunstancias de lugar y tiempo. Evidentemente, no puede valorarse lo mismo el ejercicio de la medicina en el ámbito rural que en un buen hospital, aisladamente o en equipo, y tampoco puede valorarse una intervención peligrosa realizada por razones de urgencia o de carácter excepcional, que en circunstancias normales con el tiempo y los medios adecuados.

3º.- La valoración de la actuación médica depende también de la fase en que se produzca. Los fallos en el diagnóstico o en el pronóstico no suelen ser por sí solos causas adecuadas para producir un resultado lesivo o letal”.

Hay que tener en cuenta, que una intervención quirúrgica, en que la persona que lo realiza está autorizado, pero con resultados lesivos, o en su caso, letales, como por ejemplo las intervenciones cuyo objetivo esencial no es curar, es el caso de las operaciones de estética, lo habitual es una

¹²⁶ Gómez Pavón, Pilar, Tratamientos Médico: Su responsabilidad ..., cit., p. 303.

calificación de delito de lesiones pero realizado con imprudencia, ya que en estas operaciones quirúrgicas lo importante no es sólo la operación sino también la fase anterior a la misma, así como el posoperatorio, sin olvidar los actos que la acompañan como transfusiones sanguíneas, anestesia, o la desinfección de heridas.

Respecto de la responsabilidad derivada del “trabajo en equipo”, Gómez Pavón¹²⁷ señala:

1º.- “En principio, hay que manifestar que la responsabilidad es personal e intransferible, de tal manera que sólo se responde por la imprudencia que cada uno como miembro del equipo haya realizado. Sin embargo, en ocasiones, es inevitable delegar en otros la realización de parte de las actividades y confiar en la corrección de actividades realizada por otras personas. Pero esta confianza puede rayar en la imprudencia cuando el responsable o director del equipo conoce la escasa preparación del colaborador o los deficientes medios con que se realiza la anestesia y a pesar de todo realiza la intervención quirúrgica. En estos casos, la responsabilidad del que realice mal la concreta actuación encomendada, no excluye que se pueda también exigir responsabilidad al director del equipo por la imprudencia que supone delegar en alguien que se supone incompetente.

2º.- Que se trate de enfermedades con un diagnóstico muy preciso, de pronóstico grave o muy grave, y cuando ofrezcan garantías, al menos, razonables, de la mejoría o solución del problema.

3º.- Si se dispone de una lista de enfermedades en las que la terapéutica es posible con criterios estrictamente científicos.

4º.- Si no se influye sobre los caracteres hereditarios no patológicos, ni se busca la selección de los individuos o la raza.

Si se realiza en Centros sanitarios autorizados y en Equipos cualificados y dotados de los medios necesarios”.

127 Gómez Pavón, Pilar, *Tratamientos Médico: Su responsabilidad* ..., cit., p. 303.

VII.2.2. Desde un punto de vista Jurisprudencial

La Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado estima que el tratamiento médico o (quirúrgico) ha de ser:

- 1.- distinto y ulterior a la primera asistencia.
- 2.- necesario.
- 3.- finalidad curativa.
- 4.- prescrito por un titulado en medicina¹²⁸.

“Fuera de los supuestos de pura y simple prevención u observación, toda lesión que requiera una intervención activa, médica o quirúrgica, será ya tratamiento”¹²⁹.

Criterio actualmente superado, ya que la distinción se realiza entre delitos graves y delitos leves y esencialmente el énfasis no se basa en los días de curación, sino en las formas de causar la lesión, ya que el contenido de la acción no es exclusivamente físico, sino que también puede cometerse por medios materiales.

No constituye tratamiento, las observaciones, pruebas radiológicas, escáner, resonancias magnéticas, inmovilización de un dedo o de varios o de una mano para evitar una posterior y posible deformidad, masaje, vacunas inyecciones para una mejor recuperación¹³⁰, que normalmente constituyen actuaciones previas al tratamiento médico.

¹²⁸ Este mismo concepto es adoptado por STS de fecha 26-10-1998, 9-12-98, 8-6-1999. “Sistema o actividad prescrita por un médico, posterior e independiente de la primera asistencia orientada a la sanidad o que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias, si aquella no es curable. STS de fecha 10-4-2002, 24-10-2006”.

¹²⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1994 establece que “no se debe prescindir en absoluto del número de días de curación, que ahora actúa no como determinante de la naturaleza de la infracción (delito o falta) y dentro del primero como subsunción en una u otra modalidad sino como elemento que puede servir para fijar la indemnización por daños y perjuicios”.

¹³⁰ STS de fecha 14 de octubre de 1993.

No obstante, sí que habrá de considerarse tratamiento la intervención quirúrgica necesaria, como acto médico previo al tratamiento quirúrgico definitivo, pues se trata de secuelas, actos o incidentes, comprendidos dentro de lo que se denomina la concreción del peligro representado por la acción¹³¹.

Además, hay que indicar que es indistinto, que aquella actividad la realice un cirujano/a o médico/a, ya directamente vigilando y estableciendo personalmente las pautas del tratamiento durante el periodo de sanidad de las lesiones, como que se encomiende su ejecución a un técnico o auxiliar sanitario o se imponga al propio paciente¹³².

Ahora bien, siempre el último acto de control o comprobación del éxito del tratamiento no deja de ser una actitud médica, complementaria de aquél y asimismo será el médico/a o cirujano/a quienes determinarán si el paciente ha sanado y curado y en consecuencia, si es necesario que continúe hasta alcanzar la sanidad, o si el tratamiento concluye, exponiendo en este último caso el tiempo invertido, y si los días que ha durado el tratamiento son días con incapacidad o sin ella y si persistenten secuelas.

No se considera tratamiento, la mera observación radiográfica¹³³.

No es preciso que se describan en la Sentencia las maniobras concretas en que consiste la asistencia o el tratamiento médico, bastando el empleo de términos que tengan un significado lo suficientemente preciso para poder entender cuáles han sido las actividades que la medicina ha considerado necesarias para la sanidad¹³⁴.

También hay que tener en consideración que si la primera asistencia facultativa es de tal importancia que por sí sola lleva la planificación de unas pruebas facultativas a realizar en tiempo posterior, esa primera asistencia facultativa ya es tratamiento médico a los efectos de que hayan de

131 STS de fecha 3 de noviembre de 1992.

132 STS de fecha 2 de junio de 1994:

133 STS de fecha 30 de junio de 1995.

134 STS de fecha 10-4-2002.

sancionarse los hechos como delito¹³⁵. Y, todo ello, previo a la reforma 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, en que se distinguía entre delito y falta.

Además se considera delito siempre que el tratamiento sea necesario, de tal forma que si sólo se realizare una primera asistencia facultativa, o sí no fuera necesario el tratamiento,¹³⁶ y, nos encontraríamos con una falta, previo a la reforma 1/2015 y 2/15 de 30 de marzo, actualmente nos hallaríamos ante un delito grave o menos grave en el primer supuesto y en el segundo caso ante un delito leve.

Dado que la emisión del consentimiento para realización de las intervenciones quirúrgicas, puede determinar la atipicidad de la conducta, y, en consecuencia, la exclusión de la responsabilidad penal, es preciso, aproximarse al estudio de la problemática del consentimiento.

¹³⁵ STS de fechas 22-3-99, 22-5-2002, 11-12-2006.

¹³⁶ STS de fechas 27-7-2002, 2-11-2002.

VIII. ANALISIS DEL CONSENTIMIENTO

VIII.1. NATURALEZA DOGMÁTICA

La doctrina alemana distingue dos grupos:

VIII.1.1. Acuerdo

En los delitos contra la propiedad, si media el consentimiento del sujeto pasivo, no concurre la tipicidad, puesto que no puede decirse que existe “hurto”, cuando alguien toma una cosa de otro, con su consentimiento, ni que existe “robo”, es decir, no es que se excluya la responsabilidad penal, sino que ni siquiera concurren los elementos del tipo.

Esto también sucede en los delitos contra la libertad, así en un delito de coacciones, allanamiento de morada o detención ilegal, desde el momento en que falta la oposición del sujeto pasivo, por ejemplo, en el delito de detención ilegal si el sujeto pasivo está conforme en esa situación y en el lugar en que lo tienen confinado, dejará de existir la detención ilegal.

La doctrina alemana emplea en este primer grupo de casos un término específico para designar la conformidad del afectado: el acuerdo (*Einverständnis*).¹³⁷

La ley permite a veces, identificar estos supuestos, porque requieren expresamente la falta de conformidad por parte del sujeto pasivo. Por lo tanto, en el delito de allanamiento de morada, según el código penal, es preciso, que un particular “entrare en morada ajena o sin habitar en ella se mantenga contra la voluntad de su morador”, de tal manera, que, si existiera conformidad del morador no habría delito porque no concurren los requisitos que integran el tipo.

¹³⁷ Roxin, Claus, Derecho Penal...cit.p.512.

VIII.1.2. Consentimiento

El segundo grupo de supuestos lo integran aquéllos en que el perjudicado presta el consentimiento, porque el perjudicado tiene facultad para disponer del bien jurídico objeto de tutela, pero, sin embargo, concurren los requisitos para considerar la acción típica, es decir, el consentimiento no impide la existencia de las lesiones.

Así la doctrina alemana lo denomina, (*Einwilligung*),¹³⁸, es decir, “consentimiento”, son los supuestos, por ejemplo de cirugía estética, en que la paciente tiene capacidad para disponer sobre el bien jurídico tutelado, y la operación quirúrgica se realiza conforme a “lex artis”, no obstante, se producen lesiones en la paciente, e incluso puede fallecer, en estos casos la conducta del cirujano/a es típica, aunque se haya emitido el consentimiento informado por la paciente, ahora bien, en la calificación de los hechos podrá aplicarse una atenuante, cuál el obrar en el ejercicio legítimo de un oficio, pero no es menos cierto que sus supuestos en que el cirujano/a deberá responder por un delito de imprudencia.

Así la diferencia entre ambos supuestos es esencial, en el primer caso “acuerdo”, se excluye el tipo penal, porque existe libertad de disposición sobre el bien jurídico protegido, lo que implica que el cirujano/a no responderá ni por delito doloso ni por delito imprudente.

En el segundo grupo, objeto de nuestro estudio, “consentimiento”, no excluye el tipo penal, ahora bien, concurre causa de justificación, la diferencia según la doctrina alemana estriba en considerar, que, en el primer caso o mejor dicho grupo de supuestos, no se produce la lesión al bien jurídico tutelado, por lo tanto, la conducta no es típica, lo que en el ámbito judicial supone el sobreseimiento del delito, que concluirá con el archivo de la causa, mientras que en el segundo grupo de supuestos, la emisión del consentimiento por parte del/ de la paciente, no impide la lesión del bien jurídico, si bien, legalmente se permite, en cuyos supuestos el cirujano/a responderá por un delito doloso o imprudente, como habitualmente las intervenciones quirúrgicas se realizan conforme “lex artis”, lo más normal es que se responda a título de imprudencia, concurriendo causa de justificación.

¹³⁸ Jescheck, H.H. Tratado de Derecho... cit.p.262 y ss.

Ahora bien, esta aplicación jurídica depende de la consideración e importancia de la conformidad del afectado, de tal forma, que, sí acogemos la primera teoría, “acuerdo” es obvio, que nos hallamos ante una conducta atípica, porque no se causaron lesiones, mientras que si nos inclinamos por la teoría “consentimiento”, se generan lesiones en el paciente, que la ley permite, por ello entran en juego las causas de justificación, habitualmente obrar en el ejercicio legítimo de un derecho.

Cuando se estudia la naturaleza dogmática del consentimiento, la doctrina española, analiza si el consentimiento excluye la tipicidad de la conducta, cuando existe capacidad de disposición sobre un bien jurídico tutelado.

Así afirma López Barja de Quiroga¹³⁹, que “la distinción entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles toma el carácter de primordial”.

Mir Puig¹⁴⁰ considera que este planteamiento de la doctrina alemana,” resulta de difícil adaptación al sistema español y nuestro código penal no permite la creación de causas de justificación que ni siquiera puede considerarse análogas a alguna de las previstas en la ley, y el consentimiento no se haya previsto expresamente como eximente, de tal manera que en el Derecho español, el consentimiento sólo podrá resultar eficaz en cuanto pueda entenderse que impide la realización del tipo de la Parte Especial. Ello depende de la interpretación de los tipos, que ha de poner de manifiesto la necesidad de que concurra un consentimiento por parte del sujeto pasivo, sea porque así se deduzca expresa o tácitamente de la redacción legal, sea porque concurriendo consentimiento desaparece el objeto de protección penal. Esto último, sólo podrá admitirse en la medida en que el bien jurídico correspondiente pueda identificarse con la libertad de disposición sobre determinado objeto, y no con este objeto mismo, o por lo menos con el valor que dicho objeto tiene para su titular, y no objetivamente”.

Bacigalupo¹⁴¹ ofrece una visión diferente considera que el “consentimiento eficaz excluye en todos los casos la adecuación típica, pues en tales supuestos los bienes jurídicos están a disposición

139 López Barja de Quiroga, Jacobo, “El consentimiento y esterilización de los incapaces”, *Cuadernos de Política Criminal*, año 1991, p.325

140 Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 2015, 10ª edición, 553,554.

141 Bacigalupo Zapater, Enrique, “El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física”, *Revista Poder Judicial* (número especial 12 sobre la nueva reforma del Código Penal), Madrid 1990, pag.147 y ss.

de su titular y, dado el acuerdo para su menoscabo, no cabe pensar en una lesión necesitada de justificación”.

Romeo Casabona¹⁴² y Cobo del Rosal¹⁴³ consideran que es preciso en relación con el consentimiento, distinguir dos grupos de casos, “en unos supuestos el consentimiento actuará como causa de tipicidad, mientras que en otros supuestos actuará como causa de justificación, operando a nivel de atipicidad”.

Esta dualidad es cuestionada por Mir Puig¹⁴⁴, al afirmar que “en nuestro Derecho nada impide admitir la eficacia del consentimiento cuando el tipo exige expresa o tácitamente, la oposición de la víctima, como sucede en los casos de “acuerdo”, pero más problemático resulta si es posible admitirlo como causa de justificación, pues el texto punitivo no lo prevé en las causas generales de justificación, aunque en la Parte Especial concede eficacia justificante al consentimiento en algunos casos de lesiones artículo 156 y por otro lado, el artículo 10CE al considerar el fundamento de orden público y de la paz social y el libre desarrollo de la personalidad”.

Desde otra perspectiva, se “ha afirmado que el consentimiento cuando debe estimarse relevante opera en todo caso a nivel de tipicidad”, teoría defendida por Bacigalupo Zapater¹⁴⁵.

Por ello se hace preciso estudiar estos dos supuestos, es decir, el consentimiento como causa de atipicidad y como causa de justificación.

VIII.1.3. El consentimiento como causa de atipicidad

En atención a lo expuesto, un sector doctrinal, entre los que destaca Bacigalupo, Mir Puig, consideran que el grupo denominado “consentimiento”, excluye la tipicidad, con lo cual coincidiría con la teoría alemana denominada “acuerdo”, que implica que el consentimiento excluye la tipicidad, y además existe otro sector doctrinal, Cobo del Rosal, Romeo Casabona entre otros, que

142 Romeo Casabona, Carlos María, *El Médico y el Derecho Penal*. Barcelona 1997, 2ª edición, p.312.

143 Cobo del Rosal, Manuel y otros, *Derecho Penal, ...cit. p.493*.

144 Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal...cit., p. 553*.

145 Bacigalupo Zapater, Enrique, “*El consentimiento en los delitos contra la vida y...cit.p.152 y ss.*”

consideran que el consentimiento justifica el hecho, en consecuencia en la doctrina española existen dos posiciones claramente diferenciadas: el sector doctrinal que se inclina por considerar que el consentimiento opera a nivel de tipicidad y un segundo sector doctrinal que estima el consentimiento justifica el hecho, es decir, concurre causa de justificación.

López Barja de Quiroga¹⁴⁶ “manifiesta que esta segunda posición tiene que fundamentar el principio justificante que produce tal efecto”, y aquí nuevamente, volverá a surgir la polémica y las discrepancias doctrinales. La razón de esta discrepancia doctrinal, en torno a los efectos del consentimiento -en un supuesto exclusión de la tipicidad y en otros supuestos la exclusión de la antijuricidad radica en el distinto concepto de bien jurídico que se mantenga y sus posibilidades de disposición por los particulares, lo que se encuentra íntimamente unido a la decisión sobre quién sea el titular del bien jurídico.

Muñoz Conde¹⁴⁷ afirma que la teoría del bien jurídico distingue entre bienes “individuales” y bienes jurídicos “universales”. En las teorías monistas, “el bien jurídico se concibe desde el punto de vista del Estado, o bien se le concibe desde el punto de vista de la persona, considerándose entonces que los bienes jurídicos universales sólo son legítimos en cuanto sirven al desarrollo personal del individuo”; López Barja de Quiroga¹⁴⁸ considera que “los bienes jurídicos individuales también han de considerarse teniendo en cuenta la necesidad de que han de contribuir al libre desarrollo personal del individuo”. Por ello, la distinción entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles adquiere verdadera importancia.

Bacigalupo¹⁴⁹, en este sentido, expresa que, “en los bienes jurídicos disponibles, el auténtico bien jurídico, no lo constituye la integridad del objeto, sino el dominio autónomo del legitimado sobre el mismo, de ahí que, en los bienes jurídicos disponibles, la acción sólo realiza el tipo, en la medida en que, importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad, respecto de la conservación del bien jurídico”.

146 López Barja de Quiroga, Jacobo, “El consentimiento informado... cit., p.471

147 Muñoz Conde, Francisco, “ El consentimiento informado..., cit., p.104.

148 López Barja, Jacobo, “El consentimiento informado..., cit., p.472 y ss.

149 Bacigalupo Zapater, Enrique, cit., *Principios de Derecho Penal...*, p.345 y ss.

López Barja¹⁵⁰ manifiesta que el criterio para determinar si un bien es o no disponible, postura a la que nos adherimos, se encuentra en la Constitución, que se asienta en una serie de “valores superiores” (artículo 1 C.E.) y junto a ellos, se reconoce, “que la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y social”; esto unido a que en los artículos 15 a 28 de la Constitución se regulan, derechos inviolables, que precisamente son los derechos inherentes a la condición de la persona.

VIII.1.4. El consentimiento como causa de justificación

La discusión alrededor de la naturaleza jurídica supone la existencia de un sector doctrinal que estima que el consentimiento simplemente justifica el hecho. De tal manera, que considera que actúa a nivel de antijuridicidad, transformando el acto lícito por concurrir una causa de justificación.

La razón de la discrepancia doctrinal, en torno a los efectos del consentimiento, en un supuesto exclusión de la tipicidad, como hemos examinado anteriormente y en otro supuesto, la exclusión de la antijuricidad radica en el distinto concepto de bien jurídico que se mantenga y sus posibilidades de disposición por los particulares, lo que se encuentra íntimamente unido a la decisión sobre quién sea el titular del bien jurídico.

Cerezo¹⁵¹, “defensor de la teoría de la ponderación de valores, considera que el consentimiento opera como causa de justificación cuando el derecho conceda prelación al valor de la libertad de actuación de la voluntad frente al desvalor de la acción y del resultado de la agresión o lesión del bien jurídico (honor, propiedad, integridad corporal)”.

En cualquier caso, la solución al problema del consentimiento no es única, para todos los tipos penales y por ello se defiende la necesidad de acudir, en cada caso, al examen del tipo concreto de que se trate. Incluso, también ha de considerarse específicamente el caso, por ello, se dice, que la vida no es igual que la integridad física, ni las lesiones por ejemplo en el deporte, que las lesiones en la actividad médica.

¹⁵⁰ López Barja, Jacobo, “El consentimiento informado...”, cit., p.472 y ss.

¹⁵¹ Cerezo Mir José, “El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación”, *Estudios de Derecho Penal y Criminología*. Madrid 1989, p.208.

Desde este análisis, en las lesiones, la naturaleza del consentimiento está mediatizada por la opción que el legislador escoja y que se aleja de una opción única, ya que, si lo que se pretendía era disponibilidad del bien jurídico, “salud”, no obstante, el art.156CP., establece la indisponibilidad del bien jurídico “salud”, atribuyendo efectos atenuatorios a la pena tipificada en el art.155CP.

VIII.2. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO

Para determinar los presupuestos necesarios para que el consentimiento sea válido y por tanto eficaz, es preciso, y así destacamos:

VIII.2.1. Capacidad

Del estudio de La Ley 41/2002, se infiere que, para emitir el consentimiento, es preciso, que, el ser humano tenga capacidad y discernimiento que siempre le permita conocer el alcance y límites del consentimiento. Por lo tanto, los menores de edad, o aquellas personas que tuvieren un enfermedad psíquica o mental no obstentan la capacidad para conformar.

Así en los supuestos de menor de edad, el consentimiento se prestará por los padres o tutores legales y en los supuestos de enfermedad psíquica, por el tutor legal, y, en definitiva, no es posible emitir una persona por otra el consentimiento salvo los supuestos enunciados.

En este sentido, manifiesta Jorge Barreiro¹⁵² que “en los casos de inconsciencia, será suplido el consentimiento como en casos de urgencia por el criterio del paciente real”.

VIII.2.2. Momento de su emisión

El consentimiento debe ser otorgado, de conformidad con la Ley 41/2002, antes que el/la médico/a o cirujano/a, realicen las pruebas médicas o intervención quirúrgica en el paciente y además debe mantenerse durante la ejecución de la acción hasta su fin. Según Jorge Barreiro ¹⁵³esta exigencia” no se satisface con la mera ratificación del consentimiento, que no debe ser confundida

152 Jorge Barreiro, Agustín, *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*. Madrid 1990. 1ª edición, p.84.

153 Jorge Barreiro, Agustín, *La imprudencia punible...*, cit., p. 85.

con el consentimiento, ya que aquélla al ser posterior, no tendrá eficacia para hacer desaparecer la arbitrariedad de la acción con que se llevó a cabo”. En todo caso, la ratificación podrá servir de prueba con relación a un consentimiento tácito o presunto. Además, este consentimiento reúne las características de ser temporal y revocable.

VIII.2.3. Libre

Mir Puig¹⁵⁴ considera que “el error y el engaño sólo excluyen la eficacia del consentimiento, cuando afecta a la cualidad y cantidad de la injerencia consentida, de tal forma que ni el error en los motivos, ni el error en la identidad de la persona en que se consiente intervenir, cuando no tiene trascendencia suficiente, ni el error en la declaración, hace ineficaz el consentimiento prestado”.

En E.E.U.U. se mantiene la doctrina del consentimiento informado (*Informed Consent*), según la cual cada persona tiene derecho a la autoderminación, lo cual implica que el /médico/a no puede sustituir el criterio del paciente por el suyo.

El consentimiento al tratamiento es, en términos generales ineludible, pero debe tratarse de un consentimiento bien informado, relativo tanto al tratamiento como a sus posibles alternativas y posibles riesgos. La ausencia del consentimiento conduce, cuando el paciente ha sufrido algún perjuicio, a la responsabilidad civil del médico por negligencia. Frente a esta doctrina, se opuso la de la norma profesional, de acuerdo con la cual, esta regla conduce a que sólo sea exigible el consentimiento informado, cuando los protocolos médicos lo exijan.

En la actualidad, prevalece “la teoría del consentimiento informado”, ahora bien, “este deber de informar, tiene excepciones: por ejemplo, no es preciso, informar sobre riesgos, que deberían ser conocidos por todos o que el paciente ya conoce; en aquellos supuestos en que una información completa pueda ir en perjuicio del cuidado y de los intereses del paciente, es posible para el médico ocultarla, pero en su caso, la prueba sobre las circunstancias que le conducen a esa decisión recaen sobre él;

¹⁵⁴ Mir Puig Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p.565.

La teoría del consentimiento informado, también necesita conocer que es lo que el paciente hubiera decidido, de haber sido adecuadamente informado, pues si de todos modos el paciente se hubiera sometido al tratamiento, entonces carecerá de acción indemnizatoria.

En este punto polemizan dos teorías: por una parte, la del paciente razonable ficticio, conforme a la cual el baremo para decidir si el paciente hubiera consentido de haber sido adecuadamente informado es recurrir a la hipótesis del paciente razonable ficticio. Frente a esta postura, se afirma que con ella se acaba con la autodeterminación y, en consecuencia, que para preservar este derecho es necesario acudir a lo que verdaderamente hubiera decidido el paciente real, dadas las circunstancias, sea razonable o no (sí el paciente de haber sido informado se hubiera negado al tratamiento debe prevalecer esa decisión por encima de lo que hubiera afirmado el hombre razonable). Para aplicar el baremo del paciente real se recurre entonces a considerarlo como un problema de apreciación del testimonio de su credibilidad. De esta manera se logra en forma absoluta, que el médico informe totalmente sobre el tratamiento, sus alternativas, y riesgos.

VIII.2.4. Informado

Dado que el consentimiento debe ser emitido libremente, es preciso, que el que consiente se encuentre correctamente informado, para ello la información debe reunir los siguientes elementos:

- a. Temporal: la información debe prestarse previo a las pruebas médicas, e intervenciones quirúrgicas y además debe continuar esta información durante la actividad médica, indicando la evolución del paciente, hasta el momento del alta médica.
- b. Formal: la información puede transmitirse, de forma oral o escrita, aunque lo habitual es que previo a las pruebas médicas o intervenciones quirúrgicas, la información se emita de forma oral, prestando el paciente el consentimiento de forma escrita. Y, durante la actividad médica se emita la información de forma escrita.
- c. De fondo: la información debe emitirse indicando la enfermedad del paciente, así como el tratamiento a seguir y las diferentes opciones para llegar a la curación. Además, debe

indicarse los medios adecuados para la curación y las posibles secuelas que pueden producirse, en consecuencia, la información debe ser completa.

El que la información sea completa no quiere decir, que, entre las obligaciones del médico, a juicio de López Barja de Quiroga¹⁵⁵,” se encuentre la de dictar un curso abreviado de medicina. Evidentemente, el paciente es un profano y no puede entender la información que le proporciona el médico si utiliza lenguaje médico, por tanto, que la información sea completa implica, que lo sea hasta cubrir las previsiones, posibilidades y resultados probables, pero mediante el uso de un lenguaje entendible por el paciente y sus familiares”.

Se trata de proporcionar al paciente toda la información necesaria y lo más precisa posible, para que el paciente pueda conocer el alcance de la situación en la que se encuentra, para que, en definitiva, pueda adoptar decisiones que afectan a su salud, desde el instante en que se le explica la enfermedad que padece y sus consecuencias, lo que obviamente afecta tanto a la situación actual, como a su futuro.

Jorge Barreiro¹⁵⁶ manifiesta que “ una de las cuestiones más problemáticas del deber de información del médico es la que se refiere al diagnóstico”. La doctrina estima que el paciente debe ser informado sobre esta fase del tratamiento médico-quirúrgico e incluso habla de la necesidad de una información exhaustiva o se le reconoce al paciente el derecho a una información completa.

En esta materia conviene tener presente la complejidad de formular un diagnóstico.

Los médicos/as deben informar siempre de las técnicas que se van a utilizar para curar, ajustándose a los protocolos que rigen en medicina o si existen otras alternativas que podrían aconsejarse. Cierta sector doctrinal, considera que la falta de información de métodos diversos podría ser configurada eventualmente como causa de conducta imprudente.

Para configurar el contenido del deber de información el médico ha de tener presente los requisitos siguientes:

¹⁵⁵ López Barja, Jacobo, *El consentimiento informado*, cit., p.456.

¹⁵⁶ Jorge Barreiro, Agustín, “*La imprudencia punible*”, cit., p. 87 y 88.

1º.- Subjetivo: el médico debe informar al paciente de forma entendible teniendo en cuenta, su edad, nivel socio-cultural y la situación en que se encuentra.

2º.- Objetivo: la doctrina considera, como regla fundamental, que dentro de los factores objetivos podemos señalar la mayor o menor oportunidad de la información, la mayor o menor peligrosidad de la intervención médico-quirúrgica.

La información es necesaria y también el consentimiento, si se pretende llevar a cabo un tratamiento con fines investigadores o docentes, puesto que el artículo 10.4 L.G.S. establece que el paciente tiene derecho “a ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se apliquen puedan ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario”.

También, es imprescindible señalar el alcance del deber de información, que puede derivarse de una serie de criterios y circunstancias, cuales son:

- a. Cuando el paciente por estar vinculado profesionalmente al mundo médico, o por haber sido informado con ocasión de intervenciones similares, tiene suficientes conocimientos e información, no será necesario que el médico/a deba informar al paciente.
- b. Cuando el paciente renuncia a la información de forma expresa o concluyente.
- c. El médico en ciertos casos de contraindicación, estará facultado para restringir e incluso para omitir la información al paciente, en este caso, nos hallamos ante el privilegio terapéutico médico; En este sentido, Jorge Barreiro ¹⁵⁷ manifiesta que la información podrá ser limitada, cuando, por ejemplo, la comunicación del diagnóstico verdadero implicaría un daño para la salud del paciente; igualmente podrá el médico ocultar el diagnóstico exacto si la información sobre éste puede ser perjudicial para los intereses fundamentales (salud

157 Barreiro Jorge Agustín, *La imprudencia punible* ... cit., p. 91

o vida) del paciente o puede poner en peligro el éxito de un tratamiento considerado como indispensable”.

En estos supuestos, no hay que olvidarse del principio de “asistencia”, basado en el estado de necesidad, de tal manera, que se genera un conflicto entre la información que el médico debe prestar al paciente con el objetivo de proteger la vida o la salud del paciente y el derecho de autodeterminación del enfermo.

Dicho conflicto según, Jorge Barreiro¹⁵⁸, “debe resolverse no sólo acudiendo al principio de asistencia, sino también ponderando la valoración jurídica, de tal manera que la salud o la vida del paciente tienen prioridad sobre la libertad del mismo”. Para López Barja de Quiroga¹⁵⁹, “la solución del conflicto debe fundamentarse en el riesgo permitido”.

También hay que tener en cuenta, dentro de los límites del consentimiento del paciente, los vicios de la voluntad, tales como, la coacción, la amenaza, el engaño, que invalidan el consentimiento y producen un tratamiento médico arbitrario.

Por su especial importancia, nos centramos en el error que podrá apreciarse cuando el paciente ignora que tiene conocimiento falso acerca de la realidad del tratamiento médico-quirúrgico, sobre su importancia, sus riesgos para la salud o la vida del paciente, error esencial y relevante que invalida el consentimiento; ya que el consentimiento no es válido, cuando el paciente no está suficientemente informado sobre el contenido y finalidad del tratamiento y por tanto, no está en condiciones de conocer el “qué y el para qué” presta su consentimiento; sin embargo, sí será eficaz el consentimiento, cuando el error del paciente recaiga sobre aspectos no esenciales de la actividad médico-quirúrgica como son: la duración del tratamiento o los costes de la intervención quirúrgica.

Ahora bien, cuando el paciente se encuentra inconsciente, o en supuestos de urgencia es que no es factible que el paciente pueda firmar el consentimiento informado, existen dos posibilidades o bien se solicita autorización judicial para la intervención quirúrgica, son los casos de transfusión

158 Barreiro Jorge Agustín, *La imprudencia punible ...* cit., p. 91

159 López Barja, Jacobo, “El consentimiento informado...”, cit., p. 458.

de sangre en menores cuyos padres son testigos de Jehová o bien se resuelve este problema través del “consentimiento presunto”.

Según lo expuesto, el paciente ante una prueba o intervención médica puede prestar el consentimiento de forma expresa, presunta, oral o escrita.

VIII.2.5. Forma

Tanto La ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, como la L. 41/2002, no dejan dudas sobre la exigencia, con carácter general, de la forma escrita del consentimiento del enfermo para la realización de cualquier intervención, al establecer el artículo 10.6 en los términos siguientes:

“Cuando la intervención suponga un riesgo para la salud pública.

Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.

Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”.

En cualquier circunstancia, es preciso que el consentimiento sea eficaz, así existen diferentes teorías, existe un sector doctrinal que considera que es necesario que el consentimiento se exteriorice, y que además el médico/a o cirujano/a conozca ese consentimiento, mientras que existe otro sector doctrinal que manifiesta que es suficiente para que el consentimiento sea válido que se emita el consentimiento independientemente de que se exteriorice y de que el cirujano/a o el médico/a conozcan su existencia.

En efecto, el consentimiento en primer lugar, puede ser oral o escrito. No obstante, la ciencia médica ha elaborado protocolos al objeto de que una vez que el paciente ha sido informado, preste su consentimiento de forma escrita. Y, todo ello, porque el consentimiento por escrito, constituye una prueba esencial frente a una posible acusación penal o reclamación en vía civil, que se le puede

formular al médico por tratamiento arbitrario o negligente a la hora de informar a su paciente y contar con su voluntad. Es decir, le sirve como garantía de que le informó al paciente y de que éste tomó una decisión basada en datos que se le aportaron. Sin embargo, a lo largo de todo el proceso del consejo genético son –en teoría- muchos los consentimientos, que deberían ser prestados: consentimiento para someterse a las pruebas de las que se derivaría un diagnóstico, consentimiento para que el médico revele los resultados obtenidos de las pruebas, consentimiento para proceder a la práctica por la que se ha inclinado la persona en su decisión final.

La Ley General de Sanidad y la L 41/2002, se refieren a “la exigencia del previo consentimiento escrito, del usuario para la realización de cualquier intervención”. El problema debatido por muchos autores, es el alcance, que ha de tener el término intervención, puesto que, se discute si se requiere el previo consentimiento para cualquier actividad curativa, o ha de limitarse a aquellas intervenciones, que supongan una mayor gravedad.

Por tanto, se requiere un otorgamiento por escrito, cuando las intervenciones puedan suponer un elevado riesgo para la vida o la salud del paciente. Lo importante para exigir el consentimiento escrito no es que se trate de una actividad diagnóstica curativa o quirúrgica, sino la gravedad que la misma puede suponer. Por ende, para ciertos supuestos de tratamiento médico no curativo –esterilizaciones, donación de embriones o fetos humanos, sometimiento a técnicas de reproducción asistida o practicar para ofrecer un diagnóstico (preconceptivo, prenatal)- también cobra especial importancia el consentimiento escrito.

Respecto a la forma de consentimiento escrito, conforme L41/2002, éste puede obtenerse a través de la firma de fórmulas genéricas cuando se trata de intervenciones con poco riesgo, como pueden ser la mayor parte de las pruebas exploratorias o bien a través de diferentes tipos de formularios o protocolos que contienen no sólo la indicación de la enfermedad diagnóstica y de la terapia que se ha de llevar a cabo, sino también los posibles riesgos y peligros que se pueden generar. No obstante, el consentimiento escrito nunca puede sustituir a la información verbal, ya que aquél ha de servir como una garantía escrita de que la información ha sido ofrecida al paciente.

Por ello, la ciencia médica ha elaborado protocolos para determinar cuándo una intervención es susceptible de tener dicho formulario escrito de consentimiento informado. Se ha llegado a la conclusión sobre la conveniencia de realizarlo en los siguientes procedimientos:

Aquellos procedimientos que sean invasores.

En los procedimientos que supongan riesgos, notorios y previsibles, que repercutan de manera importante en las actividades de la vida cotidiana, cuál son los diagnósticos que determinan la enfermedad del paciente, así como el tratamiento y posibles alternativas y los procedimientos terapéuticos tales como rehabilitación para restaurar la salud.

Además, la cuestión relativa a establecer, cuáles son los procedimientos que por afectar a la vida y a la salud del paciente, deben concretarse a través de consentimiento informado escrito, debe ser regulado por las Sociedades Científicas, los Comités Asistenciales de Ética, las Instituciones y, especialmente, teniendo en cuenta la opinión de los profesionales de la medicina, y ello independientemente de que se trate de procedimientos de diagnóstico, terapéutico o invasores, por ello habrá que desarrollar cuidadosos procesos de información y consentimiento.

Una vez que se ha determinado la necesidad de que exista un formulario escrito de consentimiento informado para una concreta actuación nos preguntamos ¿cuál es el contenido de dicho modelo?:

“Datos personales del paciente

Nombre y apellidos del médico que informa, que no tiene que ser necesariamente el mismo que realice el procedimiento en el que se consiente.

Alternativas posibles a la intervención propuesta

Nombre del procedimiento que se vaya a realizar, con explicación breve y sencilla del objetivo del procedimiento en qué consiste el mismo y la forma en que se va a llevar a cabo.

Descripción de las consecuencias seguras de la intervención que deban considerarse relevantes o de importancia.

Descripción de los riesgos personalizados. Debe entenderse por éstos los que están relacionados con las circunstancias personales de los pacientes, es decir, hacen referencia a la edad, a la profesión, a las creencias, valores y actitudes de los pacientes o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

Criterio del facultativo para incluir la información que haga referencia a las molestias probables del procedimiento y sus consecuencias.

Beneficios o mejoría que espera obtenerse como resultado de la intervención

Disponibilidad explícita a ampliar toda la información si el sujeto lo desea.

Declaración del paciente de haber recibido información acerca de los extremos indicados en los apartados anteriores, así como alternativas diferentes al procedimiento con pros y contras, de forma que el paciente participe, si así lo desea, en la elección más adecuada.

Manifestación del paciente, acreditativa de estar satisfecho con la información recibida y de haber obtenido información sobre las dudas planteadas y sobre la posibilidad de revocar en cualquier momento el consentimiento informado, sin expresión de causa, así como la expresión de su consentimiento para someterse al procedimiento

Fecha y firmas del médico que informa y del paciente

Apartado para la revocación del consentimiento que deberá figurar en el propio documento”.

Otra cuestión a tener en cuenta, es que no son válidas las cláusulas de exoneración de responsabilidad que contenga el formulario en que se emite el consentimiento, aunque el paciente las acepte, y todo ello, porque el consentimiento emitido por escrito comprende los posibles riesgos

de la actuación del profesional médico, pero no los comportamientos dolosos o imprudentes, es decir, la práctica que no sea correcta.

Considero que sería positivo que el propio paciente, además de firmar el documento de consentimiento informado, resumiera en un folio por escrito lo que realmente ha entendido. De esta forma, el/la médico/a podría cerciorarse si realmente ha entendido todo, o, por el contrario, si le queda algo por entender o por escuchar. Igualmente sería oportuno que el paciente alegara, en ese momento, la oposición hacia alguna actuación, a la que no diese el consentimiento, por no estar de acuerdo con la práctica de la misma.

VIII.3. EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

El consentimiento presunto despliega su eficacia, como indica Casas Barquero¹⁶⁰ “en aquellos supuestos en los que puede deducirse que el titular del bien jurídico afectado por la conducta típica hubiera consentido en su realización, de haber tenido conocimiento de los hechos y hubiera podido consentir”. López Barja de Quiroga¹⁶¹ manifiesta que “se trata de supuestos en que el titular del bien jurídico no se encuentra presente o está en situación de inconsciencia y se presume que de conocer todas las circunstancias hubiera consentido, en cuyo caso un tercero actúa presumiendo dicho consentimiento. Tales casos estarían justificados, en virtud del llamado consentimiento presunto”. Por tanto, estos supuestos, como indica Mezger¹⁶² representa “un válido sustitutivo del consentimiento real, pues^l no se trata de que el tercero actúe lo más favorable para el titular del bien jurídico, sino de que aquél ejecute la acción conforme a la voluntad presunta de éste”. Como señala Jescheck¹⁶³, “debe respetarse incluso la voluntad irracional del titular del bien jurídico protegido, cuando se conozca o pueda ser deducida, pues el consentimiento presunto no constituye un caso de tutela por auxiliador no solicitado”, sino de representación de otro en su libertad de decisión. Bacigalupo¹⁶⁴ estima que” la acción debe haber sido realizada en interés del bien jurídico”.

160 Casa Barquero, Enrique, *El consentimiento en el Derecho Penal*, Córdoba 1987, 1ª edición, p.27.

161 López Barja, Jacobo, “El consentimiento y esterilización de los incapaces”, cit., 325.

162 Mezger Edmund, *Tratado de Derecho Penal I*. Madrid 1.946, p.415 y ss

163 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, [Traducción: Manzanares Samaniego J.L.], Madrid 1995, 1ª edición p.532. *Principios de Derecho Penal...*, cit., p.351.

164 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Principios de Derecho Penal...*, cit., p.351

Mir Puig¹⁶⁵ manifiesta que “lo decisivo para la eficacia eximente del consentimiento presunto es la probabilidad *ex ante* de que el titular consintiera. No dejará de eximir, aunque luego (*ex post*) resulte que, contra todo pronóstico, el titular no aprueba la intervención”.

Es importante destacar, que en este consentimiento, además de las valoraciones sociales, lo que hay que tener en cuenta, es la voluntad del sujeto en concreto, es decir, lo que hubiese querido consentir, porque cuando es preciso su consentimiento no puede otorgarlo.

Cuando el médico tiene que recurrir el consentimiento presunto, surge inmediatamente la necesidad de recabar información acerca de cuál hubiera sido la voluntad del paciente, si estuviera en condiciones de poder mostrar su voluntad. De forma que, para realizar el juicio sobre el consentimiento presunto, el médico de ser posible, deberá solicitar información a la familia, allegados, amigos.

No se trata de que el consentimiento sea sustituido por el de la familia, pues éstos al no ser titulares del bien jurídico no pueden realizar, válidamente, y con efectos jurídicos en el ámbito penal, disposición alguna sobre el mismo, sino que hablar con la familia podrá proporcionar seguramente la base necesaria cuál hubiera sido la voluntad del paciente.

La ley sobre técnicas de reproducción asistida, exige que el consentimiento de la mujer, debe reunir las características siguientes: consciente, libre, expreso, por escrito y debidamente informado, cuando se trata de intervenciones sobre un tercero, por lo que la falta de algunas de estas características, dará lugar a la inexistencia de consentimiento eficaz, y, por lo tanto, el sujeto activo opera sin el consentimiento de la mujer.

En el supuesto, de efectuar maniobras abortivas por un tercero, en la embarazada, aunque mediare el consentimiento de la misma, si las maniobras producen graves lesiones físicas o psíquicas en el feto, se realizaría en este caso el tipo doloso regulado en el artículo 157 del Código Penal.

¹⁶⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal...*, cit., p.566 y ss.

Para los casos de intervenciones terapéuticas arriesgadas sobre el embrión o sobre el feto, como manifiesta Romeo Casabona¹⁶⁶ “la proporcionalidad entre el objetivo perseguido y los medios disponibles y riesgos que entraña la intervención adquiere especial relevancia en la terapia fetal, así como el hecho de que sin la terapia podrá optarse por el aborto, mientras que en el caso del embrión pleimplantatorio la alternativa es aparentemente más sencilla, pues consiste en su no transferencia a la madre”.

VIII.4. EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES

El problema que se plantea es si debe protegerse penalmente la salud física y psíquica del ser humano como una cuestión eminentemente privada, o, por el contrario, debe tenerse en cuenta, que el ser humano se desarrolla en comunidad, y, por tanto, puede afectar a toda la sociedad. Ahora bien, resulta que el ámbito que comprende la salud física y psíquica es amplio y diferente, y quizás no puede aportarse una solución idéntica, de tal manera que haya que estudiar cada supuesto planteado.

Así en los Códigos Penales de Alemania (de 1975) y Austria (de 1975), “se admite la eficacia exigente del consentimiento en las lesiones salvo que el hecho se oponga a las buenas costumbres” (parágrafo 226 a StGB alemán y 901 StGB austríaco).

Una fórmula no lejana a ésta se propone en el Proyecto de Código Penal de 1980 que dispone: “que salvo en los supuestos en que expresamente se establezca otra cosa, las lesiones castigadas en este título que sean producidas con el consentimiento del ofendido, sólo serán sancionadas, cuando se estimen socialmente reprobables, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la señalada para las lesiones de que se trate (artículo 177)”.

Este párrafo vincula, la intervención del derecho penal, en base a una cuestión ética, cuál es, una conducta reprochable en la sociedad y, en consecuencia, se desvincula del bien jurídico tutelado en el delito de lesiones así como de la capacidad de disponer, de tal forma que no responde a la cuestión planteada.

¹⁶⁶ Romeo Casabona, Carlos María, *El médico ante el Derecho*, Barcelona 1997, 2ª edición, p.116.

VIII.4.1. La situación en el Código Penal antes de la Reforma de 1963

Hasta la Reforma de 1.963, el Código Penal anterior no tenía ningún precepto sobre el consentimiento del lesionado en el delito de lesiones, por lo que la doctrina discutía si debía dársele o no alguna relevancia. Quintano Ripollés¹⁶⁷ “consideraba que, al no penalizarse expresamente conductas similares a la cooperación e inducción al suicidio, debía estimarse que el legislador había querido dejarlas impunes en relación el delito de lesiones”. Otro sector se inclinó en cambio, por una interpretación negativa. Sin embargo, Ferrer Sama¹⁶⁸ estimaba que “la salud y la integridad corporal son bienes indisponibles”, por lo que el consentimiento del lesionado en ningún caso podía eximir de pena.

VIII.4.2. La situación del Código Penal después de la Reforma de 1963

Esta reforma recogió esta segunda postura doctrinal al establecer en el artículo 428 la siguiente expresión: “Las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos, aun cuando mediere el consentimiento del lesionado”.

Sin embargo, la generalidad excesiva con que se redactó tal principio era peligrosa y grave fuente de problemas. Sobre todo, en los casos de tratamiento médico y algunos otros similares, ya que, si el consentimiento del lesionado no eximía de pena en ningún caso, mal podía justificarse cualquier intervención que pudiera afectar a la salud o la integridad física.

Así, por ejemplo, una operación de cambio de sexo, que en principio sólo puede tener justificación mediante la emisión del consentimiento del paciente que se somete a este tipo de intervenciones, tenía que ser castigada como grave delito de lesiones; para evitar estos inconvenientes se redactó un segundo párrafo en el artículo 428.

167 Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. I, 2ª edición, Madrid 1972, p.753 y ss.

168 Ferrer Sama, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, T.IV, Madrid 1956, p.334y ss.

VIII.4.3. Antes de la Reforma del Código Penal de 1989

La Reforma de 1983 incluye el siguiente párrafo: “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativos, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

En esta reforma de 1983, el consentimiento solo exime de pena en los casos expresamente citados en el párrafo dos y, no en otros cuya finalidad terapéutica es más evidente aún, así la inclusión de este párrafo no resolvió el problema.

El objetivo de la Reforma de 1983, consistía en solucionar expresamente por vía legislativa los casos discutibles en el momento en que se elaboró, pero, sin embargo, se negó relevancia al consentimiento en el resto de los supuestos, lo que como afirma Berdugo Gómez de la Torre¹⁶⁹ “sería contrario al libre desarrollo de la personalidad que consagra el artículo 10. 1º de la Constitución”.

IV.4.4. La situación tras la Reforma de 1989

Según hemos examinado con la reforma de 1983, el consentimiento prestado por el representante legal no era eficaz. Y, para facilitar que las personas incapaces cuando adolezcan de grave deficiencia psíquica, pudieran ser esterilizadas, la reforma de 1989, añadió un nuevo párrafo al artículo 428, exigiendo para admitir la esterilización, en este caso, que ésta “haya sido autorizada por el Juez a petición legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

Y, este párrafo se añadió porque presentaba serias dificultades a la hora de resolver el legislador por vía lógico-gramatical, y, además constituía un grave problema socio-cultural.

¹⁶⁹ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *El delito de Lesiones*, Salamanca 1982, 1ª edición, p.56.

Gimbernat¹⁷⁰ manifestó, “en relación con el artículo 428 que no sólo existen contradicciones gramaticales y lógicas, sino también valorativas, pues admitir que el consentimiento no tiene relevancia en las lesiones supone una abierta ruptura con el sistema axiológico del Código Penal”.

Berdugo Gómez de la Torre,¹⁷¹ manifestó que “el párrafo primero del artículo 428 es anticonstitucional, puesto que, como la esencia del bien jurídico, salud, radica en la posibilidad de disposición del mismo, el coartar la capacidad de disponer de este bien jurídico, hasta el punto de obligar a estar sano” es reflejo, de una concepción no democrática de las relaciones Estado-ciudadano.

VIII.4.5. La situación en el Código Penal de 1995

El artículo 155 establece que “en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados”, no siendo eficaz, según el párrafo segundo, el emitido por un menor de edad o incapaz.

Y, en el artículo 156, se establecen idénticas excepciones a las que ya se introdujeron en el artículo 428 en la Reforma de 1989, de tal forma, que, se regula la esterilización de los deficientes psíquicos y, se le da relevancia al consentimiento en los supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual.

Si se analiza la regulación del art.155 del Código Penal, se observa que, el consentimiento del “ofendido”, aun válidamente emitido, atenúa la pena, pero no exime de la misma, es decir no estamos ante una conducta atípica.

Lo que implica es, que se niega capacidad de disposición a las personas sobre su salud e integridad corporal, y sin embargo, la fórmula escogida en el artículo 156 del Código Penal de 1995, establece que en estos casos de cirugía transexual, esterilización o trasplante de órganos, el consentimiento de la persona afectada por este tipo de intervenciones es lo que realmente lo

170 Gimbernat Ordeig, Enrique “Diatriba del Nuevo Código Penal”, *La Ley*, nº III, año 1996 p.1.335

171 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Delito de...*, cit., p.395 y ss.

justifica, exigiendo el legislador que el consentimiento sea válido, lo que implica, que no se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa o que el otorgante no sea menor de edad o incapaz;

Por otro lado, transmite la impresión que según sea el tipo de lesión de que se trate, el consentimiento opera a nivel de tipicidad o de antijuridicidad, y se podría producir, obviamente, la vulneración del artículo 10 de la Constitución. Además, en las intervenciones médicas frecuentes y completamente normales, puede transmitirse la idea de que no es el consentimiento del paciente, lo que justifica la intervención.

En definitiva, aquel consentimiento que se obtiene por inmadurez de la persona que consiente, cuando se abusa de una situación angustiosa económicamente (venta de un riñón), por falta de información, por coacciones, o cuando el ser humano no tenga conciencia exacta del alcance de su consentimiento, en todos estos supuestos, no puede tener relevancia.

Para comprobar cualquier exención de responsabilidad penal en el delito de lesiones, bien sea por falta de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, hay que examinar si hubo o no hubo consentimiento y si éste fue válidamente prestado. Por ello, lo primero a valorar es sí el consentimiento se otorgó de forma válida y sí la conducta del médico/a se realizó dentro de los límites que el consentimiento puesto que ningún ser humano quiere someterse a una intervención quirúrgica que empeore su salud, en este caso, deberá exigirse responsabilidad dolosa o imprudente, salvo que el consentimiento excluya la atipicidad de la conducta.

De lo que se deduce que la atenuación que contempla el párrafo primero del artículo 155, será aplicable en pocos supuestos, en los que el consentimiento aun siendo válidamente emitido, carece de relevancia jurídica.

Muñoz Conde¹⁷² considera, que “el artículo 156 no debe entenderse como una excepción a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 155, sino como la necesidad por parte del legislador de solucionar los casos más discutibles, por tanto, lo que el párrafo segundo del artículo 156 quiere resolver es un estado de necesidad”.

¹⁷² Muñoz Conde Francisco, *Derecho Penal...*, cit., 105 y 106.

Tamarit Sumalla¹⁷³ manifiesta que “en el debate sobre el consentimiento en la doctrina, es habitual deducir la relevancia eximente del mismo de la disponibilidad por parte de su titular. La afirmación de tal presupuesto no plantea problema alguno en los bienes jurídicos que constituyen meras manifestaciones específicas de la libertad, de acuerdo con la regla lógica que impide la utilización de un atributo para negarse a sí mismo. Pero fuera de estos casos, la cuestión resulta más compleja, sobre todo cuando no se protegen bienes jurídicos absolutamente espiritualizados, (honor) sino erigidos sobre un sustrato material perteneciente al mundo exterior (vida, salud, o integridad corporal).

El efecto atenuante del consentimiento en las lesiones, a juicio de Tamarit Sumalla¹⁷⁴, se funda en la naturaleza pruridimensional del bien jurídico, incolumidad, integrado por una parte que constituye una emanación directa de la dignidad humana y resulta en consecuencia disponible, y por el sustrato material concretado en la salud o integridad corporal, dimensión ésta que mediante el artículo 155 se declara indisponible. En consecuencia, la negación del sujeto pasivo supone la negación de la tipicidad en los delitos contra la integridad moral, mientras que tan sólo disminuye el injusto en los delitos de lesiones de naturaleza pluriofensiva”.

Lo anterior, no obsta para afirmar la tipicidad del tratamiento médico curativo, dada la ausencia de afección del bien jurídico salud, estando tales actuaciones sometidas al requisito del consentimiento “(artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad de 1986)”, la realización de las mismas incumpliendo este requisito no constituirá delito de lesiones, sino un supuesto de tratamiento médico arbitrario (agrupando aquellos supuestos en los que el médico pudiendo haberlo hecho, actuó sin el consentimiento del paciente), a calificar, por tanto, como coacciones (artículo 172) o trato degradante (artículo 173).

Lo mismo cabe decir respecto a la atipicidad de las intervenciones que no tienen un efecto inmediato de mejora de salud física, como la cirugía estética, pero que, en cualquier caso, no causan un menoscabo en la misma y pueden incluso contribuir positivamente a la salud psíquica del individuo.

173 Tamarit i Sumalla, Josep María y otros. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona 1996, 1ª edición, p.746.

174 Tamarit i Sumalla y otros. *Comentarios a la Parte Especial...*, cit., p 748 y ss.

Jakobs¹⁷⁵ “parte de los supuestos agrupados en torno a la idea de autopuesta en peligro, en los que se sostiene la atipicidad al margen de la teoría del consentimiento, mediante la exclusión de la imputación objetiva del resultado, de tal manera que se pueden incluir conductas de participación de terceros en una autopuesta en peligro o de puesta en peligro ajena consentida, tales como el contagio de Sida mediante relaciones sexuales sin protección, consentidas por parte de la víctima con un conocimiento del riesgo igual al del autor”.

En el artículo 155 se declara expresamente la falta de validez del consentimiento otorgado por un menor de edad o incapaz, y, a diferencia del art.166 del Código Penal, que establece expresamente, que no será válido el consentimiento otorgado por los representantes legales, no se hace sin embargo mención alguna, pero obviamente, dado el carácter personalísimo del objeto de tutela, debe entenderse que la fórmula recogida en el art.166 debe también aplicarse al segundo párrafo del art.155 del mismo texto legal.

La exigencia de libertad y espontaneidad, suponen la ausencia de coacción y intimidación que vicien la voluntad, en los supuestos de engaño o de precio, es preciso negar el carácter espontáneo del consentimiento en atención al bien jurídico tutelado, ya que aceptar precio, por ejemplo, por un órgano vital afectaría la dignidad humana, vulnerando el art.10CE

Además, el art.156CP exige que el consentimiento haya sido emitido expresamente, lo que implica, que, en los supuestos de inconsciencia o urgencia, no es válido el consentimiento presunto, en consecuencia, e irrelevante el consentimiento en caso incapacidad de prestarlo personalmente.

La relevancia del consentimiento, según Tamarit Sumalla¹⁷⁶, “no exige el conocimiento del mismo por parte del autor, ahora bien, al ser un elemento que conforma la tipicidad, dado su efecto meramente atenuatorio, no cabe tampoco plantearse la posibilidad de una tentativa inidónea”.

C. Carbonell Mateu y J.L. González Cussac¹⁷⁷ consideran que “el artículo 155 del Código Penal exige determinadas condiciones para la aceptación de la prestación del consentimiento. Así

175 Günther Jakobs, Derecho Penal, *Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación* (Traducción: Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, J.L.) Madrid 1995, p.853.

176 Tamarit i Sumalla, Josep María y otros, *Comentarios a la Parte Especial*, cit., p.751.

177 Carbonell Mateu, J.C., González Cussac J.L. y otros. *Comentarios a la Parte Especial*, cit., p.767 y ss.

éste ha de ser válido, libre, espontáneo y expresamente emitido; de tal manera que, se van a plantear cuestiones como si se otorga validez al consentimiento posterior a la realización del delito, lo que equivaldría a otorgar relevancia al perdón.

Asimismo, continúa abierta la cuestión en torno a la trascendencia del consentimiento en las intervenciones quirúrgicas curativas sobre las que deben darse por reproducidas las situaciones existentes para la regulación anterior: las intervenciones que redundan en un beneficio de la salud, aún cuando quiebren la integridad corporal, han de considerarse atípicas. Si la intervención no hubiere sido curativa, la presencia del consentimiento otorgará cobertura al ejercicio legítimo de un oficio o cargo, por lo que la conducta estaría justificada; por otro lado, el artículo 155, al exigir la validez del consentimiento, recuerda la nulidad del otorgado por un menor de edad o incapaz”.

Además, el art.155CP., establece que siempre que medie el consentimiento del ofendido, se aplicará la pena inferior a uno o dos grados, lo que conlleva en un plano práctico o dicho de otro modo en los tribunales a no cumplir penas privativas de libertad impuestas en sentencia judicial, ya que hay que tener en cuenta, que en la ejecución de sentencias, opera el mecanismo de la suspensión, aplicable cuando el condenado haya delinquido por primera vez, haya satisfecho las responsabilidades civiles y siempre que la pena privativa de libertad no sea superior a dos años, lo que sucedería en estos casos, al aplicar la pena inferior en dos grados.

Y, en el plano teórico, el consentimiento o tiene todo el efecto de exención de responsabilidad en el caso de considerarse la salud un bien disponible, o carece por completo de él, sí el titular del bien jurídico protegido no tiene poder de disposición sobre él, de tal manera que lo que transmite el legislador en este artículo es que el consentimiento más que un efecto justificante, parece que la rebaja en uno o dos grados opera a efecto de reducir la culpabilidad, solución que desde un plano político-criminal o dogmática no soluciona los problemas planteados.

El artículo 156, otorga relevancia al consentimiento sí se otorgó en los supuestos de transplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo y, en este supuesto, lo que determina la atipicidad es el consentimiento emitido, de forma expresa, libre, consciente, y válido, aunque el legislador en estos supuestos

entiende que no benefician la salud, lo que hay que poner en duda, ya que la salud comprende no sólo el aspecto físico sino también lo integra el aspecto psíquico.

Podría deducirse quizás, a través del régimen de excepciones, que establece este artículo, que el resto de intervenciones quirúrgicas serían atípicas porque afectan a la salud, como bien jurídico protegido, en vez de que la atipicidad devenga por otorgar el consentimiento con los requisitos indicados.

Y, el Código Penal, recuerda también, como sucedía en el artículo anterior, la invalidez del consentimiento que haya sido obtenido por cualquier vicio, entre los que destaca expresamente la obtención de precio o recompensa, así como el emitido por una persona incapacitada judicialmente o por alguien que no ha alcanzado la mayoría de edad. En este caso, extiende la invalidez incluso al prestado por los representantes legales del menor o incapaz.

Según el análisis del párrafo segundo del art.156 del Código Penal, se permite la esterilización de personas declaradas judicialmente incapaces, acordada por los órganos judiciales, considerando la conducta atípica, cuando se produzca un grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, lo que supone que está permitida la esterilización forzada.

Ahora bien, en España entró en vigor en el año 2008, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que fue aprobada en el año 2006, la cual, entre sus estipulaciones reconoce diferentes derechos a las personas declaradas incapaces judicialmente, tales como el derecho a ser madres, padres, a las relaciones personales entre sí y a formar una familia.

Especialmente, en el art.23 de la mencionada Convención se recomienda a los estados firmantes, así como a los estados que posteriormente ratificaron dicha convención, que adopten las medidas oportunas para terminar con la discriminación existente entre las personas declaradas incapaces y el resto de seres humanos, a fin de equipararlos en derechos con el resto de personas en lo relativo a la familia, matrimonio, maternidad y paternidad, reconociendo expresamente a las personas declaradas incapaces el derecho a contraer matrimonio, otorgando validez al consentimiento emitido libre y penalmente, así como el acceso a la información a los efectos de planificar el número de hijos que

desean tener y el tiempo que debe transcurrir entre los distintos nacimientos, sin olvidar que estas personas mantengan su fertilidad en las mismas condiciones que el resto de seres humanos.

Por ello se aprobó la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal, cuyo objeto, es eliminar la esterilización realizada sin el consentimiento de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, que suprimió el párrafo segundo del art.156CP de 1995, puesto que, además de estimar que es una forma de maltrato físico y psicológico a las mujeres, vulnera tanto el artículo mencionado como lo establecido en el art.39 de la mencionada Convención

VIII.5. EL CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE LESIONES AL FETO

Mención especial merece la terapia fetal que puede generar lesiones en el feto al igual que la terapia en el embrión peimplantatorio que se manifestarán no sólo durante el desarrollo del feto sino también en algunos supuestos, después del nacimiento, o que incluso, como consecuencia de ellas el niño nazca muerto o fallezca después de nacer.

La licitud de la terapia fetal está también reconocida en nuestro ordenamiento por la “Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida; en el artículo 13.1 de dicha ley se establece que la intervención sobre el feto o el embrión, dentro o fuera del útero, no podrá tener otras finalidades que las de tratamiento de una enfermedad o de impedir su transmisión, y el número 2 de dicho artículo limita la finalidad terapéutica, además, a que propicie el bienestar o el desarrollo del feto”. Según el artículo 13.3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: “la terapéutica a realizar en preembriones *in vitro*, o en preembriones, embriones y fetos en el útero sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos:

Se exige que la mujer no sólo haya sido informada adecuadamente sobre los distintos procedimientos, las pruebas diagnósticas, las diferentes posibilidades sino también sobre los riesgos que comporta la terapia y que además y, previamente los acepte.

Se parte de la base de que afecta a la salud, y, obviamente a la integridad física y psíquica de la paciente, como bien jurídico tutelado y que se pretende la mejora de la misma, por lo tanto, la conducta del sujeto activo que realiza la terapia fetal, será atípica si el tratamiento resultare exitoso.

Ahora bien, sí la terapia que se aplica no tiene éxito, aunque se produzcan lesiones, como la finalidad es mejorar la salud, en este caso, no existe dolo, y en consecuencia la responsabilidad será a título de imprudencia según recoge el Código Penal de 1995.

Además, se regulan de modo muy prolijo los fines concretos, los presupuestos y requisitos de licitud de la utilización de embriones y fetos con fines de investigación y experimentación, en los artículos 14 y siguientes de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida y en los artículos 7 y siguientes de la Ley de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Organos.

Estas actividades son lícitas si se realizan dentro de los límites establecidos en dichas leyes. Dichas actividades, sin embargo, serán en todo caso incompatibles, es decir, serán ilícitas, con la realización del tipo de lesiones al feto, en particular no podrán coexistir lícitamente con la producción de lesiones tan graves como las descritas por el tipo. El hecho doloso, por lo tanto, no podría quedar nunca justificado por aquellas finalidades. En los casos en que no haya dolo se dará una responsabilidad por imprudencia si concurren los requisitos del tipo del artículo 158 del Código Penal de 1995 y no podrá aplicarse ninguna causa de justificación.

Con respecto a la realización del tipo de lesiones dolosas al feto, cabe plantear la posibilidad, de concurrencia de otras causas de justificación, directamente o por analogía, según la doctrina del consentimiento como causa de justificación; González Cussac¹⁷⁸ considera que, en particular, se puede plantear “la hipótesis en la que la embarazada debe ser sometida a un tratamiento durante la gestación, y que dicho tratamiento tenga efectos secundarios lesivos para el feto en el sentido típico”.

En estos casos, la realización del tipo estaría amparada en el estado de necesidad, pues, existiría dos tipos de interés que debieran ponderarse, por un lado, los intereses protegidos de la

178. González Cussac, José Luis, y otros, *Derecho Penal...*, cit., p. 813.

madre -su vida, su integridad corporal o su salud- que tienen un valor superior a la integridad y, por otro lado, la salud del feto y no cabría estimar que con dicha acción se vulnerase el art.10 de la CE, que recoge el respeto debido a la dignidad de la persona.

La producción de estas lesiones necesarias e inevitables al feto, dada su gravedad, podría originar la situación típica de la indicación eugenésica justificante del aborto.

Según la doctrina del consentimiento como causa de atipicidad, si la embarazada fuera sometida a un tratamiento durante la gestación, de tal manera que se derivaran efectos perjudiciales en el feto, no se produciría el tipo, pues la acción ha ido dirigida finalísticamente a mejorar la salud de la madre, partiendo de la base de que este tratamiento se haya proporcionado conforme la “*lex artis*” y siempre y cuando haya mediado el consentimiento de la embarazada.

Si no mediere el consentimiento de la embarazada, siendo procedente, nos hallamos ante un supuesto de tratamiento médico arbitrario.

Si este tratamiento no se aplicó conforme la “*lex artis*” nos hallamos, ante los supuestos más habituales, ya que se produce el tipo que regula el artículo 158 del Código Penal de 1995.

En el supuesto, no ya de aplicar un tratamiento médico, sino de efectuar maniobras abortivas por un tercero, en la embarazada, aunque mediere el consentimiento de la misma, si las maniobras producen graves lesiones físicas o psíquicas en el feto, se realizaría en este caso el tipo doloso regulado en el artículo 157 del Código Penal.

En los artículos 157 y 158 del Código Penal de 1995, Valle Muñoz¹⁷⁹ afirma que “la conducta delictiva aparece descrita exactamente igual que en los delitos de lesiones. La fórmula legal utilizada es la misma, “por cualquier medio o procedimiento”, por lo que cabrán tanto las conductas activas como omisivas y esa acción u omisión deberán concretarse en la causación de una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el feto una grave tara física o psíquica”.

¹⁷⁹ Valle Muñoz, José Manuel, *Código Penal y Leyes...*, cit. p.178

Por lo que estamos ante un tipo alternativo que contempla dos formas de lesión al feto o al embrión, lo cual implicará que no cualquier lesión será típica, sino sólo aquellas que perjudiquen su normal desarrollo y, si no es así, que le provoquen “una grave tara física o psíquica”. En conclusión, el tipo penal no contempla las lesiones leves, sino sólo las lesiones graves, ya que el precepto exige que la lesión o enfermedad causada en el feto “perjudique gravemente su normal desarrollo” o provoque “una grave tara física o psíquica”, lo cual es corroborado por la entidad de la pena que se establece para este delito y por el carácter instrumental del bien jurídico que está pensando en la futura persona.

Gracia Martín¹⁸⁰ manifiesta que “especial preocupación suscita la cualificación de gravedad que debe revestir la lesión o enfermedad que deberá afectar al normal desarrollo del feto o embrión, u ocasionarle importantes taras físicas o psíquicas para dar lugar a la aplicación de los artículos 157 y 158 del Código Penal de 1995”.

Por tanto, no toda lesión o enfermedad causada al feto es típica, sino “sólo aquellas que perjudiquen gravemente su normal desarrollo o le provoquen graves taras físicas o psíquicas”; de tal forma que quedaran impunes, al no existir una falta de lesiones al feto, las lesiones o enfermedades que perjudiquen levemente el normal desarrollo del feto, no perjudiquen su normal desarrollo en absoluto y aquellas otras que le provocan leves taras físicas o psíquicas o no le provocan taras de ningún tipo.

Como se puede comprobar estamos ante un tipo de resultado determinado y limitado por la gravedad del perjuicio o menoscabo en la integridad del feto. La razón de esta limitación tiene su base según Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta¹⁸¹ “en la menor entidad, a efectos penales, del objeto del delito en relación con el de las lesiones contra las personas”.

Así la lesión o enfermedad que perjudique gravemente el normal desarrollo del feto parece hacer mención a aquellos supuestos en los que la lesión o enfermedad causada, afecta únicamente al feto, y por tanto, únicamente comprensible al periodo de gestación o embarazo, pudiendo dar lugar a un nacimiento prematuro peligroso para la integridad de aquél, aunque sin llegar a la

180 Gracia Martín, Luis, Los delitos de lesiones al feto... cit. p.17.

181 Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta, *Delito de lesiones*, Pamplona 1993, 1º edición p. 40.

consideración de grave tara física o psíquica, o siendo necesario un determinado tratamiento médico para restablecer su normal desarrollo. Entiendo, por tanto, que esta grave alteración normal, del normal proceso de formación del feto viene referida a las lesiones al feto, con resultado de carácter prenatal, sin perjuicio de que se admita la posibilidad de que las consecuencias negativas para la integridad se mantengan, tras la “grave tara física o psíquica”, parece incluir no sólo los casos en los que la grave tara física o psíquica se manifiesta únicamente durante nacimiento.

El resultado es la lesión o enfermedad que provoque en el feto “una grave tara física o psíquica”, durante la gestación como aquéllos otros, más probables, en los que la grave tara física o psíquica en el feto continúa tras el nacimiento. Más dudas plantea según Higuera Guimerá¹⁸², “la inclusión en el tipo de aquellos comportamientos que causen una lesión o enfermedad en el feto que no perjudicando gravemente su normal desarrollo manifiesten sus consecuencias a partir del nacimiento, esto es, en la persona ya nacida”.

En efecto, el tipo, “causar una lesión o enfermedad en el feto que provoque en el mismo una grave tara física o psíquica”, puede llevarnos a dos interpretaciones:

1ª) Una interpretación estricta del tenor literal del precepto nos llevaría a entender que “las graves taras físicas o psíquicas” deben manifestar sus efectos ya en la fase embrionaria o fetal, de tal manera, que sólo se pudiese castigar estos comportamientos por tentativa en el delito de lesiones al feto. Sin embargo, esta solución no resulta del todo deseable pues lógicamente, los casos provocados por imprudencia grave -los más numerosos- quedarían impunes, por otro lado, éstos eran precisamente los supuestos conflictivos que dividían a la doctrina conforme a la antigua regulación, de ahí que aparezca improbable que la voluntad del legislador haya sido, la de su exclusión.

2ª) Una segunda interpretación más amplia, supondría entender que la exigencia de que la lesión o enfermedad causada en el feto provoque en el mismo una “grave tara física o psíquica”, significa únicamente que la lesión o enfermedad debe provocar una grave tara, sin que sea necesario que los efectos o consecuencias se manifiesten en el feto y en consecuencia serían típicas, por ejemplo, aquellas conductas que transmitieran el virus del SIDA, con independencia de que se

¹⁸² Higuera Guimerá, Juan Felipe. *El Derecho Penal y...*, cit., p.122.

desarrollara o no en el mismo la enfermedad y aquellas otras que causaran una lesión o enfermedad genética que exteriorizara sus efectos tras el nacimiento. Independientemente de la manifestación externa de las consecuencias de estas lesiones, en ambos casos se puede afirmar que el feto presenta ya, como consecuencia de las mismas una tara de carácter físico o psíquico.

Flores Mendoza¹⁸³ señala que el problema se halla en determinar entonces “sí dicha tara puede ser o no calificada de grave”. Obviamente si la determinación del tipo se realiza cuando los efectos ya están presentes. no habría ningún problema para su calificación, por el contrario si dicha calificación se pretende hacer previamente, antes de que se exterioricen las consecuencias de esa enfermedad o lesión, nos podemos encontrar ante una simple predisposición a contraer en el futuro una enfermedad susceptible de provocar en el futuro “graves taras físicas o psíquicas”, que no se traduce automáticamente en la enfermedad correspondiente, o, aún existiendo ésta, puede que no provoque las “graves taras físicas o psíquicas”, a las que se refiere el tipo de lesiones al feto, si tenemos en cuenta que la intervención de factores endógenos y exógenos puede alterar el curso de la enfermedad y la mayor dificultad de determinar este curso causal en las enfermedades de origen plurigénico, pudiendo quedar estas conductas impunes en muchos casos, salvo que se pudiesen reconducir a los supuestos de “lesiones o enfermedades que perjudiquen gravemente el normal desarrollo del feto”.

Pienso que, no puede ser una cualificación de apreciación discrecional del médico, sino que deberá analizarse mediante el correspondiente informe pericial, todo aquello que determine “como grave enfermedad o lesión”, ya sea porque cree un cierto riesgo para la vida del nasciturus o pueda dar lugar a una incapacidad mental notoria o enfermedad mental incurable o bien porque sin tratarse de una grave tara física o psíquica, atente el desarrollo del feto, incluyéndose aquí toda aquella perturbación menor de su salud incurable o crónica que no merezca aquella calificación.

Parece claro que el legislador está pensando en aquellos supuestos de utilización abusiva o defectuosa de las diversas pruebas médicas para detectar anticipadamente anomalías fetales, como el diagnóstico prenatal, la aplicación de radiaciones sobre el cuerpo de la mujer, el tratamiento del feto, mediante transfusiones de sangre, dentro del seno materno, o las nuevas posibilidades de actuación de la obstetricia en la provocación o facilitación del parto, así como los efectos de

183 Flores Mendoza, Fátima, “El delito de Lesiones al Feto en el Código Penal de 1995”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 169, año 1996, p. 174.

determinados fármacos, supuestos en los que pueden derivar lesiones sobre el feto con posibilidad de reproducirse después del nacimiento.

El resultado del delito, consistirá en el efectivo menoscabo “de la integridad corporal o salud física o mental”, imputada a cualquier acción u omisión dolosa realizada sobre el feto.

La imprudencia grave, que regula el artículo 158 del Código Penal de 1995, debe ser entendida como temeraria, es decir, aquella imprudencia muy grave que se halla en la frontera del dolo y que no consiste en “la omisión de algunas reglas de vulgar y ordinaria experiencia”, uno de los deberes de cuidado más relevantes para la salvaguarda del bien jurídico.

Valle Muñiz¹⁸⁴ estima que “en la práctica parece lógico suponer que, en la mayoría de los casos, las lesiones al feto serán consecuencia de la infracción grave del deber de cuidado por parte de los profesionales médicos o sanitarios”.

Gracia Martín¹⁸⁵ señala que “la conducta va referida a la actuación de un tercero ajeno a la madre, normalmente el médico, excluyéndose expresamente del tipo imprudente a la embarazada, dado que los deberes de cuidado que, en este caso, deben fundamentar el injusto, no son exigibles a la madre, entre otras razones, porque un deber de diligencia penalmente impuesto sobre el transcurso del embarazo no encuentra justificación político-criminal. Lo contrario, obligaría a la madre a limitar sustancialmente su modo de vida durante el embarazo”.

De tal manera que el artículo 158 del Código Penal de 1995, tiene un sentido claramente restrictivo al evitar que este tipo resulte aplicable a la madre.

De ello, se deduce que, el consentimiento de la madre es evidentemente imprescindible; existe, pues, una poderación de intereses; entre el feto y la madre; de ahí que quede justificado las intervenciones perjudiciales sobre la madre en beneficio de la madre y con perjuicio del feto, como las lesiones al feto ocasionadas por un tratamiento de quimioterapia necesario, para que madre sobreviva, pero las lesiones ocasionadas al feto, a consecuencia de la anestesia inyectada a la madre,

184 Valle Muñiz, José Manuel, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Madrid 1996, 1ª edición, p.757.

185 Gracia Martín, Luis, *El delito de lesiones al feto...* cit.p.50.

para ponerle un implante de silicona en los pechos, cuando exista consentimiento otorgado por la madre, y el médico no haya observado la *lex artis* nos hallamos ante el tipo imprudente, tipificado en el artículo 158 CP, cuyo último párrafo establece que la embarazada no será penada, ahora bien sí el/la médico/a ha observado la “*lex artis*”, y existe consentimiento de la embarazada, las lesiones son atípicas, sin perjuicio desde luego, de que el hijo cuando nazca, el cual tiene derecho a nacer sano, podrá ejercer contra el médico una acción civil denominada *wrongful birth*.

También, es preciso, estudiar el supuesto en que el feto presenta malformaciones, detectadas a través de técnicas de diagnóstico prenatal, que podría corregirse a través de un tratamiento fetal determinado. Y, en este caso, la madre se niega a otorgar el consentimiento, o, también existe la posibilidad de que se niegue a someterse a tratamiento. Así, se plantean dos soluciones, considerar que la actuación es atípica o considerar que existe colisión de intereses, poderando siempre el interés de la madre confrontado con el interés del feto, de esta manera, prevalece el interés de la madre.

Otra cuestión a tener en cuenta es, si la madre otorga el consentimiento y el/la médico/a actúa conforme “*lex artis*”, y se inicia el tratamiento fetal que tiene por objeto corregir las malformaciones antedichas, y, efectivamente la salud del feto mejora, y, en esta situación, se decide interrumpir la terapia fetal, lo que revierte la situación, en este supuesto, nos hallamos ante un delito de omisión para la madre y un delito de comisión por omisión, para los profesionales sanitarios siempre que se produzca un agravamiento de la salud después de abandonar el tratamiento, no obstante tanto el delito de omisión, como el delito de comisión por omisión, aunque evidencia una conducta típica, sin embargo, podría estar justificada, en una colisión de deberes para el caso en que la madre, decide interrumpir el tratamiento, prevaleciendo el interés de la madre, y cuando se tratare del profesional sanitario, la justificación podrá basarse en el estado de necesidad de tal forma que el mal representado por el empeoramiento o regresión del estado de la salud del feto no sea mayor que el que se evite con la interrupción del tratamiento.

IX. TIPO DOLOSO Y TIPO CULPOSO

IX.1- CONDUCTA TÍPICA

IX.1.1. Acción

Para un profundo análisis del “delito de lesiones al feto”, es preciso, no sólo delimitar el concepto de feto y exponer las diferentes posiciones doctrinales del concepto de lesión, sino también determinar “la acción”, considerando que estamos ante un delito de resultado, y requiriéndose en estas infracciones que la conducta abarque la consecuencia de la acción para que sea típica, el tipo tiene una estructura mixta alternativa delatada por la reiterada presencia de la disyuntiva “o”, de lo que se sigue que basta la realización de uno de los resultados para la realización del delito.

En la estructura del tipo, es preciso examinar

El primer elemento en la estructura del tipo se refiere a la “conducta humana”. Esa conducta se encierra en “la acción” o hecho humano descrito en la ley como delito. De otra parte, dado que el Derecho Penal no sólo procura impedir la lesión a bienes jurídicos, sino que impone normas de conductas para que tal lesión no se produzca, aquello que decidirá cuál es la forma básica de un hecho punible será la conducta de su autor.

En este sentido, de primer elemento del delito (que coloca el lugar sistemático de la acción dentro del concepto del delito y como soporte de la tipicidad y demás juicios de valor que configuran el acto delictivo pleno), la acción, constituye la base común de todas las formas de aparición del delito y puede expresarse de diferentes formas, la más habitual es la comisión, es decir el hacer alguna cosa, frente a esta manifestación se encuentra no hacer algo, que da lugar a la omisión, en tercer lugar la comisión por omisión, cuando existe el deber de actuar y sin embargo, se omite aquello que debía haberse hecho. Y, además este hacer, puede dirigirse de forma voluntaria y consciente a conseguir el resultado que precisamente la ley define como delito, y lo denominamos delito doloso, o puede producirse un resultado diferente al querido, cuando el sujeto activo no se representó el resultado ni como querido ni probable, entonces se denomina delito imprudente.

Este delito es un delito de resultado que consiste en causar una lesión o enfermedad al feto que “perjudique gravemente su normal desarrollo o que provoque en el mismo graves taras físicas o psíquicas”.

Lo que significa que las lesiones que producen leves taras físicas o psíquicas o las que no producen ningún tipo de tara física, o las que afectan de forma leve el normal desarrollo del feto no son lesiones típicas.

En definitiva, el resultado de la lesión o enfermedad que provoque “una grave tara física o psíquica”, además la gravedad de la tara física o psíquica ha de entenderse en relación a su importancia o intensidad y deberá determinarse a través de los correspondientes informes periciales.

Del análisis de este tipo también se deduce también que la grave tara se puede manifestar durante la gestación o tras el nacimiento.

A pesar de la utilización del verbo “causar” que parece tener un significado predominantemente activo, la conducta puede consistir tanto en acción como omisión, si tenemos en cuenta que aquél puede realizarse por cualquier medio o procedimiento.

En el delito de lesiones al feto, el objeto material de todas las conductas es el feto, quedando al margen del ámbito de tutela de este delito, el embrión preanidatorio y el embrión in vitro, facilitando de esta manera la investigación, puesto que la protección de la vida humana dependiente está situada a través de la teoría del plazo, a partir de las veintidós semanas, por lo tanto, si se causaren lesiones al embrión in vitro destinado a la reproducción, antes de ser transferido a la mujer, se tratará de lesiones atípicas sin perjuicio de que la conducta puede ser castigada como “delito de manipulación genética”, siempre y cuando se altere el genotipo del embrión in vitro. A tenor del artículo 157 CPenal, la acción típica es causar una lesión que provoque en el feto “una tara física o psíquica”, cuyo efecto se manifiesten no sólo en la fase fetal sino posteriormente, es decir, con consecuencias postnatales.

En el delito, objeto de nuestro estudio, según el tenor literal, la conducta típica es causar una lesión que “provoque en el mismo una tara física o psíquica”, sin que sea necesario que los efectos o consecuencias se manifiesten en el feto, diferenciándose del delito de manipulación genética, en cuanto que, la acción típica consiste en la manipulación del conjunto de genes que se encuentran en el ADN de los cromosomas de cada una de las células, es decir, se trata de alterar los genes humanos, de manera que se modifique el genotipo, y además el sujeto ha de obrar con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, y del delito de aborto cuya acción supone la muerte del feto.

En los delitos de resultado, debe existir una relación entre la acción y el resultado típico, que es precisamente la causalidad, y esta relación de causalidad, debe matizarse a través de los criterios de imputación objetiva.

Y, la existencia de la conexión casual, es sumamente sencilla de explicar en los golpes del lesionado, en el tiro certero, los casos de colisión entre vehículos, aún cuando las reglas de la experiencia puedan no ser suficientes y sea precisa la utilización de personas expertas de peritos, puesto que como es lógico el Juez/la Jueza, no puede tener conocimientos enciclopédicos y, por ello, para comprender determinados fenómenos son traídas al proceso personas que poseen tales conocimientos especializados para que propicien las explicaciones correspondientes.

En principio, resulta evidente que el Tribunal no puede apartarse de los conocimientos técnicos. Ahora bien, esta afirmación indica López Barja de Quiroga, “no quiere decir que la sujeción del Juez con el dictamen pericial sea de tal entidad que realmente la decisión constituya una mera trasposición de la pericia”. Por el contrario, “ el Juez tiene una importante labor en orden a la valoración del dictamen pericial emitido, pues debe analizar, en términos de racionalidad y en virtud de las reglas de la experiencia los dichos del perito, siendo tarea de éste conseguir expresarse de forma que pueda ser captado por todos los asistentes del juicio. De esta manera, al apreciar la pericia practicada, el Juez podrá seguirla o rechazarla, pero, en todo caso, cuando la pericia requiera especiales conocimientos técnicos, únicamente cabrá apartarse de la misma cuando sea irracional o ajena a las reglas de la experiencia, porque de otra forma el irracional sería el Juez que sin conocimientos técnicos y sin que las conclusiones del perito sean ilógicas, irracionales o arbitrarias, decide prescindir de ellas”.

También debe tenerse en cuenta que, aunque el Juez/a, en términos generales, tiene una importante vinculación con los conocimientos científicos y con los medios y métodos que debe utilizar en el examen del caso sometido a su consideración, no obstante, en cuanto a las reglas de la experiencia ha de convenirse que son, por su faceta evolutiva, de carácter provisional y, por consiguiente, en cierta forma pueden sufrir transformaciones progresivas. La sujeción a las reglas o máximas de experiencia, por la propia naturaleza de éstas, no es tan rígida que impida toda evolución. Además, en modo alguno son reglas de carácter fijo, sino que pueden variar con las circunstancias del tiempo y lugar.

Ahora bien, en determinados supuestos, sucede que hay relaciones causales que son muy difíciles de comprobar como sucede en este tipo de delito, y, ello porque hay determinadas lesiones que causadas en el feto perduran tras el nacimiento, lo que supone que la acción inicialmente se produce en el feto, pero el resultado, queda diferido a años posteriores al nacimiento, de tal manera que esta relación de causalidad entre acción el resultado producido es en ocasiones, muy difícil de probar, y, por lo tanto estos supuestos muy difíciles de resolver. A lo que se añade, que, a pesar de los avances de diagnóstico prenatal y científicos, hay determinadas malformaciones que actualmente, se desconoce las causas de taras físicas o de malformaciones o de enfermedades, de tal forma, que es muy difícil comprobar la causalidad, y, en consecuencia, atribuir al médico/a, cirujano/a, el comportamiento doloso o en su caso negligente.

Y, sí los órganos jurisdiccionales carecen de una base objetiva, porque la ciencia no puede aportar en este campo una respuesta exacta y tampoco poseen ni lo suficientes conocimientos en esta materia y muchos menos pueden basar la resolución en su experiencia jurídica, nos hallamos ante la imposibilidad de probar la relación de causalidad, por ello, entrará en juego el principio esencial que rige el derecho penal “*in dubio pro reo*”, que conlleva a la absolución de los presuntos responsables de la conducta.

En este sentido, López Barja de Quiroga¹⁸⁶ manifiesta “ que sí consideramos que el Juez, no puede apartarse de la opinión de los peritos, entonces en el caso de que la respuesta de éstos no fuera contundentemente precisa, o existieran discrepancias esenciales entre ellos, la consecuencia

186. López Barja, Jacobo, “El consentimiento y esterilización de los incapaces”..., cit., 325.

sería que el Juez de ninguna manera podría motivar la relación de causalidad dado que entre las diversas posturas no podría optar por alguna de ellas”.

Actualmente la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia no mantienen estas posiciones radicales acabadas de indicar. La solución mayoritaria considera que en los supuestos complejos el Juez, no está abocado necesariamente a tener que negar la posibilidad de la relación de causalidad, sino que ésta puede ser afirmada siempre que se cumplan dos condiciones: la probabilidad estadística y la racional exclusión de otras soluciones.

En principio, que las leyes de la probabilidad, examinadas en clave estadística puedan afirmar una relación de causalidad general allí donde la ciencia no lo ha conseguido, no ha dejado de suscitar importantes opiniones en contra, sin embargo, no debe olvidarse que la estadística como plasmación de resultados empíricamente comprobados, sirve en numerosas ocasiones para establecer leyes científico-naturales; no obstante, será necesario acreditar los hechos base que permitan llegar a la causalidad particular.

Junto a esta condición habrá de exigirse que asimismo racionalmente se excluya que el resultado pueda ser debido a otras causas,

Esto implica el exámen de diferentes posibilidades, por un lado, la ciencia, esencialmente, además de la estadística, unido también a las reglas de la experiencia, para llegar a la conclusión de que una relación de causalidad anuda el comportamiento con el resultado.

De manera que, el Juez/la Jueza, tomando en consideración de forma lógica-racional esas dos conclusiones, puede perfectamente probar la existencia de una relación de causalidad, y anudar la conducta al resultado, para motivar la sentencia, apartándose de algunos de los peritajes de carácter discrepante que pudiera haber, siempre y cuando además de esta base objetiva hubiera la convicción íntima del Juez/a, acerca de esta cuestión.

En definitiva, el problema surge cuando existen irreconciliables discrepancias a la hora de decidir cuál es la ley causal general, a cada caso concreto, esto es, habrá que acreditar en él o en los supuestos si son varios la concurrencia de la ley causal particular.

La solución viene dada a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha veintitrés de abril de 1992 recaída en el llamado “caso de la colza”. Uno de los problemas más graves que se presentaban en el indicado caso era precisamente el de la relación de causalidad y al respecto en la Sentencia se indica:

“ para la determinación de una Ley causal natural, al menos, en el sentido del derecho penal, no es necesario que se haya podido conocer el mecanismo preciso de la producción del resultado, en tanto, se haya comprobado una correlación o asociación de los sucesos relevantes y sea posible descartar otras causas que hayan podido producir el mismo”.

Establecida la relación de causalidad, es preciso según indica Valle Muñiz la necesidad de que la lesión o enfermedad “perjudique gravemente su normal desarrollo”, supone, simplemente, una acotación típica, descartando de esta forma, ataques a la salud o integridad del embrión o feto con una carga lesiva insignificante”. Además, este autor considera, que, en todo caso, se produce el tipo penal, aunque el feto en el transcurso de la gestación haya superado la enfermedad o malformación, puesto que considera la salud, es un bien jurídico autónomo conforme el Código Penal de 1995 y, que, en definitiva, no se exige que la enfermedad permanezca.

Gracia Martín¹⁸⁷, considera la “causación de las lesiones o de la enfermedad por cualquier medio o procedimiento”, lo cual, implica que la acción en el delito de lesiones al feto y en el delito de lesiones de los seres humanos se produce utilizando los mismos medios.

Teniendo en cuenta, que la acción típica es una fórmula abierta, cuando se produzca una enfermedad o lesión es preciso analizar el dolo eventual, independientemente de la finalidad perseguida como puede ser terapéutica, de diagnóstico porque las conductas típicas se desarrollaran en actividades de control y vigilancia médicos.

187 Gracia Martín, Luis, *Los delitos de lesiones al feto...* cit.p.38.

La comisión por omisión de este delito, será posible en los casos en los que concurren los elementos exigidos por el artículo 11 del Código Penal. De acuerdo, con la concepción de la comisión por omisión, será preciso, que se halla desarrollado un curso causal que amenace con provocar “una lesión o una enfermedad en el feto” y que ese curso causal este controlado por y sometido absolutamente al dominio del omitente –únicamente en tal caso, cabe estimar que para él surge el deber especial cuya infracción es exigida por el artículo 11 del Código Penal- y que éste no realice la acción que evite no sólo el resultado, realizando una conducta que elimine el curso causal peligroso, sino la relación causal que anuda la acción a ese resultado. En definitiva, se trata de que el sujeto activo, que domina el proceso, y, puede controlar la fuente de peligro, y, sin embargo, no lo hace, dando lugar a ese resultado.

Por ejemplo, cabría la realización del hecho en comisión por omisión, en el caso de que la utilización de un feto con fines de investigación diera lugar a la puesta en práctica –lícita- de un procedimiento que desencadenara un riesgo y el que tiene en sus manos el control y el dominio de dicho proceso, en un momento determinado, asumiere personalmente el dominio de dicho proceso, y dejara seguir su curso al peligro.

Mora Alarcón¹⁸⁸, manifiesta que la acción descrita es idéntica a la del tipo de lesiones (artículo 147.1) es decir, causar al feto “una lesión que menoscabe su integridad corporal –o biológica- su salud física o psíquica”, fruto de la cual se produzca un resultado lesivo que ha de ser la “causación de una lesión o enfermedad que perjudique su normal desarrollo o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica o se la pueda producir en el futuro”.

En consecuencia, en este supuesto, la prueba pericial forense, aquí será determinante al poder aparecer las lesiones del feto, cuando el nacido alcance la edad adulta.

Valle Muñoz,¹⁸⁹ expresa que el legislador, configura un tipo de medios indeterminados: “el que por medio de cualquier medio o procedimiento”. Lógicamente, dada la naturaleza del objeto material se especifica que la lesión o enfermedad causada “perjudique su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica”. No comparte, sin embargo, la opinión de

188 Mora Alarcón, José Antonio, *Suma de Derecho Penal y Derecho Especial*, Madrid 1996, 1ª edición, p 322 y 323.

189 Valle Muñoz, José Manuel, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Madrid 1996, 1º edición, p.758.

los profesores Carbonell y González¹⁹⁰ “en el sentido de que esta referencia del tipo a los efectos derivados de la lesión denota que el objeto de protección no es el feto mismo, sino la salud e integridad de la persona que nacerá con posterioridad: El momento de la lesión, o de la transmisión de la enfermedad, es, pues, anterior al nacimiento, pero lo que se trata de evitar son los efectos que subsistirán con posterioridad al mismo”.

Según Valle Muñiz¹⁹¹, podría deslizarse en su argumentación, cierta confusión entre la *ratio legis* del precepto y el bien jurídico protegido, porque, “todos los tipos que tutelan fases de desarrollo de la vida humana anterior al nacimiento, suponen un adelantamiento de la tutela de la vida y la salud e integridad de las personas”. En cierto sentido, “el carácter instrumental de los tipos de aborto y lesiones al feto, es evidente, si el objeto de ataque no fuera la vida humana en desarrollo, o, para ser más claros, futuras personas carecerían de legitimación. Más esto no implica, lógicamente que, en el aborto se tutele el derecho a la vida de la persona, todavía no existente, ni que, en las lesiones al feto, se proteja la salud e integridad del ya nacido”.

Valle Muñiz¹⁹² señala que, de otra forma, “habría que entender que tan sólo serían típicas aquellas lesiones que permanecieran en el nacido vivo, y quizás, a través de la punibilidad de la tentativa, de aquéllas otras lesiones con capacidad para subsistir después del nacimiento”. Lo cual, sinceramente, no se compadece con la letra de la ley. Por su parte, la referencia del tipo a que la lesión o enfermedad pueda provocar “una grave tara física o psíquica”, parece reforzar la argumentación aquí definida. En este caso, parece claro que la ley contempla la hipótesis de que el daño producido pueda permanecer en el futuro ser humano; lo que, a su vez, excluye el otorgar el mismo sentido a la primera hipótesis comentada (“perjudicar gravemente su normal desarrollo”). “Por lo demás, indica que el supuesto viene a zanjar la discusión por la calificación jurídico penal de las lesiones producidas al feto y persistentes en el nacido vivo, de forma que el tipo aplicable será el contenido en el artículo 157 del Código Penal”.

Este autor, concluye que “el bien jurídico protegido debe concretarse en la salud del *nasciturus*”. Ello es correcto y encuentra su legitimación en la medida en que, desde el comienzo de la gestación, esto es, del desarrollo embrionario dirigido ya individual e inequívocamente a la

190 Carbonel Mateu J.C. y González Cussac J.L., *De+++recho Penal*, ...cit., p. 136.

191 Valle Muñiz, José Manuel, *Comentarios...*,cit., p. 759 y 760.

192 Valle Muñiz, José Manuel, *Comentarios...*,cit., p. 761.

configuración de una persona, ahora bien, si se protege la salud y la vida de las personas, también debe protegerse la salud y la vida del *nasciturus*, sin perjuicio de la existencia de intereses que concurren y confluyen como es el caso de la madre embarazada que desea abortar cumpliendo la legalidad existente.

Además, este autor considera que la Constitución reconoce el derecho a la dignidad de la persona y que si se tutela la vida del *nasciturus* también se debe admitir el derecho fundamental a la salud de las personas y por ello el feto debe ser viable y además nacer libre de enfermedades y lesiones.

Carbonell Mateu y González Cussac¹⁹³, manifiestan “que se requiere como objeto material un feto sano, ello descarta la tipicidad de la transmisión genético de enfermedades o malformaciones. En este caso, no existe feto sano, sino que se engendra uno que ya tiene la identidad genética irregular. Y, este supuesto, no debe ser incluido en el presente precepto. Cuestión diferente puede ser la de la transmisión de enfermedades a través de la sangre que no comporten una composición genética en el individuo. Nos referimos a aquellos supuestos en que el feto se forma sano, pero es durante el embarazo donde adquiere la enfermedad. En este caso sí debe entenderse comprendido el artículo 157”.

Flores Mendoza¹⁹⁴, expresa que” los Profesores antes citados exigen que el feto sea sano, descartando de esta forma la tipicidad de la transmisión genética de enfermedades o malformaciones, pues en estos casos no existe un feto sano, sino que se engendra uno que ya tiene una configuración genética irregular. Obviamente la voluntad de estos autores era la de evitar la extensión del tipo penal a estos supuestos”.

Esta Profesora considera innecesario acudir a este requisito, “desde el momento en que estos comportamientos son atípicos”, si tenemos en cuenta que el objeto de protección es, el feto, y las conductas a que se refieren estos autores, transmisión genética de enfermedades o malformaciones por medio de la concepción, se realizan en un momento anterior a la fase embrionaria o fetal, en el tiempo de la fecundación o concepción. Por otro lado, “esta exigencia se muestra desafortunada,

193 Carbonell Mateu, J.C. y González Cussac, J.L., Derecho Penal... cit, p.139

194 Flores Mendoza, Fátima, “El delito de Lesiones al Feto en el Código Penal de 1995”, Revista de Derecho y Genoma Humano, nº169, año 1996, p.170.

puesto que se debe proteger la integridad del feto con independencia de su salud, de la misma forma que en el delito de lesiones contra las personas no se exige que el sujeto pasivo sea un ser sano, pues de lo contrario, la exigencia de esta condición impediría castigar ulteriores agresiones causadas por terceros o los propios progenitores”.

Landecho Velasco y Molina Blázquez¹⁹⁵, consideran que” la acción consiste en que el sujeto activo, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud físico o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”.

En primer término, exige que la acción que la lesión requiera “objetivamente para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico”. Con esta frase se pretenden evitar fraudes bajo la apariencia de tratamientos necesarios, porque en los delitos de lesiones, la víctima suele tener interés en prolongar el tratamiento.

En segundo lugar, se procura delimitar, con exactitud, la frontera entre el delito de lesiones del presente artículo y el delito leve del artículo 147.2 del Código Penal. Aunque en este último artículo se usa un procedimiento tan sólo concluyente (“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión no incluida en el paratado anterior”), pero en el artículo 147.1 se señala que la lesión constitutiva de delito ha de hacer necesaria más de “una primera asistencia facultativa”.

A pesar de las posiciones del Código Penal, la delimitación entre delito y delito leve no es fácil. Porque parece que por “primera asistencia facultativa”, puede entenderse la que realiza una enfermera diplomada, pues es “facultativo” en el sentido del Código Penal. Pero sin duda, la puede realizar un médico o un cirujano.

En tercer lugar, la exigencia de que la lesión “menoscabe su integridad corporal o salud física o mental”, constituye el límite entre este tipo básico y los delitos cualificados, (artículos 149 y 150 del Código Penal de 1995). El “menoscabo” parece equivaler a “deterioro”.

195 Landecho Velasco Carlos, Molina Blázquez Concepción, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 1996, 2ª edición, p. 75 y 76.

En cuarto lugar, el nuevo texto señala que la lesión se puede producir por “cualquier medio o procedimiento”, por lo que no se limita al contenido físico de los medios empleados¹⁹⁶.

Por último, cabe en este delito la comisión por omisión, recogida en el artículo 11 del Código Penal¹⁹⁷

Muñoz Conde¹⁹⁸, “acoge, de forma común a la modalidad dolosa como imprudente”, independientemente del medio que se escoja, ya sea a través de actividades terapéuticas, diagnósticas o de forma indirecta utilizando el cuerpo de la madre, bien porque se facilite un medicamento caducado o porque sobre el cuerpo de la madre se realicen actos violentos. En el primer supuesto, habrá, un concurso de delitos entre el delito de lesiones al feto y un delito contra la salud pública, tipificado en los art.359 a 362 del Código Penal, bien por utilización de un medicamento en vía experimental o un medicamento deteriorado. Y, en el segundo supuesto, los golpes infligidos en el cuerpo de la madre, va a generar además delitos de malos tratos o de violencia de género, cuando las lesiones sean generadas en el ámbito del art.153Código Penal.

El resultado debe ser la causación en el feto de una lesión o enfermedad que “perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica”, se trata de un ataque al bien jurídico protegido que viene constituido por la salud física o psíquica y la integridad física.

Serrano Gómez¹⁹⁹, al considerar que el bien jurídico protegido será “la salud y la integridad física y psíquica del concebido, la acción consiste en uno de estos dos resultados: causar al feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o bien que le provoque una tara física o psíquica”.

¹⁹⁶ El Tribunal Supremo “venía admitiendo la producción de lesiones por vías nutricias, contagio sexual o empleo de medios psicológicos (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 30 de enero de 1987 y 31 de mayo de 1.989)”.

¹⁹⁷ STS de fechas de 22 de junio y 31 de octubre de 1991.

¹⁹⁸ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 2021, 23ª edición, p.123.

¹⁹⁹ Serrano Gómez, Alfonso, *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 2021, 6ª edición, p.121.

Queralt Jiménez²⁰⁰, expresa que “la acción no resulta de problemático entendimiento; se trata de producir lesiones –término normativo- o enfermedades –término empírico”. En todo caso tiene que darse la nota de gravedad, para cuya determinación, habrá que recabar el correspondiente informe pericial.

Como las lesiones o enfermedades pueden tener consecuencias directas físicas o psíquicas, el legislador ha explicitado ambas posibilidades. Sobre las consecuencias físicas, poco habría que decir, salvo que las taras al feto en sí mismo considerado, son irrelevantes cuando sean leves; lo decisivo, son las lesiones o enfermedades que la futura persona, gozando de vida humana independiente pueda sufrir y sean imputables a actuaciones de índole que sean las que haya sufrido la madre biológica.

Sin embargo, atribuir al feto la posibilidad de sufrir enfermedades de naturaleza psíquica es, desde luego, suponer que el feto es capaz de relacionarse racionalmente con el mundo exterior. El legislador, según este autor, “habrá querido decir que, como resultado de la actividad que fuere sobre la gestante o el feto, la persona humana resultante, es decir, acto seguido del nacimiento, ésta sufra esas graves taras psíquicas. Desde luego no estamos en presencia de un modelo de técnica legislativa”.

Surge otra cuestión: sí en el embrión o feto a través de las técnicas de diagnóstico se observan malformaciones, y la gestante se encuentra en las indicaciones o los plazos establecidos en virtud de ley ¿podría castigarse el comportamiento que nos ocupa? Queralt Jiménez ²⁰¹”manifiesta que no, puesto que con la presente incriminación se protege *la spes vitae*, no el deseo frustrado, aun legítimamente de maternidad”.

Latorre Latorre²⁰², se plantea el siguiente supuesto: “cuándo es la gestante la causante de la tara”. Piénsese en aquellos casos de progenitoras drogadictas –cuyos hijos al nacer, presentan un acusado síndrome de abstinencia- o seropositivas, condición que transmiten forzosamente a sus

200 Queralt Jiménez, Joan Josep, *Derecho Penal Español*, Barcelona 2015, 7ª edición, p.52.

201 Queralt Jiménez, Joan Josep, *Derecho Penal...*, cit., p. 53.,

202 Latorre Latorre, Virgilio, *Derecho Penal...*, cit., p.189.

hijos. Igual cabe decir de aquellas otras enfermedades graves de carácter hereditario –diabetes, ciertas miopías, hemofilia,...-.

Sería ir muy lejos considerar que el pretender engendrar un hijo, con el alto riesgo de que sufra una tara –hoy por hoy irreversible-, pueda integrar este delito.

De todos modos, cabe dentro del tenor literalmente posible del tipo, en concreto en su segunda variante: “provocar una grave tara física o psíquica”.

Este profesor, puntualiza que el resultado de la actuación culposa debe ser, igual que en el delito doloso, grave.

Se considera que la conducta consiste en “causar por cualquier medio o procedimiento una lesión o enfermedad en un feto”.

Un sector coctrinal encabezado por Qeral Jiménez ha puesto en duda que tal conducta admita la modalidad omisiva, por dos razones:

“En primer lugar, porque la omisión por su propia naturaleza nada puede causar, y el tipo exige que “se causare”;

la exigencia de que tal causación se produzca por cualquier medio o procedimiento, se compadece mal con la omisión que significa “no hacer nada””.

Ambas objeciones, según Latorre Latorre²⁰³, han de ser rechazadas, “la primera porque, es preciso distinguir la omisión del hecho omisivo, la omisión nada puede causar ni causa, pero del hecho omisivo, esto es, el conjunto de circunstancias omisivas ante las que el derecho estima que se ha producido un resultado, podemos decir que ha causado”.

203 Latorre Latorre, Virgilio, *Derecho Penal...*, cit., p.189

Lo que se trata de determinar, es sí concurren tales circunstancias, pues, de darse la conducta, debe inscribirla entre las omisivas y claro está, que es posible cuando el sujeto activo ostenta la condición de garante, basta pensar en la madre, que, pese a las contraindicaciones recibidas por su ginecólogo, toma un medicamento teratógeno, o el mismo médico que detectada una anomalía corregible no pone los medios para evitar la infección.

La segunda objeción es más consistente, y aunque Boix Reig²⁰⁴ la ha expresado en forma de duda, también cabe despejarla. La exigencia del “medio o procedimiento” puede significar que se actúe necesariamente, pero tal entendimiento de “medio o procedimiento” no es inevitable. En efecto, en vez de una consideración instrumental, “medio o procedimiento”, más allá de una interpretación material de utilización, permite una ideal como: lo que sirve para conseguir una finalidad.

En este sentido tanto sirve en determinados casos hacer como no hacer.

En nuestra opinión, el tipo penal puede producirse a través de la modalidad dolosa como imprudente, tanto por acción, como en comisión por omisión, de forma directa en el feto, mediante técnicas terapéuticas o de diagnóstico, indirectamente, bien a través de la madre, cuando se realizan intervenciones médicas o se siguen tratamientos médicos como cuando se golpea el cuerpo de la gestante.

Así, en el primer supuesto, se producirá concurso de delitos entre lesiones a feto y delito contra la salud pública. Y, en el segundo caso, podemos hallarnos en el ámbito de los malos tratos o la violencia doméstica atendiendo al sujeto activo que produjere las lesiones en la madre, y en su caso las malformaciones en el feto, dando lugar al correspondiente concurso de delitos.

Además, este tipo penal también puede entrar en concurso de delitos con el delito contra la salud pública (artículos 359 a 362 bis), por utilización de medicamentos deteriorados, bien porque se alteró la composición o porque se trató de medicamentos en vía experimental.

204 Boix Reig, J., Orts E., Vives T.S., *la Reforma*, Barcelona 1989, 1ª edición p. 79 y 80.

También es factible, una comisión por omisión, es el caso, del mismo médico que detectada una anomalía corregible y no pone los medios para evitar la infección, o también una omisión, cuando iniciado un tratamiento se abandona y se produce el resultado.

Según hemos analizado el tipo de lesiones exige una acción que produzca un menoscabo de la “salud física o psíquica” de otro, es decir, de una persona, ahora bien, cuando la lesión se produce en el feto y el resultado en la persona nacida, como por ejemplo, las lesiones que permanecen en el neonato, se plantea el problema de la calificación, porque la actividad se inicia en el feto y la consecuencia se produce en la persona nacida y el Código Penal anterior a 1995, consideró cuando las lesiones se manifestaban en el neonato, que eran impunes porque no se tutelaba la salud del feto.

Es el caso de la transmisión del SIDA, al feto a través de su madre, o las transfusiones de sangre, considero que desde el momento que el sujeto pasivo es seropositivo, se produce una lesión corporal independientemente de que se desarrolle la enfermedad, así Quintero Olivares²⁰⁵, manifiesta que “subsiste el problema de la valoración penal de un resultado incierto, ya que el desarrollo de cada enfermedad es variable, pero ese problema también existe en el derecho vigente y en cualquier sistema normativo que se vea compelido a pronunciar una valoración en un momento y circunstancia dada”.

Romeo Casabona²⁰⁶, indica que “aunque con la simple infección se ha consumado el tipo básico de lesiones, sin embargo, debe aceptarse que los cambios producidos en la evolución del afectado deben tenerse en cuenta para fijar la exacta naturaleza del delito consumado, con lo cual habría que aplicar un tipo cualificado”.

En mi opinión, considerar la calificación como tipo básico de lesiones, supone admitir que desde el contagio existe una lesión, cuando en realidad, lo que se produce es una enfermedad somática grave, porque el sujeto pasivo infectado, adolecerá de diversos trastornos (comportamientos psicóticos, falta de coordinación, disminución de defensas orgánicas y acortamiento de vida) y, progresivamente irán apareciendo signos externos de la lesión ya consumada.

205 Quintero Olivares, Gonzalo, y otro, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona 2016, 10ª edición p.1086,1087.

206 Romeo Casabona, Carlos María, “Sida y Derecho Penal”, *Problemas del Tratamiento Jurídico del Sida, Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid 1.995, p.21.

Independientemente de considerar que desde el contagio, se produce infección o sí es preciso estar a las manifestaciones externas para determinar el resultado, es obvio, que hay que estudiar cada supuesto en particular, para determinar que no sólo el resultado determinará la tipicidad, en la que se pueda encuadrar, sino que además debe existir una relación de causalidad entre la acción y el resultado y objetivamente imputable al autor, en este supuesto, es obvio que, que se produce desde el momento del contagio, se genera una lesión que llevará a un deterioro progresivo de la salud en el neonato, durante un periodo de vida con manifestaciones externas permanentes, lo que supone no calificar como delito de lesiones y en cambio, podría calificarse atendiendo la resultado, como delito de homicidio, sí además la acción se dirige de forma finalista a producir el resultado, o sí evidentemente se realiza una acción peligrosa, y ese resultado, permite ser consecuencia de la acción, y hay que tener en cuenta que se ejerció sobre el feto.

Por ello, sí nos acogemos a la teoría amplia de aborto, podemos delimitar los tipos de aborto y homicidio, de tal forma, que entonces, nos hallamos ante un aborto cuando la acción recae sobre el feto, mientras que cuando la acción recae sobre el neonato nos hallamos ante un homicidio, lo que implica que la calificación depende del momento en que la actuación, vulneró el objeto material protegido.

Por lo tanto, discernimos entre la muerte de un ser humano y la producción de un aborto.

Sí consideramos, además según Sentencia de fecha 5-4-1980, que el ser humano es un devenir, observamos que nos encontramos ante un objeto material y, sobre todo, “ante un bien jurídico, cuál es la vida humana”, en diferentes estadios de evolución, por lo que no sería factible, aplicar un concurso de delitos, porque es materialmente imposible acumular ambas lesiones.

Otra opción, que podemos plantearnos es calificar como tentativa de aborto, pero obviamente, hay que observar el resultado producido, que, en el supuesto estudiado, es el deceso de una persona.

También cabe la posibilidad de calificar, como homicidio imprudente, pero, lo que sucede, es que el dolo va encaminado a destruir el feto, pero se produce un homicidio, es decir, inicialmente no existe “*animus necandi*”, y, en consecuencia, quizás, hay que plantearse, valorar, otro interés reflejo de la evolución social, ya que la madre, puede querer interrumpir el embarazo y se genera

una contraposición de intereses entre la madre y el feto, que excluye, otras figuras delictivas, por ello, nos inclinamos por la calificación de aborto.

Ahora bien, sí analizamos, el delito de infanticidio, regulado en el artículo 410 “del Código Penal de 1973, que castigaba la muerte de un recién nacido siempre que los autores fuesen la madre y los abuelos maternos y el móvil fuera ocultar la deshonra de la madre”y, en definitiva, el buen nombre de la familia, todo ello encuadrado en un concepto histórico-cultural y social determinado, es claro, que podemos entender la calificación de aborto de forma preferente a la de homicidio.

Y, así cuando el tipo penal se realizaba de forma imperfecta y se producían lesiones, los hechos tenían la calificación de tentativa de infanticidio, frente a la calificación de lesiones, porque estas lesiones se causan dentro de un determinado contexto histórico- cultural y social, que refleja el móvil (deshonra de la madre), por el que actuaron los sujetos activos, lo que deviene en un tipo privilegiado.

Otra cuestión a estudiar, es cuando se actúa, agrediendo de forma intencionada al feto, es decir, conociendo y teniendo en cuenta, los peligros de la acción y, se produce la muerte del neonato, es decir, queriendo causar, lesiones al feto se produce lesiones en la persona nacida.

Según el Código Penal anterior, se produce la atipicidad dada la impunidad de las lesiones dolosas o culposas causadas al feto. Y, según la teoría amplia de aborto nos hallamos ante un aborto típico, salvo el cometido por la madre.

Después de este somero análisis, la acción prenatal, causante de la muerte de un neonato tendrá la calificación de aborto consumado, ya se produzca la muerte antes o después del nacimiento.

Ahora bien, resulta muy difícil, por no decir imposible, cuando se transmitió el sida al feto y la persona fallece veinte años después, justificar jurídicamente que nos encontramos ante un supuesto calificado como aborto, aunque jurídicamente sea una calificación adecuada, habrá de encuadrarse en el marco histórico-cultural y social que nos toca vivir y por ello, surge, un nuevo tipo penal, cuál es “el delito de lesiones al feto”, porque es muy diferente el “*animus necandi*”, dirigido a una

persona, que querer destruir el feto, se trata en definitiva, de atribuir a la acción un sentido lógico-racional y ajustado a la sociedad, puesto que el cambio social exige que los derechos se metaforseen para adecuarse a los nuevos retos sociales, ya que el derecho elabora normas, indicando lo que es legítimo y lo que no, e implica un entramado de conductas que deben ser reflejo del momento histórico-cultural y social en la que deben regir.

En consecuencia, previo al nacimiento se protegen la vida y la salud del feto a través de los tipos penales aborto y lesiones al feto respectivamente. Pero no es menos cierto, que hay que matizar, puesto que se protegen en el tipo de lesiones al feto las lesiones graves, quedando actualmente impunes las lesiones leves.

IX.1.2. Imputación Objetiva

Bacigalupo²⁰⁷ expresa que, “el punto de partida de la teoría de la imputación, es el reemplazo de la relación de causalidad, por una relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales. En este marco la verificación de la causalidad natural no es sino un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Comprobada ya la causalidad natural, se requiere verificar:

a).-Si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado;

b).-Si el resultado producido es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción”.

Tanto la acción que genera un peligro jurídicamente desaprobado que conduce al resultado, como que este resultado, sea la consecuencia de esa acción, por la realización del peligro, está en relación con la finalidad de la tutela de las normas jurídicas, que prohíben actuaciones o actividades

207 Bacigalupo Zapater, Enrique, Principios de Derecho Penal..., cit., p. 122

que producen un riesgo superior al establecido y sobre todo la producción de un resultado que hubiera podido evitarse.

Todo ello permite determinar que actividades son atípicas en el derecho penal.

IX.2.1.3. Supuesto práctico

Un portador de Sida tiene relaciones con una mujer que desconoce y que desea quedarse embarazada, fruto de esa relación la mujer se convierte en seropositiva y queda en estado, al mismo tiempo, adquiriendo el Síndrome el feto. Latorre Latorre²⁰⁸ señala que “la adquisición del VIH por la mujer será un delito de lesiones y no uno de homicidio porque:

La causación de una larga enfermedad desborda el límite del tenor literal del tipo de homicidio;

La distinción entre homicidio -acortamiento de vida- y lesiones –disminución de la esperanza de vida-, impide que en el primero tengan acogida estas últimas;

Si se califica de tentativa de homicidio, la infección por VIH se obstaculizaría la figura del desistimiento, cuando el transmitente procurase los mejores remedios para la víctima;

Dado que no puede esperarse a perseguir los hechos hasta que fallezca la víctima, no cabe posteriormente, un nuevo proceso, cuando definitivamente muera, que facilite la calificación de homicidio”.

La conducta, según este autor “requiere, causar por cualquier medio o procedimiento una lesión o enfermedad, la disyuntiva parece obedecer a que puede haber enfermedad sin lesión, esto es que no derive de ello, y puede haber, por consiguiente, lesión sin enfermedad. La lesión, alteración patológica en la textura de los órganos; enfermedad corporal, todo detrimento permanente o transitorio, agudo o crónico que disminuye el funcionamiento de éste; y enfermedad mental, todo desorden permanente o transitorio, agudo o crónico, de la actividad intelectual o sentimental, por

²⁰⁸ Latorre Latorre, Virgilio, *Derecho Penal...*, cit., p.191.

el cual resulta comprometida la normalidad psíquica de una persona, si bien desde el plano médico cabe hablar de diferencias, pues en un caso la lesión, puede vincularse a un proceso destructivo de origen violento, y la enfermedad, a un proceso morboso por medio físico o moral, ambos conceptos deben ser reconducidos al concepto de lesión común: daño causado por una herida golpe o enfermedad, siendo ésta: toda alteración de la salud”.

Además, resulta innecesaria y superflua la consideración dúplice de lesión y enfermedad porque no difieren, al menos, en el plano de jurídico. De mantenerse la diferenciación de tan perturbador supuesto, o, mejor dicho, dúplice resultado, habría de entenderse lesión como la desencadenada por una acción violenta, y enfermedad, la producida por medios físicos o morales que da lugar a una desviación de la normalidad funcional y orgánica.

No basta que se haya causado una lesión o enfermedad, se requiere que tal “lesión o enfermedad perjudique su normal desarrollo o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica”. Se ha dicho que los términos “gravemente” y “grave”, así señala Tamarit Sumalla²⁰⁹ “que gozan de una fuerte indeterminación que dejan en manos del Juez la construcción del tipo, esto es, que facilitan la invasión de la función jurisdiccional en la legislativa”.

Esta forma de legislar, habría vulnerado, en definitiva, el principio de taxatividad. Sin embargo, no hay que olvidar que la norma es una proposición lingüística, formulada mediante términos de la naturaleza, en ocasiones, inevitablemente difusa, si no se quiere caer en un encorsetado casuismo reñido con la función de la norma de protección adecuada de bienes. Al tratarse de la delimitación de la gravedad de una lesión o enfermedad, y de la gravedad concreta, que se requiere en el tipo: “que afecte al normal desarrollo del tipo o provoque tara física o psíquica”, los riesgos de concreción son menores que cuando los términos son empleados en otros tipos.

Lo notorio de las taras o las limitaciones al desarrollo, junto con el auxilio pericial forense, y la posibilidad de defensa de su contradicción, así como de su revisión, hacen compatible el tipo con el principio de legalidad; no obstante, habrá supuestos fronterizos que estarán salpicados de dificultades, sobre todo porque el tipo exige no sólo que se cause una lesión o enfermedad que perjudique el normal desarrollo del feto o le provoque taras, toda vez que la constatación de

209 Tamarit Sumalla, Josep Maria, *La Reforma del ...*, cit., p. 25 y 26

lesiones de tal naturaleza no resulta típica, sino han afectado normalmente su normal desarrollo, o las taras sean graves.

De ello, se siguen que se pueden producir taras leves o graves, y sólo estas últimas serán típicas.

Latorre Latorre²¹⁰ señala que “ la exigencia de gravedad y el casuismo aparentemente innecesario del texto es consecuencia de la menor protección que se otorga al feto que a la persona”.

Este profesor, indica que el término “anormal desarrollo”, ha de entenderse como toda lesión o enfermedad causada al feto que limite o dificulte de forma notable su evolución biológica, tanto durante el proceso de gestación como una vez nacido. Se extiende así, el perjuicio a la evolución independientemente si la lesión es causada al feto, porque se acepta que la vida, sustrato de la salud, es un devenir en constante evolución. Es cierto que el posesivo “su” parece estar referido al desarrollo del feto porque se acepta que la “vida”, sustrato de la salud, es un devenir en constante evolución. Es cierto que el posesivo “su” parece estar referido al desarrollo del feto, y sólo a éste, pero el concepto de desarrollo, abarca también la etapa posterior al nacimiento.

Además, sí la tara, da idea de permanencia, de secuela irreductible, aunque no necesariamente, pues, no basta, para que se haya causado, aunque pueda corregirse, ésta abarcaría su protección a momentos posteriores al nacimiento y el perjuicio para el desarrollo se limitaría a un momento anterior. Pero, lo que resulta definitivo, a juicio de este autor, es que “ la lesión o enfermedad se cause durante el embarazo, al feto, y no se detecte hasta años posteriores al nacimiento, en estos supuestos el perjuicio para el desarrollo y la causación de taras, ha de ser incluido en el tipo”.

Una interpretación reduccionista, haría depender de la objetivación de la lesión y no de su causación, el injusto. Como quiera, que la conducta para que sea típica alcanza más allá de la acción de causar el resultado, la prescripción empezaría a contar a partir de la objetivación de la lesión o enfermedad, cuestión que examinaremos posteriormente.

210 Latorre Latorre, Virgilio, *Derecho Penal*, ..., cit., p. 193.

Latorre Latorre²¹¹ manifiesta que “el concepto es más amplio que en las lesiones, comprende los supuestos, pero al mismo tiempo excede de ellos, pues el feto puede sufrir lesiones o enfermedad que provoquen malformaciones que no supongan ni la pérdida de un miembro, ni haber quedado impedido de él, sino limitado, alterado o deformado gravemente”.

Sirva de guía la clasificación de enfermedades y taras a resultas de las indicaciones que justifican la interrupción voluntaria del embarazo.

Los posibles factores cabe dividirlos:

A. Causas intrínsecas:

1. genéticas: de origen hereditario de escaso interés para este estudio,
2. poligénicas: malformaciones congénitas de causa multifactorial en las que suelen actuar factores extrínsecos;
3. cromósicas: bien hereditarias, bien esporádicas.

B. Causas extrínsecas:

1. Infecciosas.
2. Fármacos o drogas (quimioterapia): por su interés se relacionan a continuación los principales agentes teratógenos: Talidomida, Andrógenos, Estilbestrol, Progestágenos, Anticuagulantes, Aminopterina y Antagónico ácido fólico, Teraciclina, Benzodiacepóxidos, Trimetadiona, Hindatoína.
3. Las radiaciones o accidente nuclear.

211 Latorre Latorre, Virgilio, *Derecho Penal...*, cit., p. 194 y 195.

En general, estos agentes suelen causar: alteraciones esqueléticas, sordera, masculización del feto hembra, alteraciones óseas y osculares, malformaciones del sistema nervioso, paladar hendido, retraso de crecimiento, retraso mental, alteraciones craneoencefálica y craneofaciales, cardiopatías y tumores y transmisión de la infección de la madre a hijo con las consiguientes alteraciones.

Considero, que estos hechos podrían encuadrarse en el artículo 157 del Código Penal, puesto que se trata de una enfermedad grave. La madre, pese a que transmite la infección al feto su conducta será atípica, porque es un mero instrumento, de modo, que su *partenaire* será autor mediato. Ahora bien, si es la propia madre que sabiéndose seropositiva a propósito se queda embarazada y transmite la infección por vía fetal o parto, habrá de calificarse igualmente de lesiones al feto.

IX.3. EL DELITO DE OMISIÓN

IX.2.1. Antecedentes

“El delito de omisión” constituye, al igual que el “delito de comisión”, una especial forma de aparición de la acción punible. El delito doloso de omisión se expondrá aquí, como el delito por imprudencia, sobre la base del delito doloso de comisión. Sin embargo, los “delitos de omisión” pueden cometerse no sólo dolosamente sino también imprudentemente. El delito imprudente de omisión se tratará, de forma paralela a lo que ocurre con el doloso, tomando como referencia el delito imprudente de comisión. Los delitos de omisión se incluyen como los de comisión en el concepto genérico del “comportamiento humano socialmente relevante”, pero se distinguen tan esencialmente de los delitos realizados mediante un hacer positivo que no resulta posible el trasplante directo de los conceptos y reglas jurídicos desarrollados por “los delitos de comisión”. Por ello, la dogmática de los “delitos de comisión”, ha de adaptarse a las particularidades de los delitos de omisión.

El problema fundamental de los “delitos de omisión”, no regulados por la ley penal, es la cuestión de bajo qué presupuestos la no evitación de la producción de un resultado típico pueda equipararse a su producción mediante un hacer positivo.

Mientras que a este respecto en la bibliografía del siglo XVIII únicamente se encuentran ocasionales declaraciones en relación con los delitos de muerte, la Ciencia del Derecho Penal alemana se esforzó desde Feuerbach²¹² por abarcar sistemáticamente los deberes jurídicos para la evitación del resultado. Junto a ello la cuestión de la causalidad de la omisión en cuanto al resultado no evitado, ocupó largo tiempo el centro de interés. Tan sólo en nuestros días se ha captado el problema de la equiparación en los delitos con especiales elementos de la acción.

En general el cuerpo legislativo es un conjunto de normas que prohíben determinadas conductas o que obligan a realizar una determinada conducta, así cuando se vulnera una norma jurídica, se ha realizado una determinada acción, cuando en realidad, se debiera haber omitido, porque estaba prohibida, ahora bien, cuando se debe realizar una determinada actividad, y, sin embargo, no se realiza, se ha infringido una norma obligatoria.

En el Derecho Penal, predominan naturalmente, las normas prohibitivas, porque no puede ser por principio, misión de las sanciones penales exhortar a los sujetos del derecho, para que defiendan con su intervención personal los bienes jurídicos en peligro. Sin embargo, no son escasos los tipos de omisión punible en el StGB.

Hay elementos del tipo, en los que el hacer y el omitir se incluyen en un mismo concepto. La importancia práctica, de los “delitos de omisión” no regulados por la Ley, supera, no obstante, a la de los supuestos legalmente regulados, por ello lo importante, es determinar si en una determinada actividad, lo que la ley exige es un hacer positivo o un no hacer, para fijar el tipo penal, porque en este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, consideran que los tipos que exigen un resultado de peligro y en los que además existe la obligación jurídica de actuar, también pueden ser realizados mediante la no evitación del resultado.

Además, el sentido común, nos indica que actuación debe entenderse como acción o como omisión, cuando esta pregunta no puede ser contestada tan fácilmente, hay que examinar si esa actuación ha causado, mediante un hacer positivo, un resultado típico entonces nos encontramos en el ámbito del Derecho Penal.

212 Feuerbach, Paul Johann Anseml Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1.808, 4ª edición p.42.

También, hay que considerar si el sujeto activo ha actuado de forma dolosa o imprudente. Así la actuación positiva, ya se realice de forma dolosa como imprudente, dará lugar a un resultado típico, castigado por el derecho penal

No hay que olvidar, el supuesto que el sujeto activo no realiza el hacer positivo que tenía la obligación de realizar, y, en consecuencia, da lugar al tipo penal, ya que no evitó el resultado.

Un positivo hacer imprudente puede ir seguido, en todo caso, por una omisión dolosa. También un hacer positivo ajustado a derecho, puede estar acompañado por una antijurídica omisión imprudente.

IX.2.2. Clasificación

Mir Puig²¹³ indica que “los delitos de omisión se dividen en dos grupos: los delitos propios de omisión y los delitos impropios de omisión. Actualmente se discute la cuestión de en qué consista la diferencia entre los delitos propios e impropios de omisión”.

La teoría tradicional, considera que los delitos propios de omisión constituyen lo contrario a los delitos de actividad, así consisten en no hacer aquéllo, que la ley exige hacer y todo ello para evitar un resultado, que, sin embargo, la norma jurídica no exige impedir, sino que es un resultado que se valora de forma negativa, de ahí, que ese resultado que debía haberse evitado, no constituye un elemento del tipo.

Otra teoría, distingue los delitos propios e impropios de omisión según su origen, de tal manera, que los delitos propios de omisión son aquéllos creados por la ley, mientras que los delitos impropios son generados por la doctrina y la jurisprudencia y por lo tanto ajenos a la regulación legal.

Una tercera teoría doctrinal, distingue los delitos propios e impropios de omisión conforme al tipo de norma vulnerada, así en los delitos de comisión por omisión o delitos impropios, existe

²¹³ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, ..., cit., p. 342 y ss.

un sujeto activo que denominado garante, tiene la obligación de actuar, pero no lo hace, dando lugar al resultado, que sin embargo no está prohibido, es el supuesto de la persona que viendo una colisión de vehículos en autovía, y, no existiendo ningún peligro para él, se abstiene de salvar a un conductor atrapado en su vehículo o de pedir auxilio.

Así los delitos propios de omisión son los que infringen una norma preceptiva, mientras que los delitos de comisión por omisión, vulneran una norma prohibitiva.

IX.2.3- Concepto

En los delitos de omisión “regulados por la Ley”, la situación típica viene determinada por el tipo penal, mientras que, en los tipos de omisión creados por la doctrina y la jurisprudencia, lo que falta en el tipo deberá completarse conforme el contexto histórico-cultural y social.

Por lo tanto, “omisión”, no implica “no hacer nada”, sino no hacer aquello que el tipo penal exige en virtud de ley, es decir, no realizar por parte del sujeto activo aquella actuación que el tipo fijado por ley requiere.

El tipo del delito de omisión describe, a juicio de Jescheck²¹⁴, “en distinta medida las circunstancias más próximas de las que surge “el deber de actuar”. Señala la meta que ha de alcanzarse mediante la intervención activa, indica el bien jurídico que se ha de proteger, menciona, en su caso, los factores acompañantes y caracteriza expresa o tácitamente la propia acción ordenada”.

IX.2.4. Diferencias entre el delito de omisión y el delito de comisión por omisión

El delito de omisión, como hemos estudiado, supone la falta de acción exigible conforme el tipo penal, mientras que en el delito de comisión por omisión, supone la falta de acción, por aquella persona que detenta la calidad de garante y que produce un resultado típico, resultado que debe imputarse al sujeto activo, y, por lo tanto el sujeto activo, que causa el resultado es el autor de la actuación que no realizó y debiera haber realizado, precisamente por su posición de garante.

214 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, ..., cit., p. 232 y 233.

IX.2.5 Alcance y significado del artículo 11 del Código Penal

El artículo 11 del Código Penal establece:

“Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

- a. Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b. Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

Es importante destacar que hasta el Código Penal de 1995, no estaban regulados los delitos de comisión por omisión, porque como hemos estudiado, existían también delitos de comisión por omisión, creados por la doctrina y la jurisprudencia, al introducir el Código Penal el art.11, se define este delito y se establecen los elementos para equiparar la omisión a la acción, puesto que si no existiera esta regulación, ello podría haber permitido cuestionar la utilización de esta categoría a partir del principio de legalidad²¹⁵.

El Código Penal de 1995, introdujo el artículo 11, que fija, los elementos que determinan que no evitar un resultado equivale a su producción activa. Así, procede, calificar, y, condenar como autora de homicidio a la madre que omite alimentar al niño. En este supuesto, aplicar la pena de la omisión del socorro debido, deviene injusto.

En estos delitos se partió de la idea siguiente, cuál es, que producir un resultado e impedirlo era equivalente, ya que, se pensó que la omisión era causa del resultado, y, en consecuencia, no evitar la muerte o no interrumpir un embarazo, daría lugar a calificar, en el primer caso, como

²¹⁵ El Tribunal Supremo admitía, “de todos modos, esta forma de tipicidad en los delitos activos, a pesar de que la falta de un precepto especial que lo autorizara, era una exigencia del principio de legalidad que, al menos en parte, la doctrina había reclamado”.

homicidio, y, en el segundo caso, como aborto, como sí se tratase de un comportamiento activo, que diera lugar al resultado, pero el problema se plantea desde el momento, que hay que anudar la acción al resultado a través de la causalidad o, mejor dicho, no es lo mismo producir un resultado que no evitarlo, ya que la diferencia es evidente en los supuestos, porque no es lo mismo matar a un ser humano, que impedir la muerte de una persona.

Afirma Bacigalupo²¹⁶ que con la premisa “(de la nada, nada surge), desaparece toda posibilidad de equivalencia causal entre causar y no impedir y en la medida en que el texto legal requiere causalidad de una manera explícita o implícita la solución causal resulta totalmente idónea”.

Ahora bien, como no toda omisión de impedir un determinado resultado es penalmente relevante, obviamente la causalidad de la omisión no podía solventar el supuesto planteado, puesto que para determinar la calificación, y, en su caso, la condena, se hace preciso, que la omisión para que sea típica, infrinja un determinado deber de actuar, porque si toda omisión fuera causal, implicaría que todo omitente sería autor del tipo penal, lo que equivale a decir, en el supuesto estudiado, que no sólo responde como autora la madre que no alimenta a su hijo, sino cualquier persona que no le facilita alimento, dicho de otra forma, sólo las omisiones que implicarían la infracción de un determinado deber de actuar deberían ser típicas.

Por ello, se pensó que para establecer la equivalencia entre entre “causación” y “no evitación” del resultado, era imprescindible sustituir la causalidad de las omisiones, por la antijuricidad de la omisión como elemento decisivo.

Y, a partir de esta teoría, surgió la teoría de las fuentes del deber, de tal forma, que la producción de un resultado, se entenderá cometido por omisión, cuando no impedir el mismo, se consideró equivalente a causarlo, siempre que evitar el resultado, cuando exista una específica ley o un contrato, o cuando el omitente haya creado un peligro para el bien jurídicamente protegido mediante una omisión precedente.

216. Bacigalupo Zapater, Enrique, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Madrid 1997, 4ª edición p. 116 y ss.

Feuerbach²¹⁷, “cuyo punto de partida suponía que el ciudadano no está originariamente obligado a omitir, razón por la cual un delito de omisión, presupone siempre un fundamento jurídico, mediante el cual se fundamenta la obligación de actuar. Sin éste, no se llega a ser delincuente por omisión”. La incorporación de los casos de injerencia es posterior y como hemos examinado anteriormente, sólo pudo encontrar un fundamento que permitiera afirmar su equivalencia con la acción mediante la “teoría de la causalidad de la acción ejecutada en lugar de la omitida”, de Luden²¹⁸, pues ésta conforme nos consta, afirmaba que “la acción positiva realizada en lugar de la impuesta por el orden jurídico era la causa del resultado”.

Según el punto de vista de su manifestación natural, inicialmente se distingue: entre, comportamientos activos y omisivos, no obstante, es preciso a través de las teorías expuestas, fundamentar, la comisión por omisión que en nuestro derecho tiene reflejo en el art.11 del Código Penal de 1995.

La propuesta más radical proviene de Jakobs²¹⁹, que distingue “los problemas de la imputación de las acciones positivas y las omisiones según que se trate de obligaciones que provienen de la organización de la actividad de personal o de la posición institucional del sujeto”.

El legislador optó por dos alternativas teóricas:

Así, se partía de que toda infracción de un deber de evitar el resultado típico de un delito de acción, proveniente de una Ley, un contrato o un hecho anterior era equivalente a su causación, en el sentido de la teoría formal de las fuentes del deber.

O, se establecía la equivalencia en dos niveles: a) comprobación de que el omitente tenía que responder jurídicamente de la producción del resultado (posición de garante); b) comprobación de que la omisión tuvo un contenido de ilicitud correspondiente a la realización activa del tipo comisivo, según el punto de vista de la teoría funcional de la posición de garante

217 Feuerbach, Paul Johann Anseml Ritter von, *Lehrbuch...*, cit., p. 47.

218 Luden, en *Problemas Fundamentales...*cit., p. 61.

219 Jakobs, Günther, *Derecho Penal...*, cit., 957.

Principales Novedades de los Delitos de Omisión en el Código Penal de 1995. Valencia 1997, p. 43.

Huerta Tocildo²²⁰ afirma, “que la segunda parte del precepto en estudio, supone un claro retroceso hacia la vieja teoría de las fuentes del deber jurídico-formal de actuar, abandonada por los penalistas alemanes desde que, en 1.959 Kaufmann, propusiera su definitiva sustitución por una clasificación de las posiciones de garantía, realizada en atención a las funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico a quien las ocupe”.

En cualquier caso, a juicio de Huerta Tocildo, “entre las dos partes del artículo 11 CP., no existe, una relación de alternatividad que hiciera aparecer a una u a otra como bastante a los efectos de fundamentación de la punibilidad del delito de comisión por omisión, sino que se presentan como absolutamente complementarias, correspondiendo a la segunda la tarea, de precisar la exigencia de infracción de “un deber jurídico especial del autor” contenida en la primera; sin perjuicio, de que una vez determinado por esta vía el círculo de posibles sujetos de esta clase de delitos, reste aún más por verificar la presencia del segundo criterio de equivalencia legalmente requerido a los indicados efectos, consistente en la necesidad de poder afirmar la equivalencia, según el sentido del texto de la Ley, de tal infracción de un especial deber jurídico de actuar en evitación del resultado típico con la causación del mismo por medio de un hacer positivo”.

Por lo que se refiere al significado que ha de atribuirse a la expresión legal utilizada para dar entrada a la enumeración en concreto de las fuentes de las que puede proceder ese especial deber jurídico de obrar: “A tal efecto se equiparará la omisión a la acción consideran “que no supone un catálogo cerrado de fuentes, sino una mera ejemplificación que no descarta la posibilidad de establecer otras distintas”.

Huerta Tocildo²²¹, indica que “si bien este punto de vista impide fosilizar esta materia, al permitir la aparición de todas aquellas fuentes del deber de garantía que viniesen aconsejadas por los cambios sociales que fueran produciéndose, no obstante, a esta ventaja inicial, se opone la

²²⁰ Huerta Tocildo, Susana, *Principales Novedades de los Delitos de Omisión en el Código Penal de 1995*. Valencia 1997, p. 43.

²²¹ López Garrido y García Arán García Arán, Mercedes y López Garrido, Diego, *El Código Penal y la Voluntad del Legislador*, Madrid 1996, 1ª edición, p. 322 y 323.

tremenda desventaja de la inseguridad jurídica que generaría un sistema abierto que permitiría la aparición descontrolada de nuevas fuentes, con base incluso en el Derecho Consuetudinario”.

Según el artículo 11CP., la imputación de un delito activo fundada en la omisión de evitar un resultado del mismo dependerá de los siguientes elementos:

1. Que se produzca un resultado (de lesión o peligro perteneciente al tipo penal de un delito activamente formulado en una ley penal).
2. Que exista una calificación del autor requerida por el tipo activo, puesto que existen tipos penales que exigen a un determinado autor, así el delito de prevaricación, sólo puede ser cometido por omisión por un funcionario o un Juez y se debe dar también en el omitente.
3. Que se compruebe que el omitente realizó la acción, desde un punto de vista abstracto, es decir, se trata de saber si el autor hubiera podido realizar voluntariamente la acción, que hubiera impedido la producción del resultado.

En este requisito la doctrina no es unánime ya que se debate si se debe exigir el conocimiento de la posibilidad física de realizar el mandato de acción, o si, es bastante con la cognoscibilidad de los medios para evitar el resultado.

Este último punto de vista, parece el más adecuado, puesto que no genera confusión alguna con el dolo de los delitos impropios de omisión.

4. La imputación requiere que la omisión equivalga, según el sentido de la Ley, a la causación, ya que la relación entre la omisión de la acción y el resultado se dará cuando se compruebe que si el autor hubiera realizado la acción, hubiera sido causa de la no producción del resultado, puesto que, las omisiones no son causales del resultado.

Además, la posición de garante, surge cuando el omitente tiene deberes que le imponen cuidar que los peligros que se derivan de la propia organización respecto de los bienes jurídicos que

protege, o bien, cuando estos deberes, le son impuestos por la posición que ocupa dentro de un marco institucional determinado. Así, los padres tienen obligación legal de prestar alimentos a los hijos según los términos establecidos en el Código Civil.

La clasificación de los deberes, que fundamentan una posición de garante, tiene cierta relación con aquella postura tradicional, que distingue la posición de garante que surge de la protección de un bien jurídico frente a los peligros que pueden acecharlo y del que se deduce el cuidado de una fuente de peligros que podrían resultar afectados.

IX.2.6. Acción, Omisión, Comisión por Omisión en el delito de lesiones al feto

IX.3.6.1. Punto de vista doctrinal

Gracia Martín²²², considera “la acción típica, igual que ocurre en el delito de lesiones a las personas ya nacidas, no es uno de los medios indeterminados, pues consiste en la causación de las lesiones o de la enfermedad por cualquier medio o procedimiento”. Cabrán aquí, por tanto, “todo tipo de actividades de las que puede derivarse como consecuencia, una lesión o enfermedad para el feto”.

En el ámbito de la actividad de control y vigilancia médicos de la gestación tendrán lugar la mayor parte de estas acciones, siendo indiferente las finalidades objetivas de la acción: de diagnóstico, terapéutica, curativa, de investigación, etc.

Cuando concurren los elementos especificados en el artículo 11 del Código Penal, nos hallaremos ante un delito de comisión por omisión, de acuerdo, con la concepción de la comisión por omisión, será preciso, que se halla desarrollado un curso causal que amenace con provocar “una lesión o una enfermedad en el feto” y que ese curso causal este controlado por y sometido absolutamente al dominio del omitente –únicamente en tal caso, cabe estimar que para él surge el deber especial cuya infracción es exigida por “el artículo 11 del Código Penal” y, que éste no realice la acción, consistente en la producción de una contrafuerza causal idónea para neutralizar el curso causal peligroso. Por ejemplo, cabría la realización del hecho “por omisión”, en el caso de que la

²²² Gracia Martín, Luis, *Comentarios al Código Penal*, cit., p.157 y 158.

utilización de un feto con fines de investigación, diera lugar a la puesta en práctica –lícita- de un procedimiento que desencadenara un riesgo y el que tiene en sus manos el control y el dominio de dicho proceso, en un momento determinado, asumiere personalmente el dominio de dicho proceso, y dejara seguir su curso al peligro.

Los casos más habituales se producen en el ámbito de la terapia fetal, en concreto, en los diagnósticos antenatales, a través de los cuales se podría diagnosticar una malformación o deficiencia fetal, que se pudiera corregir o paliar con un tratamiento fetal determinado.

Además, es preciso que este tratamiento específico necesario para corregir, disminuir o eliminar las malformaciones o enfermedades congénitas que padece el feto y que fueron detectadas mediante diagnóstico prenatal, sea aplicado previo consentimiento de la madre, así la omisión del tratamiento o la negativa de la madre a prestar el consentimiento, para ser tratada son resueltas de dos formas distintas, aunque se llega a conclusiones semejantes. Dicho de otra forma, no se puede imponer un tratamiento. Para una de ellas, se trataría de actuaciones atípicas, sin poder llegarse a plantear siquiera una colisión de deberes, para la otra aceptando la colisión de deberes, tal colisión se resolvería siempre a favor de la madre.

Otra opción que podría plantearse es que la madre prestara su consentimiento al tratamiento y el médico/a y le indicara iniciar el tratamiento indicado, para paliar o mejorar el estado del feto, pero en observación apreciada la mejorías fetales, tanto la madre como el médico decidieran paralizar el tratamiento, con el consiguiente empeoramiento, de las mejoras obtenidas. En este supuesto, se estará realizando el tipo por omisión, sí tras la interrupción o abandono del tratamiento se produce un resultado gravoso.

En este caso estudiado, la realización del tipo por omisión, podrá estar amparada por una causa de justificación tanto para el médico como para la madre, cuando antes de que pueda terminarse el tratamiento sobrevenga circunstancias determinantes de un estado de necesidad o de una colisión de deberes y el mal representado por el empeoramiento o regresión del estado de la salud del feto no sea mayor que el que se evite con la interrupción del tratamiento.

El delito de comisión por omisión, se distingue su estructura objetiva, que se integra por seis elementos, como son:

- a) una situación típica;
- b) la ausencia de la acción determinada que le era exigida,
- c) capacidad de realizarla;
- d) la posición de garante,
- e) la producción del resultado y
- f) la posibilidad de evitarlo.

Los tres primeros elementos los comparte con la omisión pura, y los tres últimos requisitos son indispensables para que pueda afirmarse la imputación objetiva y además propios y característicos de este delito.

En este sentido, es importante analizar el segundo fundamento jurídico de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22-01-1999, que estudia las lesiones al feto, en comisión por omisión imprudentes²²³.

En este caso, el médico omitió un deber esencial, cuál es, el reconocimiento ginecológico a la mujer, así como los deberes de cuidado, creando una situación de peligro, que podía haber sido

²²³ En su fundamento jurídico segundo establece: “Los delitos de omisión ofrecen dos modalidades: los delitos propios puros de omisión y los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión”. La posición de garante aparece incuestionable en cuanto estaba encargado y asumió la asistencia en el embarazo y en el parto de D^a. María de las Nieves Martínez Dorado.

Tampoco ofrece cuestión, “que el acusado omitió varias acciones que le eran debidas; así en primer lugar, prescindió de consultar con un urólogo u otro especialista respecto a las molestias de que se aquejaba la embarazada y ello le llevó, por dos veces, a hacer un diagnóstico equivocado, atribuyendo a un inexistente cólico nefrítico, lo que eran dolores lumbares propio de “trabajo de parto”; igualmente omitió el deber que le era inexcusable, de reconocer ginecológicamente a la embarazada, especialmente ante los resultados que presentaban los análisis y la ecografía practicada; y, en definitiva, omitió atender a un parto, en el momento en que todos los síntomas lo hacían necesario. No había nada que restringiera o limitara la su capacidad para realizar la acción que omitió y que le era exigible”.

evitada, y, sin embargo, produjo el resultado en el niño, cuál es, el padecimiento de una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, y, a este médico que infringió los deberes de cuidado, se le puede imputar el resultado, ya que no asistió al parto de la mujer cuando tenía capacidad para hacerlo y se hallaba en posición de garante, ya que estaba encargado del embarazo.

Si el acusado se hubiese ajustado al deber de cuidado que le era exigible y hubiese realizado las consultas pertinentes, así como el reconocimiento ginecológico y, en definitiva, hubiera atendido el parto en el momento oportuno, no se hubiese producido el resultado.

En lo relativo al tipo subjetivo, de un delito de omisión imprudente, éste viene constituido por el desconocimiento que hubiese evitado el acusado si hubiera actuado diligentemente y conforme el deber de cuidado que le incumbía, desconocimiento negligente de las circunstancias que fundamentaban su deber de actuar.

Por lo tanto, cuando no se pudo tener conocimiento de la situación de hecho que generaba su deber de actuar, porque el médico no empleó el cuidado debido, será necesario apreciar imprudencia respecto de la omisión.

Y, todo esto se puede observar en este caso, en el que la negligencia se basa en las omisiones antes mencionadas que lo permitieron y determinaron la desatención del parto cuando era exigida, y como es evidente la imprudencia no se basa en un error de diagnóstico.

Respecto de los elementos subjetivos: es necesario, indicar, que el artículo 157 CP., no contiene ningún elemento subjetivo especial junto al dolo, de esta manera, el dolo debe abarcar la gravedad del resultado de la agresión. Además, se admite el dolo eventual como la representación del resultado como posible y la aceptación del resultado.

En el supuesto de transmisión de SIDA, que hemos estudiado, el dolo será eventual al igual que cuando se transmite una enfermedad de tipo infeccioso, no obstante, siempre hay que examinar cada caso.

En relación a la punibilidad del hecho es importante distinguir entre dolo eventual y culpa consciente es el supuesto en que la embarazada toma un medicamento sin prescripción facultativa, que puede afectar a la integridad del feto, puesto que si hubiera dolo eventual, se aplican las penas establecidas en el C.Penal, sin embargo, esto no sucede, si hubiere culpa consciente, a tenor del último párrafo del artículo 158 del C.Penal, “que establece la exoneración de la responsabilidad por imprudencia para la embarazada”.

IX.3.1. Regulación en el Código Penal de las Formas Imprudentes

El Código Penal de fecha 23 de noviembre de 1995, modificó el sistema legislativo de incriminación culposa, abandonando las cláusulas generales, sancionándose sólo cuando se diga expresamente.

El artículo 142.1²²⁴ del Código Penal, regula el homicidio imprudente

En el párrafo cuarto se castiga al que cometiere un homicidio imprudente mediando imprudencia profesional²²⁵ y en el número dos del mismo artículo tipifica la imprudencia menos grave²²⁶.

Sin embargo, las lesiones imprudentes graves constitutivas de delito, se regulan en el artículo 152.1²²⁷ del mismo texto legal. Y, las lesiones menos graves se castigan en el número dos del mismo precepto

El último párrafo del artículo 152 del Código Penal recoge el castigo cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional²²⁸.

224 “El que por imprudencia grave causare la muerte a otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años”.

225 Se castiga con “la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años”.

226 Castigando, “al que causare la muerte a otro con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses”

227 Que castiga al que “por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores, en atención al riesgo creado y al resultado producido”

228 Anudando la pena de “inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio, o cargo por un periodo de seis meses a cuatro años”.

También se castiga las formas imprudentes en el delito de lesiones al feto en el artículo 158 CP y en el aborto en el artículo 146 CP.

IX.2.2. La Responsabilidad Imprudente

En los delitos dolosos, la realización típica se va desarrollando a lo largo de todo el proceso, mientras que, en los delitos imprudentes, se produce creándose el riesgo adecuado para la producción del resultado. Por otra parte, dada la diferencia motivadora en ambos casos, en el delito imprudente se basará en la cognoscibilidad de la peligrosidad de la acción.

Jakobs²²⁹, “afirma que la imprudencia consiste, en la evitabilidad individual de la realización del tipo”, donde dicha evitabilidad, significaría lo mismo que previsibilidad.

Pero para Jakobs, “no toda previsibilidad de una consecuencia, es penalmente relevante, sólo la de aquél riesgo, que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable”.

Las denominadas reglas generales de cuidado, en el caso de los médicos la “*lex artis*”, no tiene relevancia penal.

Mantener la relevancia penal de la “*lex artis*”, a juicio de Gómez Pavón²³⁰, supondría la vigencia del “*versari in re illicita*”, en cuanto la mera infracción de dichas reglas generales de cuidado, llevarían al establecimiento de la responsabilidad penal.

Dentro de la actividad médica, la falta de observancia de la “*lex artis*”, puede conducir, a mi juicio, a atribuir el resultado producido, puesto que, habrá que tener en cuenta todas las circunstancias que inciden en el supuesto.

Así la regla genérica de cuidado, formulada con carácter general, respondería a la previsibilidad, con carácter general de la experiencia. Pero, a nuestro juicio, la regla de cuidado, no

²²⁹ Günther Jakobs, *Derecho Penal*, ..., cit., p.854

²³⁰ Gómez Pavón, Pilar, *Tratamientos Médicos...*, cit., p.328 a 330

tiene necesariamente que significar la del deber objetivo de cuidado, para ello, deberá comprobarse, que esto realmente ha ocurrido, o, dicho de otra forma, es preciso, examinar teniendo en cuenta, las capacidades del sujeto activo y las circunstancias que concurren en cada caso, si la conducta supera el riesgo permitido.

En la práctica profesional, existen protocolos que se consideran imprescindibles para el desarrollo de la actividad, tales como la realización de pruebas, adopción de tratamientos, cuidados y pautas, científicamente consideradas adecuadas o necesarias y cuya finalidad tiene por objetivo la curación o el mejoramiento del paciente, con el menor riesgo derivado posible. En consecuencia, son fruto tanto de la experiencia, como de las innovaciones y avances científicos.

Por lo tanto, en en todas las actividades médicas, también deberá evaluarse la pérdida de eficacia o de utilidad del ejercicio de la medicina por la observancia de las normas generales de cuidado, aplicables al caso concreto, porque la “*lex artis*”, cumpliría el papel de norma general de cuidado, y, por tanto, deberá realizarse una ponderación tanto en abstracto como en concreto.

De la misma manera, prescindir de ciertas medidas, consideradas idóneas en la generalidad de los casos, cuando concurre una situación de riesgo, conducen a igual solución; así, por ejemplo, realizar una intervención quirúrgica inaplazable, en condiciones de asepsia no adecuadas, conduce a asumir un peligro innecesario que puede afectar de forma irreversible a la vida o a la salud del paciente.

A mi juicio, la mera infracción de la “*lex artis*”, no puede llevar por sí sola, a mantener el carácter de injusto penal, porque como hemos indicado, hay que realizar una ponderación de la norma general a cada supuesto en concreto y examinar las circunstancias que concurren, asimismo, observar si el resultado producido es consecuencia de la situación de peligro generada por la norma general de cuidado.

Como derivación lógica de lo anterior, tampoco el simple cumplimiento de la norma, tiene, que necesariamente suponer la ausencia de responsabilidad penal, puesto que el respeto a la norma general de cuidado, constituiría un indicio de carácter atípico del hecho.

IX.2.3. La Imprudencia Profesional

Martínez Pereda²³¹ manifiesta que, “la Fiscalía del Tribunal Supremo, entendió que en el artículo 565 del Código Penal derogado se recogían dos supuestos: la impericia y la negligencia”.

La impericia²³², “significaría falta de conocimientos necesarios, con independencia de la posesión o no del título que lo acredite y la negligencia consistiría en la falta de cuidado, especialmente exigible a los profesionales que le es propia”.

La doctrina mayoritaria no diferencia entre impericia y negligencia, refiriendo ambas, a la falta de diligencia del profesional sanitario que crea situaciones de riesgo, que redundan en lesiones en la salud, llegando en ocasiones, a producir la muerte del paciente.

Los requisitos establecidos por el el Tribunal Supremo, son los siguientes:

- a. “Que se realice en el ejercicio de la profesión que constituya el medio de vida”.

Se trate de actos que de manera habitual son exigidos y se practican ordinariamente dentro de la profesión.

- b. “El resultado debe consistir en muerte o lesiones graves”.

El resultado debe producirse a consecuencia de negligencia o impericia inexcusables en el ejercicio de su profesión, caracterizándose por un “plus de culpa sobre la temeraria, pero referido a un actuar concretado a los especiales deberes de la profesión”;

- c. “La apreciación de estos elementos habrá de hacerse con criterio de relatividad, teniendo en cuenta las circunstancias, las personas, actividad profesional desarrollada, entre otras”.

La actividad médico-quirúrgica se desarrolla frecuente y habitualmente por una pluralidad de personas, ya que, se trata de equipos multidisciplinares y, en estos casos será posible la realización

231 Martínez Pereda, José Manuel. *La Responsabilidad Penal del médico y del sanitario*. Madrid 1990, p. 55 a 66.

232 De conformidad Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1.958.

del hecho, por varios de ellos en coautoría o bien será también posible que uno de ellos sea autor y los demás cómplices o cooperadores necesarios, lo que habrá que resolver con arreglo a los criterios generales.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 1995²³³, absuelve al médico de guardia porque adoptó todas las medidas adecuadas en cuanto pasó a ver a la paciente. En este supuesto, no se castiga “al ginecólogo y a la matrona como coautores de un delito de lesiones al feto”, sino que, se considera que la responsabilidad únicamente debe recaer sobre “la matrona”, por vulneración de las más básicas y elementales normas de cuidado. Y, dado que su trabajo lo ejercían en una entidad sanitaria pública, se consideró responsable civil subsidiario al Insalud, observándose, por tanto, los criterios generales de la autoría.

La Sentencia reconoce la existencia “del delito de lesiones al feto”, de forma expresa, a pesar del vacío legal existente, ya que considera que las lesiones producidas al feto, a través de la violencia que se ejerció sobre la madre embarazada, supone otorgar al feto condición humana diferente de la madre y además penalmente protegible, respondiendo tanto por delito doloso como imprudente.

Según lo expuesto, es interesante, discernir entre la división del trabajo vertical y horizontal, al mismo tiempo que desarrollamos el “principio de confianza, derivado del principio de división del trabajo”.

IX.2.4. División del trabajo

El ejercicio de división del trabajo se reconoce actualmente como una necesidad ineludible en diversos campos e ineludiblemente en el ejercicio de la Medicina, posibilitando una mayor concentración profesional, en aquella parcela que le es propia garantizando una adecuada asistencia al paciente, puesto que como afirma Romeo Casabona²³⁴ “difícilmente sería un buen médico o tendría efectividad su función terapéutica”.

233 Siendo ponente el Exmo. Sr. D. Hermenegildo Moyna Menguez, “castiga por un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves a la pena de seis meses y un día de prisión menor y que indemnice a los padres del menor en 10.000.000 de pesetas por daños morales y al menor en 15.000.000 de pesetas, respondiendo como responsable civil subsidiario de dichas cantidades el Insalud”.

234 Romeo Casabona, Carlos María, *El médico ante el Derecho*, Barcelona 1997, 2ª edición, p. 113.

Las nuevas técnicas y los avances científicos da lugar, sobre todo en el ámbito hospitalario a desarrollar un trabajo conjunto, hoy en día la práctica médica se desarrolla en centros hospitalarios adjudicándose un determinado número de pacientes a cada profesional, o bien, a través de sociedades, donde la división se efectúa por zonas geográficas, de tal manera, que la realización de pruebas para determinar el diagnóstico, los tratamientos que deben seguir los pacientes, y el control de la evolución de la enfermedad, para conseguir una mejoría, lo efectúan diversos profesionales, bien en equipos multidisciplinarios o como sucede en el ámbito del ambulatorio, será el médico de cabecera quien acuda a otros profesionales para la realización de determinadas pruebas con el objeto de emitir un diagnóstico idóneo a la enfermedad del paciente, en este último supuesto no existe trabajo conjunto.

La división del trabajo puede ser vertical u horizontal. La división vertical supone una relación jerárquica no necesariamente de Derecho Público, y se caracteriza por una relación de profesionales de diferente categoría, así por ejemplo médicos/as, enfermeros/as, auxiliares, cuyo objetivo esencial es la salud del paciente, eliminando enfermedades y mejorando la salud del paciente.

A diferencia de la división vertical, la división horizontal es aquella que existe entre diferentes profesionales de igual categoría, médicos/as que tienen distintas especialidades y cada médico/a será responsable de su informe, de su diagnóstico, de sus pruebas médicas, y de la evolución del paciente, pero, sin embargo, trabajan conjuntamente en funciones complementarias y, además, en conjunto procuran la salud del paciente y la mejoría en sus enfermedades, en definitiva, se trata que con la diferente especialización y división del trabajo se consiga una adecuada atención al paciente, esto no implica, a juicio de Gómez Pavón²³⁵, “que nos estemos refiriendo únicamente a relaciones de igualdad o de subordinación sino del principio de división del trabajo” y como apunta Jorge Barreiro²³⁶,” cuestionar la autonomía de la práctica médica significa desconocer el principio de división del trabajo y de confianza”.

Los equipos multidisciplinarios, están dirigidos por una persona, encargado del control y tratamiento del paciente y que tendrá a su cargo la instauración del tratamiento, así como la adopción de ciertas medidas terapéuticas.

²³⁵ Gómez Pavón, Pilar, *Tratamiento Médico: Su Responsabilidad Civil y Penal*, Barcelona 1997, 1ª edición, p.116.

²³⁶ Jorge Barreiro, Agustín, *La Imprudencia Punible en la Actividad Médico-Quirúrgica*, Madrid 1990, 1ª edición, p. 118.

Es habitual y no sólo en el campo quirúrgico, que se requiera el concurso de otros profesionales de diferentes especialidades para prestar al paciente una asistencia adecuada, pero cada profesional será responsable de la actividad médica que desarrolle en el ámbito de su especialidad.

En la actividad desarrollada por el equipo médico quirúrgico, es necesario apreciar que se ha infringido un deber de diligencia, para determinar si existe imprudencia, la cuestión radica, en concretar la diligencia debida que le corresponde al médico teniendo en cuenta, la comparación con el modelo del sujeto prudente y razonable de la especialidad a la que aquél pertenece, respecto de la obligación de impedir el resultado, la situación del caso y la posición del médico en la actividad sanitaria.

A mi juicio, es necesario establecer una serie de consideraciones:

- a. Como cada caso es diferente, no se deben establecer reglas jurídicas generales para todos los casos, sí pueden variar la modalidad y urgencia de la operación, los colaboradores en cuanto nivel de formación y a la posible fiabilidad de los mismos.
- b. Al mismo tiempo que la eficacia de la división del trabajo debe garantizarse la protección del paciente.
- c. En cuanto a la apreciación de la posible imprudencia y la responsabilidad del personal sanitario, ha de cuestionarse la concurrencia de la vulneración de la diligencia debida y del deber de cuidado más elemental para evitar la causación de daño por un colaborador, donde desempeñará un papel importante el “principio de confianza”, y
- d. La cuestión de la diligencia debida y de los deberes de cuidado, respecto a los terceros, debe resolverse gradualmente conforme al “principio de confianza” y según la estructura de la modalidad de división de trabajo.

Jorge Barreiro²³⁷ indica que “los problemas fundamentales de la imprudencia punible, desarrollada en la actividad médico quirúrgica, se ubican sistemáticamente en el tipo de injusto de los delitos imprudentes de resultado”.

Por ello, debe afirmarse, la probabilidad de atribuir al médico en comisión por omisión, el resultado producido imprudentemente, dependerá no sólo de la posición de garante, sino también de su asunción efectiva y concreta del tratamiento médico, así como de la conducta omisiva que haya creado o aumentado el riesgo para la salud o la vida del paciente.

Hay que manifestar, que la posible responsabilidad penal del médico, por la conducta de otro sanitario, dependerá de una serie de criterios aplicables al caso concreto: cada interviniente del equipo médico-quirúrgico responderá en principio, del correcto cumplimiento de los deberes de diligencia inherentes a los cometidos que son de su propia competencia.

Sin embargo, por las circunstancias concretas (objetivas y subjetivas), y por la posición que desempeña en el equipo médico, el cirujano puede tener que cumplir con unos deberes de cuidado, ya sean de control ya de vigilancia, -deberes secundarios-, pues la infracción de tales deberes, por parte del cirujano, puede dar lugar, a la fundamentación de su responsabilidad penal por fallos cometidos por sus colaboradores.

IX.2.4.1. División del Trabajo Horizontal

La división de trabajo horizontal concurre cuando todos los especialistas médicos/as tienen idéntica formación, todos son licenciados en medicina y cirugía, todos han superado el examen de MIR (médico interno residente), que les capacita para ejercer una determinada especialidad, además, cada especialista responde en su materia de la actividad desempeñada, pero al mismo tiempo, estas especialidades son complementarias, es el supuesto, del necesario informe de radiología, que necesitará el traumatólogo, de la cooperación que se desarrolla en un quirófano entre el cirujano y el anestesista, cada especialidad tiene sus conocimientos médicos específicos y cada especialista responde de la diligencia debida en la actividad médica que desarrolla, que al mismo tiempo

²³⁷ Jorge Barreiro, Agustín, *La imprudencia punible*..., cit., p.132.

es complementaria, y que por ejemplo, en una intervención quirúrgica divide el trabajo entre el cirujano/a y el/la anestesista.

Jorge Barreiro²³⁸ estima que en “la problemática delimitación de la responsabilidad penal entre cirujano y anestesista jugarán un papel fundamental como criterios de concreción de sus deberes de diligencia, los principios de división de trabajo y de confianza”.

La división del trabajo médico conlleva que en la Medicina moderna cada médico asuma su propia responsabilidad: el cirujano decide el tiempo, lugar, y el cómo de la operación, de acuerdo con el paciente, y deberá actuar con la diligencia debida en su actividad médica; y el anestesista que dentro de sus competencias es independiente del cirujano, también deberá actuar con la diligencia debida en su actividad dentro del quirófano, pero a su vez son actividades complementarias.

Esta división del trabajo debe estar conectada con otro principio fundamental de confianza: los médicos especialistas intervinientes en la operación, en beneficio de un desarrollo ordenado de ésta, han de poder confiar, en la colaboración correcta del médico de otra especialidad.

Para una mayor concreción de las funciones y de la diligencia debida, en la relación entre el/la cirujano y el/la anestesista, es importante distinguir entre las diversas etapas del desarrollo de la intervención quirúrgica:

1. En la fase preoperatoria, tiene una importancia esencial el examen previo del paciente para adoptar las medidas anestesiológicas adecuadas. Para ello, es preciso el manejo y revisión de aparatos técnicos, puesto que los daños o lesiones más graves que se generan en la actividad del médico anestesia se deben en ciertas ocasiones a averías en las instalaciones de aparatos técnicos, de tal manera, que la actividad del médico-anestesia dependerá en cierta medida del adecuado mantenimiento de los aparatos técnicos, que se encargan de controlar funciones vitales del paciente. En este supuesto el/la médico/a debe revisar el buen funcionamiento de los aparatos antes de utilizarlos, siendo posible delegar tal función a los técnicos, al personal auxiliar cualificado y en consecuencia, en quién se confía.

238 Jorge Barreiro, Agustín, *La imprudencia punible...*, cit., p.138.

También, es necesario, que el anestesista identifique el grupo sanguíneo del paciente y esencialmente que compruebe la correspondencia con el de la sangre almacenada y, posteriormente realizar la transfusión²³⁹ que fuere necesaria o la falta de control de ritmo cardíaco.²⁴⁰ Por lo tanto, es imprescindible que realice personalmente estas actividades.

2. En la fase intraoperatoria, esto es, durante la intervención quirúrgica, es competencia propia del médico-anestesista, el control de las constantes vitales del paciente y el desarrollo de la narcosis.

Por ello, el anestesista en su condición de especialista de la narcosis y de acuerdo con el “principio de división del trabajo médico y de confianza” debe avisar al cirujano sobre los peligros anestésicos, puesto que nuestro TS, en reiteradas Sentencias, “considera, al anestesista, que, ante un incidente grave anestésico, indicó de forma impropia al cirujano que podía iniciar la actividad médico-quirúrgica, como autor mediato de homicidio imprudente”.

3. En la fase post-operatoria, el deber de vigilancia del paciente, le corresponde al anestesista, para controlar las posibles complicaciones en las constantes vitales del operado y en lo que afecte a la respiración y circulación del enfermo operado.

Como se observa, en estos supuestos de “división de trabajo horizontal”, “el principio de confianza”, despliega su eficacia, y, sólo se podrá excluir, su aplicación en los siguientes supuestos: cuando en el caso concreto, se percibe vulneración de los más elementales deberes de cuidado o surgen dudas sobre su cualificación, que produzcan en el ámbito de la actividad médica una falta de confianza que conlleve al otro especialista a realizar un especial deber de cuidado mediante vigilancia de la actividad médica, evitando el resultado lesivo que pueda producirse, o bien, la posible atribución del hecho punible al médico que confió indebidamente en la falta de diligencia del otro especialista que vulneró las más elementales normas de cuidado.

²³⁹ STS de fecha 13-10-81 y 11-6-82.

²⁴⁰ STS de fecha 23-03-2002. Así la comadrona cometió omisión especialmente relevante en cuanto no practicó ningún tipo de ritmo cardíaco, del que pudiera desprenderse el evidente sufrimiento fetal, lo que de haberlo detectado hubiera significado un urgente aviso a un ginecólogo de la clínica para que actuase ante el sufrimiento fetal, adelantando el parto.

Jorge Barreiro²⁴¹ manifiesta que “ha de profundizarse en la teoría del dominio objetivo o del dominio sobre el proceso causal como categoría utilizable en los delitos imprudentes, para determinar la autoría imprudente, añadiendo que la coautoría imprudente se produce cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en el actuar descuidado o imprudente, en el caso de que tales personas cooperen en la realización de la conducta imprudente, pero sin que medie el común acuerdo, habrá autoría accesoria imprudente”.

En este sentido Sentencia de fecha 10-10-79²⁴², supuesto en que el cirujano mediante acuerdo con el anestesista, lleva a cabo una operación de cesárea con la colaboración de un anestesista, que asistía simultáneamente a dos quirófanos

Para que intervención quirúrgica tenga éxito es muy importante una adecuada coordinación entre el/la cirujano y el/la anestesista, dentro de la vigencia y el respeto de los principios de “división del trabajo y de confianza”.

La división del trabajo delimita las diferentes competencias del/de la cirujano/a y del /de la anestesista, lo cual implica que cada especialista será responsable en el ámbito de su competencia, y que deberá respetar la diligencia debida, para evitar que se impute un hecho punible, pero esta división de trabajo, también permite, en caso de vulneración de tales deberes, atribuir la responsabilidad penal en que pudo incurrir.

Hay que destacar la autonomía del anestesista respecto del cirujano, mantener lo contrario, es decir, la primacía del cirujano y la dependencia del anestesista supone no respetar el principio de división del trabajo, lo que implica un desconocimiento del principio confianza.

V.2.4.2. División del Trabajo Vertical.

La división del trabajo vertical, supone relaciones de primacía y subordinación entre quienes llevan a cabo e intervienen en el tratamiento médico quirúrgico, y de todo ello, se derivan una

²⁴¹ Jorge Barreiro, Agustín, *La imprudencia punible...*, cit., p.126.

²⁴² El cirujano, por lo tanto, es responsable por la conducta activa peligrosa y prohibida por omitir las precauciones debidas de un cirujano cuidadoso, -operar sin la presencia del anestesista- y el anestesista en comisión por omisión (posición de garante: asunción efectiva del tratamiento anestésico; creación o aumento del peligro atribuible; y la situación de dependencia del bien jurídico respecto al anestesista).

serie de riesgos tanto para el médico/a como para el paciente: posibles fallos en la comunicación, coordinación. Instrucción, cualificación respecto de los colaboradores en la intervención quirúrgica.

Los requisitos coyunturales que definen esta modalidad vertical de la división del trabajo médico son los siguientes:

1. La distribución de deberes supone que el superior jerárquico impartirá instrucciones, controlará el trabajo, y vigilará, en definitiva, que la actividad médica se desarrolle conforme las instrucciones que impartió, por otro lado, las personas subordinadas, deberán cumplir las instrucciones que se les haya impartido.
2. En esta relación jerárquica destaca la dependencia de los facultativos jerárquicamente situados en la escala inferior, subordinando siempre su actuación a las instrucciones del superior jerárquico y
3. La práctica de impartir instrucciones supone que en determinados supuestos se delegan competencias y, en consecuencia, la delegación de competencias afectará también al desplazamiento de la responsabilidad como propia, de competencias ajenas.

En el primer elemento, nos hallamos ante instrucciones de tipo general, son funciones de mantenimiento de instalaciones hospitalarias. Así en este tipo de competencias al médico sólo se le podrán atribuir los fallos de un enfermero, cuando, sus instrucciones son insuficientes o defectuosas, ahora bien, este tipo de instrucciones no afectan a su relación con el paciente, ni a actividades médicas concretas.

El segundo elemento, se refiere a la de la propia asistencia del enfermo, donde es esencial “el principio de división del trabajo”, el cirujano/a podrá confiar en que el/la enfermero/a realizará correctamente la asistencia médica del enfermo. Ahora bien, existen determinados casos en que la confianza del/ de la médico/a, no estará justificado y entonces éste ha de cumplir con los correspondientes deberes de vigilancia y de instrucción respecto a los/as enfermeros/as, por ejemplo, cuando la complejidad del caso concreto obligue a una intervención directa del médico.

El tercer elemento, es el que se corresponde con la actividad auxiliar médica, que consiste en prestar apoyo en las actuaciones propias del cirujano/a, cuál es, arreglar el material quirúrgico, en este supuesto, surge el problema de la licitud o justificación de la conducta del cirujano/a en delegar ciertas funciones a los enfermeros/as.

En este ámbito el/la médico/a ha de ser consciente de las dificultades del cometido en delegar en el enfermero/a y, sobre todo, de las limitaciones propias de la formación médica del personal sanitario auxiliar. De tal manera que el/la cirujano no podrá delegar en el enfermero/a cometidos propios de un médico/a ayudante, porque la asistencia de aquél/la, dentro de una intervención quirúrgica ha de ser indirecta, marginal y en todo caso, se limitará a una actividad mecánica.

Jorge Barreiro²⁴³ indica que, “para delimitar la responsabilidad penal en que pueden incurrir el cirujano (jefe del equipo médico) y los colaboradores o personal auxiliar hay que tener en cuenta:

1. “La vigencia y el respeto al principio de responsabilidad penal propia e individual de cada uno de los intervinientes en el tratamiento médico-quirúrgico.
2. La determinación de los deberes de diligencia de los miembros del equipo quirúrgico, en el marco de la relación jerarquizada que caracteriza la división del trabajo médico vertical. Hay que, tener en cuenta, que, los principios de división del trabajo y de confianza, operan como importantes criterios que delimitan y concretan los deberes de cuidado de cada interviniente en el tratamiento médico-quirúrgico.
3. Cuando se trata de dilucidar la posible responsabilidad penal del personal auxiliar será un instrumento de apoyo, de gran utilidad, la normativa sanitaria que establezca las competencias y tareas del citado personal sanitario”.

Para resolver la responsabilidad médica, habrá que tener en cuenta el especial deber que incumbe a cada uno de sus componentes. Jescheck²⁴⁴ “diferencia en la infracción de la norma de cuidado dos aspectos:

²⁴³ Jorge Barreiro, Agustín, *La imprudencia punible...*, cit., p. 147.

²⁴⁴ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de...*, cit., p. 353

1. Aspecto interno: que obliga a advertir la presencia del peligro en la gravedad aproximada, fundamento del castigo de la imprudencia inconsciente, vulnerarse el deber de advertir”;
2. Aspecto externo: “que obliga al comportamiento conforme a la norma de cuidado, previamente advertida y del que se derivaría el deber de omitir acciones peligrosas, cuya realización supone ya, omitir el deber de cuidado; deber de preparación e información previa y, por último, el de actuar prudentemente en situaciones peligrosas”.

Por tanto, el deber externo de actuar correctamente es la consecuencia directa del deber interno de cuidado, ya que, advertido el peligro, el sujeto tiene la obligación de adecuar su comportamiento a lo previamente conocido, debiendo abstenerse de realizar acciones peligrosas, cuando no tiene una especial preparación para hacerlo sin crear riesgos no permitidos. Y, en los supuestos de riesgo permitido, la previa advertencia obliga a aplicar todas las medidas imprescindibles para mantener la diligencia que es exigible, esencialmente control y supervisión.

Esta supervisión o, en definitiva, control del bien jurídico, en la relación entre el médico y el paciente, permite atribuir un concreto resultado lesivo a una acción u omisión imprudente, configurando “el deber institucional”. Por ello, lo que se deriva de este deber interno de cuidado, es el deber externo de actuar correctamente.

Así advertido el peligro, Gómez Pavón, “añade que, el sujeto tiene la obligación de adecuar su comportamiento a lo previamente conocido. Por tanto, deberá abstenerse de realizar acciones peligrosas, cuando no tiene una especial preparación para hacerlo sin crear riesgos no permitidos. Añade que, el médico que decide, emprender una operación, altamente peligrosa, careciendo de los conocimientos adecuados a pesar de haber advertido o poder advertir el riesgo que representa, constituyendo los supuestos denominados culpa por asunción”.

Asimismo, es exigible el cumplimiento de los deberes de preparación o información antes de emprender acciones peligrosas, para ello existen dos posibilidades: a) un estudio exhaustivo sobre el estado de salud del paciente y b) actualizar de forma constante los conocimientos profesionales.

En definitiva, la determinación de la diligencia debida, requerirá tener en cuenta, en el caso del médico especialista, el grupo profesional al que pertenece, ya que no puede ser valorada de la misma manera, una práctica habitual, sin urgencias que, aquélla en la que debe intervenir ante una situación de emergencia. El médico estará obligado, en una situación de emergencia, cuando se halle ante una intervención a requerir la colaboración de otros profesionales, cuando no esté suficientemente preparado, infringiendo, en caso contrario, el deber de cuidado, al elevar el riesgo mediante ejecución de una acción peligrosa. En consecuencia, el resultado lesivo, si se produjera, sería imputable puesto que dicho riesgo, así como la relación causal le eran cognoscibles.

Es importante delimitar, ¿qué resultado lesivo puede ser imputado al actor? Gómez Pavón²⁴⁵ considera que “el criterio delimitador sería la asunción por el médico del control del bien jurídico, así como éste entrara en su ámbito de competencia. También manifiesta que el fundamento de la irresponsabilidad del médico radica en el consentimiento del paciente. Dicho consentimiento, genera un deber jurídico de actuar para salvaguardar los intereses jurídicos en juego, colocándolo, por tanto, en posición de garante, el médico que omite la acción adecuada infringe tal deber. Concluye Gómez Pavón que la responsabilidad llegará sólo hasta donde alcance el deber; si éste consiste en practicar una primera asistencia, no en procurar la curación, no podrán imputarse ulteriores resultados no provocados por la inasistencia; si el resultado lesivo se produce por un ulterior error o abandono no podrá ponerse a cargo del primero”.

Ello supone que debe existir una situación típica, que haga surgir la posición de actuar, integrada por una posición de garante, que viene dado por “el deber institucional”, que vincula al especialista con el paciente, se trata de asumir la protección del bien jurídico o de control de una fuente de peligro. No obstante, la relación autor-bien no sólo hay que definirla de forma negativa, consistente en no lesionar al paciente, sino en mejorar la salud, de ahí deriva la confianza que se genera en la actuación médica.

Jakobs²⁴⁶, afirma que la imprudencia consiste, en la “evitabilidad individual de la realización del tipo”, donde dicha evitabilidad significaría lo mismo que previsibilidad. De tal forma que, no

245 Gómez Pavón, Pilar, *Tratamiento médico...*, cit., p. 328.

246 Jakobs, Günther, *Derecho Penal...*, cit., p 854

toda previsibilidad de una consecuencia, es penalmente relevante, sólo “la de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable”.

También hay que indicar que la vulneración de la “*lex artis*”, como norma general de diligencia, por sí sola, no es bastante para fundamentar el injusto imprudente, para ello es necesario que se valoren las demás circunstancias que concurren en cada supuesto en concreto.

Para nuestro estudio, es importante esto último, ya que las denominadas reglas generales de cuidado, en el caso de los médicos la “*lex artis*”, cumplirán una función meramente indicativa.

En primer lugar, es preciso, realizar un juicio de imputación, estableciendo si la conducta (acción/omisión), supera el riesgo permitido, lo que significa algo más que la infracción de la “*lex artis*”, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y las capacidades del sujeto, para luego, establecer la relación de riesgo.

Así la regla genérica de cuidado, formulada con carácter general, respondería a la previsibilidad, con carácter general de la experiencia. Pero, a nuestro juicio, la regla de cuidado, no tiene necesariamente que significar la del deber objetivo de cuidado, para ello deberá comprobarse que esto realmente ha ocurrido.

Así, la denominada tradicionalmente “*lex artis*”, cumpliría el papel de norma general de cuidado. En la práctica profesional existe el deber de vigilancia y control, durante el desarrollo de la actividad médica, en la realización de pruebas, en la adopción de tratamientos, y de cuidados y pautas, científicamente consideradas adecuadas o imprescindibles y cuya finalidad es conseguir: o bien la curación o el mejoramiento del paciente con el menor riesgo derivado posible.

En consecuencia, estas reglas son fruto tanto de la experiencia, como de las innovaciones y avances científicos. De tal manera, que el deber de vigilancia e instrucción del médico, ha de neutralizar los peligros derivados de la falta de cualificación del personal auxiliar sanitario. Tales deberes de vigilancia e instrucción tienen sus límites si el personal auxiliar sanitario está suficientemente preparado e instruido para llevar a cabo sus competencias, de tal forma que, el

médico especialista, jefe del equipo multidisciplinar, podrá confiar en la concreción de la conducta de las enfermeras sin requerirse una vigilancia permanente.

En tales casos, el/la cirujano –jefe del equipo médico- habrá de atender no sólo a la cualificación oficial de los citados colaboradores sino también a la preparación real contrastada y experiencia en la tarea encomendada. En consecuencia, antes y durante la intervención quirúrgica se le puede exigir al jefe del equipo que cumpla con ese deber de vigilancia e instrucción del personal auxiliar.

También se acrecienta el deber de vigilancia médica, cuanto mayores sean los riesgos o peligros de una deficiente comprensión de las instrucciones por parte de sus colaboradores, es decir, el/la médico/a podrá confiar en una comunicación correcta y en la conducta adecuada del enfermero/a, si se trata de indicaciones habituales y sencillas, cuando hay peligro de fallo en la comunicación, por tratarse de una indicación sobre un nuevo medicamento o porque el destinatario de la orden es un personal sanitario inexperto, se acrecientan las exigencias del deber de vigilancia del médico.

Asimismo, el médico/a cirujano tiene que cumplir con el deber de diligencia de coordinar las tareas de los integrantes del equipo multidisciplinar. La distribución de actuaciones diferentes entre varias personas, que participan en la actividad médico quirúrgica, no garantiza siempre una adecuada coordinación, Por ello, el médico/a cirujano, frente a los riesgos de fallos en la coordinación como la repetición errónea de las medidas terapéuticas ya ejecutadas o el omitir la ejecución de medidas necesarias, ha de cumplir con el deber de vigilancia para evitar o neutralizar situaciones discordantes en la actividad médico-quirúrgica.

En abstracto, la necesidad del consentimiento, tal y como hemos expuesto, puede ser esencial, puesto que siempre el actuar médico observando la norma general o “*lex artis*” y cuando el paciente haya otorgado su consentimiento, evitaría el tipo doloso del delito, aunque evidentemente, si se produjo un retraso en llevar a cabo determinado tratamiento, con el consiguiente empeoramiento del paciente, obviamente nos hallamos ante el tipo culposo de cualquier delito, por lo tanto, a la hora de calificar un delito o imputar a un autor es necesario, tener en cuenta todas las circunstancias que rodean a un caso concreto.

De la misma manera, prescindir de ciertas medidas, consideradas idóneas en la generalidad de los casos, cuando concurre una situación de riesgo, conducen a igual solución; así, por ejemplo, realizar una intervención quirúrgica inaplazable, en condiciones de asepsia no adecuadas, pudiera conllevar otras lesiones diferentes a las existentes que supongan un evidente peligro para la salud, quizás más grave que no realizar la mencionada intervención.

A mi juicio, la mera infracción de la “*lex artis*”, no puede llevar por sí sola, a mantener el carácter de injusto penal, por ello, será necesario saber si el resultado es consecuencia del peligro generado por la norma general de cuidado.

Como derivación lógica de lo anterior, tampoco el simple cumplimiento de la norma, tiene, que necesariamente suponer la ausencia de responsabilidad penal, puesto que como hemos examinado existen otras circunstancias concurrentes, examinado la norma general de cuidado es muy probable que el hecho sea atípico, pero también es posible que devenga una actuación imprudente.

Así para imputar un concreto resultado lesivo a una acción u omisión imprudente, es necesario, a mi juicio, establecer “el deber institucional”, que vendría dado, por el concepto de posición de garante del médico especialista, quien tiene el deber de controlar las fuentes de peligro y proteger el bien jurídico , en este caso, la vida y la salud del paciente.

No debe olvidarse que podrá imputarse el resultado, cuando conociendo el riesgo no se adoptan las medidas necesarias para la curación o adoptándolas se hace de forma equivocada; no obstante, cuando “*ex ante*”, puede establecerse, que la acción salvadora resultará ineficaz, en el caso concreto, no podrá imputarse el resultado.

IX.2.5. Principio de confianza

El principio de confianza es una consecuencia del principio de “división del trabajo”, lo que implica:

- a. está aceptado confiar y
- b. la responsabilidad de un tercero por sus propios fallos.

Así se refleja en el caso del médico residente, que en circunstancias normales siempre actúa de acuerdo con el tratamiento previamente indicado, aun cuando, personalmente deba supervisar su eficacia. No obstante, entrará dentro de su ámbito de organización, aquellas medidas que deba tomar en ausencia del encargado del caso, en cuyo supuesto si no observare la “lex artis”, o no observare la mínima diligencia, se le podrá atribuir el hecho típico concurriendo dolo o imprudencia.

Gómez Pavón²⁴⁷ manifiesta que “el principio de confianza, supone una división del trabajo, de forma tal, que cada uno de los intervinientes no tenga que controlar absolutamente todos los cursos causales influyentes, sino sólo determinados procesos y éstos con atención no dividida. Decaerá este principio, cuando falte el conocimiento de las reglas o de la posibilidad de seguirlas, también cuando, cada miembro del equipo deba compensar el comportamiento defectuoso de los demás”.

Jorge Barreiro²⁴⁸ indica que “el principio de confianza tiene importancia y sentido en la actividad médico-quirúrgica –aplicable tanto a la división de trabajo horizontal como en la vertical– en cuanto: evita la sobrecarga de trabajo (y la posible exasperación de los deberes de diligencia) del/ de la médico/a jefe del equipo; hace posible una mayor concentración en su cometido (empleo de la adecuada técnica quirúrgica) y proporciona la necesaria seguridad en la eficacia del trabajo en equipo, el médico tienen que poder confiar –dentro de ciertos límites– en la colaboración correcta de terceras personas (colegas, ayudantes y enfermeras)”.

Muñoz Conde²⁴⁹, manifiesta que “ la confianza puede llevar a la imprudencia cuando el director del equipo conoce la escasa preparación del colaborador o los deficientes medios con los que se realiza la anestesia y, a pesar de todo, realiza la intervención quirúrgica o delega funciones que no le corresponden a un estudiante de Medicina. Por el contrario, no habrá infracción del deber objetivo de cuidado por parte del jefe del equipo médico si la experiencia y conocimientos especiales del médico colaborador o del personal auxiliar, en los que se ha confiado, no motivan la pérdida de la confianza”.

El deber de garante surge en virtud de la responsabilidad derivada por la organización, en virtud del cual, deberán controlarse las fuentes del peligro, puesto que si se genera un peligro,

247 Gómez Pavón, Pilar, *Tratamiento médico...*, cit., p. 329.

248 Jorge Barreiro, Agustín, *La imprudencia punible...*, cit., p.119.

249 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia 2021, 23ª edición, p. 104.

surge la responsabilidad por dolo o imprudencia, ahora bien, también se genera responsabilidad por asunción, a través del principio de confianza, que tiene por objeto en el campo de la medicina, mejorar la salud, y en definitiva, evitar lesiones en el paciente. Pues bien, esta confianza, surge de la posibilidad de delegar determinadas tareas en virtud de la división del trabajo, ya que el médico-jefe confiará en otros especialistas así como en colaboradores.

Por lo tanto, el contenido de esta confianza, siempre tiene que procurar la salud del paciente, controlando el peligro que pueda afectar al bien jurídico protegido.

Jakobs²⁵⁰ distingue dos supuestos:

“ a) la confianza que genera garantía, quien es objeto de la confianza debe introducirse, por su parte, en una relación que le atribuye la responsabilidad por el aseguramiento de un bien o el combatir un peligro y

b) la confianza que proporciona garantía, existe ya un deber de garantía e importa sólo, a quien se dirige dentro de la organización, que gestiona la relación de garantía”.

Este segundo supuesto, implica que el obligado a controlar la fuente de peligro como garante, será quien asume la función de prestar auxilio en virtud del principio de confianza dentro del ámbito de la división del trabajo, o dicho de otra forma, será responsable penalmente, quien se incorpora en la posición del que según la planilla de servicio, debía prestar el auxilio debido observando la “lex artis” como norma general y además todas las circunstancias concurrentes.

Lo que se observa en el siguiente supuesto, entre los servicios que presta un hospital por la noche, se encuentra el médico de guardia, que como garante debe controlar el peligro, para garantizar la salud de los pacientes, ahora bien, la responsabilidad vendrá dada, no por el médico que le correspondiera según planilla prestar el auxilio esa noche, sino por el médico que realmente se incorporó al servicio y se obligó a garantizar la salud de los pacientes.

Consecuencia del principio de confianza es que pueda surgir la responsabilidad por imprudencia del médico-jefe cuando delega determinadas funciones en el médico residente que se

250 Jakobs, Günther, *Derecho penal...*, cit., p. 999

halle en la puerta del hospital atendiendo urgencias, cuando este médico interno residente no tenga la suficiente experiencia.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de Enero de 1999, siendo Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, que se estructura a través de “Antecedentes de Hecho, Fundamentos Jurídicos y Parte Dispositiva”, consta en los Fundamentos Jurídicos de tres partes, a mi juicio, claramente diferenciadas; la primera relativa a la delimitación del concepto de feto, la segunda parte estudia las lesiones al feto generadas, y la tercera parte, pone de manifiesto el concepto de imprudencia profesional ya consagrado.

La primera parte manifiesta que “el comienzo del parto, pone fin al estadio fetal y surge con el periodo de dilatación y continua con el periodo de expulsión en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado, las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto”.

Decíamos que el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto.

Señala el fin del estadio fetal en el comienzo del nacimiento y fija, en consecuencia, la delimitación del estadio fetal, diferenciando el feto de la persona, ya que en ese momento el feto se convierte en persona, manifestación innovadora, puesto que, el código penal, no tiene ninguna norma, que exprese qué se entiende por persona en el Código Penal tal y como sucede en los artículos 29 y 30 Código Civil²⁵¹.

De esta forma surgen dos intereses en conflicto, por un lado, el embrión que es titular de un derecho inviolable, la vida, por otro lado, el derecho a la vida, que también tiene de la madre. Y, este conflicto de intereses, debe resolverse mediante una situación de contrapeso entre un derecho

251 Esta manifestación es un paso en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo iniciado con la Sentencia Tribunal Supremo 11 de abril de 1985 que expresa que la “vida del *nasciturus*, es un bien, jurídico protegido por el artículo 15 de la Constitución que puede entrar en conflicto con derechos relativos y valores constitucionales, como la vida y la dignidad de la mujer”. Estos conflictos no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva, de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. “En la medida en que ninguno de estos bienes puede afirmarse con carácter absoluto, se impone su ponderación y armonización”.

a la vida de la madre y un interés jurídico protegido, el del embrión, de ahí que la dignidad, que propugna la CE., en su artículo 10, debe reconocerse en todos los supuestos.

En consecuencia, parece imprescindible plantear si el estatus del embrión es idéntico al neonato o si, por el contrario, reconocer que el embrión está vivo no implica que pueda tener el mismo estatus que el neonato.

Un paso más, en la evolución jurisprudencial, viene marcado por la “Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de Abril de 1995”, siendo Pte. Excmo. Sr. D. Hermenegildo Moyna Menguez, cuyo fundamento jurídico primero, expresa que “ciertamente el delito de lesiones, aceptando que pueda surgir de comportamientos activos o de comisión por omisión, lleva embebida la idea de alteridad –herir, golpear, o maltratar a otro, decía el texto vigente en el momento de los hechos-, y [el otro], mientras no alcance la categoría de persona (el caso de feto o embrión humano) es más objeto que sujeto pasivo del delito”; pero puede afirmarse que, en estos supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal, porque la acción -en sentido lato- se intenta y realiza sobre una persona, la madre, y el resultado –demostrada la relación causal trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento-.

Este razonamiento en el mismo plano argumentativo del recurso, tiene indudable inspiración civilista al tomar como “*punctus saliens*”, el momento en que se inicia la personalidad, situada fuera de la realidad de las cosas como evidencia el mismo texto civil que se ve forzado a tener como persona al concebido a todos los efectos favorables (artículos 29 y 30), y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica; si se añade, en armonía con los avances científicos, que el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente del útero –conforme a las técnicas más recientes- de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades o deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento, negar al embrión o al feto la condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea preterida de la “*mulieris portio*” es desconocer las realidades indicadas”.

La regulación penal anunciada, primero en el Proyecto de 1.992 y, posteriormente en el de 1994, no llenó el vacío normativo, si bien sí era posible dotar al embrión de una protección jurídico-penal de conformidad con las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 1.965, 5 de Mayo de 1.988 y 4 de Octubre de 1.990.

Este avance jurisprudencial de fecha 22 de enero de 1999, que fijó los límites del estadio fetal, determinando el concepto de persona, con el inicio del nacimiento, sin requerir el periodo de expulsión, permite castigar como delito de lesiones, un hecho acaecido el día 22 de Septiembre de 1994, dado que el Código Penal de 1973, no contenía ninguna regulación sobre el “delito de lesiones al feto”.

De manera que sí se requiriese la salida completa del naciente, las lesiones causadas durante el embarazo de la madre o, el alumbramiento son lesiones producidas al feto, mientras que, si se parte de la idea de que el nacimiento se inicia con las contracciones de la dilatación, como en esta Sentencia, las lesiones causadas en este momento, son las lesiones causadas a otra persona.²⁵²

La Sentencia de fecha 22 de enero de 1999, recoge la doctrina alemana encabezada por Lüttger, cuyo punto de partida fue el “Proceso Contergán”, así como la doctrina italiana en la que destaca Baimazagresbelski, quien expresa que habrá delito de lesiones siempre que se pueda demostrar la oportuna relación causal del resultado producido, en la persona nacida con la acción realizada sobre el feto y la consumación del delito se fijará en el momento del nacimiento. Y, esta teoría queda plasmada precisamente en el primer fundamento jurídico de la mencionada Sentencia.

Este avance jurisprudencial, contrasta, con la consideración de feto, como todo producto de la concepción, indicando la Sentencia que “la vida existe desde el momento de la concepción”, teoría biológica que debe ser matizada, pues la “Ley 53/88 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, en su Exposición de Motivos considera, que es preciso distinguir diversas fases:

252 El artículo 147 Código Penal establece: “el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.

“El preembrión: que designa al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero”.

“Embrión: es la fase del desarrollo embrionario que señala el origen o incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio, correspondiente esta fase a la conocida como embrión postimplantatorio”; y se entiende por “feto: el embrión con apariencia humana y sus órganos formados que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto”; lo que supone que el rastreo de continuidad no puede retroceder más allá del periodo en que exista una identidad definida en el aspecto espacial, con puntos de definición en el aspecto espacial, de donde podemos trazar los diferentes partes del cuerpo humano (aproximadamente el día catorce)

El hecho de que en catorce días lleguen a ser discernibles las partes del organismo que se desarrollarán en cabeza, brazos y piernas, no prueba que el concepto repentinamente llegue a ser un ser individual en esta etapa. El periodo de catorce días es tan sólo una de las muchas etapas del proceso continuo. En consecuencia, podemos manifestar que, con la anidación, la vida queda definitivamente individualizada y esa importantísima modificación biológica, supone el inicio de la protección jurídica, ya que desde ese instante, nos hallamos ante una futura persona, una vida humana potencialmente persona, pero sin olvidarnos que es necesario facilitar, el desarrollo de la investigación y por ello, en la exposición inicial nos adherimos a la teoría del plazo.

El tercer fundamento jurídico establece que “la ilicitud omisiva imprudente equivale y se corresponde con la causación de un delito, formulado en el Código Penal, en este caso, un delito de lesiones por imprudencia grave previsto en el artículo 152 del Código Penal en relación con el artículo 149 del mismo texto legal”.

Esta afirmación es consecuencia del artículo 11 que ha introducido el Código Penal de 1995 y que fija los elementos que determinan que no evitar un resultado equivale a la realización del mismo, siempre y cuando el sujeto activo se halle en posición de garante, posición que vendrá determinada por la ley, en virtud de contrato o cuando se haya creado una situación de peligro por el omitente.

Ahora bien, esta equiparación de penas entre el delito comisivo y el omisivo impropio o comisión por omisión, sólo puede fundamentarse en la “equivalencia” de sus respectivos tipos de injusto.

En consecuencia, en la Sentencia se comprueba:

- a. que el sujeto activo, en este caso, quien omite la acción tenía que responder jurídicamente del resultado generado por su posición de garante (a través del segundo fundamento jurídico).
- b. que se produjo la “equivalencia” analizada, ya que la omisión produjo un injusto penal, que se corresponde con la realización activa del tipo comisivo (a través del tercer fundamento jurídico).

Y, por último, “la Sentencia del Alto Tribunal”, examina la imprudencia profesional, en el tercer fundamento jurídico, estableciendo la diferencia, entre “la culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél, en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional propia, establecida en el artículo 565 párrafo segundo del Código Penal de 1973 y el artículo 152 apartado tercero del CP²⁵³”.

Por tanto, “la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de enero de 1999”, demuestra que la atribución penal de un delito activo basado en la omisión de impedir un determinado resultado depende, de conformidad con el artículo 11CP de:

- a. Que se produzcan las lesiones al feto, es decir, que se genere un resultado.
- b. Que el médico especialista tiene que tener los conocimientos y experiencia adecuados para adoptar los medios necesarios en la actividad que realiza, al objeto de evitar el resultado que se produce.

²⁵³ STS de fecha 8 de agosto de 1994, 8 de mayo de 1997, 16 de Diciembre de 1997, recogen la diferencia entre imprudencia o negligencia comunes cometidas por el profesional, en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional propia.

- c. La atribución penal de un hecho típico al especialista en medicina, requiere que el médico-ginecólogo, autor de las lesiones hubiera realizado una exploración a la embarazada al ingreso en el hospital, lo que hubiese impedido el sufrimiento fetal y se hubiera evitado un neonato con encefalopatía crónica, quedando, por tanto, acreditada la comisión por omisión, lo que jurídicamente supone que la omisión equivale, según el sentido de la Ley, a la causación.

El ginecólogo tiene una obligación esencial, está obligado a proporcionar a la embarazada, todos los cuidados necesarios e imprescindibles, que requiera basada en conocimientos científicos, y, en la experiencia, sin embargo, conforme expresa la mencionada Sentencia Tribunal Supremo “omitió los más elementales deberes técnicos que como profesional le competían, vulnerando la *lex artis*”. Se trata, pues, de adoptar todos los medios imprescindibles para evitar el resultado que se generó.

De tal manera, que en esta Sentencia Tribunal Supremo de fecha 22 de enero de 1999, considera que la relación embarazada-ginecólogo, estaba basada en la *lex artis*, apartándose de la posición defendida por Excmo. Sr.D. Enrique Bacigalupo Zapater que considera que la omisión de los deberes técnicos, proviene de una especial relación de confianza.

En este supuesto, el sujeto activo, al que se le supone unos conocimientos científicos en virtud del título que lo habilita, y unos conocimientos técnicos derivados de su experiencia, contraviene con su omisión en el ejercicio de la actividad médica esta presunta capacidad, bien porque faltó actualizarse adecuadamente o bien porque en origen, adolecía de determinados conocimientos o bien porque no observó la norma general de su profesión. Todo ello, conlleva a la jurisprudencia a distinguir entre la imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél, en el ejercicio de su arte y oficio y la culpa profesional propia, tipificada, en el artículo 565, párrafo segundo del Código Penal de 1973, y apartado 3º del artículo 152 del Código 1995, que constituye un tipo agravado.

La “imprudencia profesional”, descrita en los artículos anteriores, supone la vulneración de los más elementales deberes de la técnica médica que evidencia falta de capacidad y supone un “plus de culpa”, que deviene en un tipo agravado, y no una cualificación profesional del sujeto²⁵⁴

254 Sentencias de esta Sala 29-3-88, 27-5-88, 5-7-89, 1-12-89, 8-6-94, 8-5-97 y 16-12-97.

La jurisprudencia examinada es aplicable al caso estudiado porque es evidente que el médico especialista no realizó el reconocimiento ginecológico exigible, lo cual implica que nos hallamos, ante la concurrencia de la de la imprudencia profesional, puesto que, como hemos manifestado, no sólo el especialista no observó los más elementales deberes de cuidado, de tal manera, que no evitó el resultado producido, sino que además ha vulnerado la “lex artis”, porque como profesional de la medicina debió observar los deberes técnicos.

X. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Vamos a estudiar la autoría en el delito de lesiones al feto, para ello es necesario examinar, en primer lugar, la autoría y participación desde un punto de vista genérico, y después centranos en el objeto de nuestro estudio.

X.1. DOMINIO DEL HECHO

La doctrina del dominio del hecho, nace con Welzel²⁵⁵ y que ha sido desarrollada por Roxin²⁵⁶ “bajo la premisa del carácter fenomenológico de la participación”.

Así el hecho surge como una actividad que tiene su origen en la voluntad que controla el acontecimiento, pero no sólo es importante para la autonomía de la voluntad la dirección del suceso, sino también la parte objetiva que asume cada interviniente en la producción del resultado, por ello, en estos supuestos se habla del concepto restrictivo de autor, así se exige para ser autor no solo el dominio del hecho, sino que se atribuye también la responsabilidad según la participación del interviniente determinada por su contribución objetiva.

En definitiva, que la autoría no se define únicamente porque la acción produzca el resultado descrito en el tipo penal, sino que se construye desde un plano objetivo y subjetivo, exigiendo para imputar un hecho al autor, que además de su participación objetiva en el hecho debe compartir el dominio del curso.

El concepto de autor como afirma Jescheck²⁵⁷ “no puede limitarse como la teoría objetiva formal pretendía a la realización de la acción típica en el sentido estricto literal. La interpretación de los tipos revela, más bien, que la descripción de la acción, cuando el resultado se produce por la actuación conjunta de varios, ha de entenderse de un modo material que flexibilice el sentido literal”.

²⁵⁵ Welzel, *Lehrbuch...*, cit., p. 55.

²⁵⁶ Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General* (Traducción: Luzón Peña, Diego Manuel, Díaz y García Conlledo, Miguel, De Vicente Remesa, Javier), Madrid 1997, Tomo II, 2ª edición alemana p.1036.

²⁵⁷ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de...*, cit., p. 593.

Todo ello implica que quien domina el hecho o lo comparte será responsable penalmente, aunque no haya realizado la acción típica desde un punto de vista formal. Esto supone, que no sólo es autor, quien ejecuta el hecho con sus propias manos, sino también causa y domina el hecho que produce el resultado.

En definitiva, la teoría restrictiva de autor, se construye con un tipo objetivo y un tipo subjetivo, el primero comprende el dominio objetivo del hecho y el segundo se basa en la voluntad de dominar el hecho, y, estos dos elementos objetivo y subjetivo constituyen la teoría del dominio del hecho.

Posteriormente se elabora un “concepto funcional” de autoría, que exige para determinar la responsabilidad penal, además de los dos requisitos estudiados, la competencia que desempeñen los diferentes partícipes de un delito.

Esta nueva corriente doctrinal, pretende a juicio de López Barja de Quiroga²⁵⁸ “solucionar desde otra perspectiva los problemas planteados por la autoría y dentro de ésta, también la problemática que suscitan las actuaciones en el ámbito empresarial “.

De ahí que para distinguir entre autor y partícipe en un hecho en que intervienen conjuntamente diferentes personas sea necesario saber la función o competencias que desempeñan autores y partícipes, y, este es el punto de partida de Jakobs²⁵⁹.

Ahora bien para la determinación de estas funciones debe de realizarse de acuerdo con dos modelos:

- a. “el modelo de los delitos de infracción de deber, y
- b. el modelo de los delitos de dominio”.

258 López Barja de Quiroga, Jacobo, *Autoría y Participación*. Madrid 1996. 1ª edición, p.30

259 Jakobs, Günther, *Derecho Penal*..., cit., p. 740.

- a. Así cuando la función atribuida al autor vulnera deberes protegidos por instituciones y que afectan a los titulares de un determinado estatus nos hallamos ante delitos de infracción de deber.
- b. Sí la competencia en lugar de estar vinculado a deberes especiales, viene determinada por la pertenencia a una organización, en lugar de estar vinculado a deberes especiales, nos hallamos ante una autoría en la que lo importante es la organización decisiva, y es lo que denominamos delitos de dominio.

Además, este autor, distingue entre “el dominio del hecho formal (mediante la realización de la acción típica), el dominio del hecho material (como dominio de la decisión), es decir, dominando el hecho mediante la decisión de sí se realiza o no el hecho y, el dominio del hecho material (como dominio de la configuración), es decir, dominando el hecho mediante la configuración del hecho”.

Por lo tanto, hay que diferenciar cuando se trata de un autor único o cuando intervienen diferentes personas, en el primer caso, el autor decide sí quiere realizar el hecho y sí lo va a ejecutar, lo que implica el dominio de la decisión, junto a este dominio del hecho, existe el dominio de la configuración, que supone el control de las acciones anteriores. En conclusión, estos dos tipos de dominio concurren en un solo autor.

En el segundo caso, cuando intervienen varias personas, cada uno, tiene la posibilidad de tomar parte, distribuyéndose los elementos en parte iguales, en los tres ámbitos de dominio. De tal manera que cada uno controlará sí se hace y se ejecuta el hecho punible. Pero también existe la posibilidad de dividir el dominio del hecho, es el supuesto de un robo con fuerza en las cosas en que uno sólo planea el robo, es decir, lo configura, y otros penetran en la casa y sustraen las joyas, es decir, lo deciden y ejecutan.

De tal forma que siempre que el autor domine formalmente el hecho, podrá dominar la decisión, hay que tener en cuenta, que también el instrumento es autor, porque tiene el dominio de la acción y además en la autoría mediata se deduce la realización del tipo.

Afirma Jakobs²⁶⁰ “que a las múltiples variantes que se derivan de las posibilidades de dominio y división de trabajo no pueden darles solución a fórmulas que se orientan a modelos únicos”.

La atribución de la responsabilidad por el hecho, cuando existe dominio del hecho típico, bien, porque se decide la comisión del hecho, bien, porque se configura ese hecho o porque se decide realizar un hecho, es lo que define la autoría.

En definitiva, la plena responsabilidad²⁶¹ queda acreditada, cuando existe una distribución de distintos dominios que determinan la organización para la realización del hecho típico.

Una vez que hemos analizado la diferencia entre autor y partícipe, pasamos a centrarnos en la autoría en el delito de lesiones al feto, objeto de nuestro estudio.

X.2. AUTORIA EN EL DELITO DE LESIONES AL FETO

En este delito, la conducta típica requiere la exteriorización externa (objetiva) de la voluntad (acción en sentido estricto) y el resultado, lo que trae consigo que, el dolo ha de abarcar también el resultado. Y, el tipo doloso queda regulado en el art.157 del Código Penal. El delito culposo, vinculando su estructura a la punición expresa, tiene su acogida en el artículo 158 bajo la modalidad de imprudencia grave.

X.2.1. Punto de vista legal

Los tipos de “lesiones al feto de los artículos 157 y 158 del CP.,” no contienen ninguna condición especial de autoría. En el tipo doloso de lesiones al feto, el autor del delito puede ser cualquier tercero, si atendemos a su redacción, no obstante, en la práctica se presentan como tipos especiales, ya que, casi todos los supuestos, se realizarán por profesionales del ámbito sanitario, sobre todo, en los casos de lesiones imprudentes, especialidad que se ve confirmada en el tipo doloso con la pena aplicada: “pena privativa de libertad e inhabilitación especial para ejercer cualquier

²⁶⁰ Jakobs, Gunther, *Derecho Penal...*, cit., p.742.

²⁶¹ En la actualidad nuestro Tribunal Supremo, ha abandonado la teoría del “acuerdo previo”, y resuelve los problemas de autoría en base a la teoría del dominio del hecho (STS de fecha 18-9-95, 30-9-95, 14-6-95, 12-7-95, 2-2-96, 12-2-96, 7-3-96, 20-2-96, 25-3-96, 16-4-96, 14-5-96, 12-7-96).

profesión sanitaria”. A pesar de esta realidad, parece acertado que los tipos se hayan construido como tipos no especiales, sobre todo respecto a la figura dolosa, pues la mayoría de estas conductas representan, según indica López Garrido y García Arán²⁶² “intentos fallidos de aborto y que como es obvio, no necesariamente son provocados por profesionales”.

Actualmente existen enfermedades y malformaciones con las que pueden nacer los seres humanos y, en determinados supuestos, es difícil atribuirlos a un comportamiento doloso, a pesar de las técnicas de radiodiagnóstico y, a juicio de, Muñoz Conde²⁶³, “una tarea difícil, puesto que muchas dificultades probatorias se acrecientan también, porque en el tipo subjetivo, la forma de más frecuente comisión es la imprudente, es decir, la prevista en el artículo 158 CP, de cuya punibilidad se excluye expresamente a la embarazada, aunque en este terreno, la propia forma de vida de la embarazada, el cuidado que observe en seguir las indicaciones y consejos médicos durante el embarazo(no fumar, no practicar deportes violentos, no tomar alcohol o determinados medicamentos etc.) pueden provocar también algún tipo de lesiones al feto, cuando no el aborto”.

La vulneración de los más elementales deberes de cuidado que puede calificarse como delito de lesiones imprudente tipificado en el art.158CP., y que castiga en la mayoría de los supuestos a los profesionales médicos especialistas, bien porque el diagnóstico no fue fiable, por la existencia de medicamentos prescritos o por ser teratogénicos, ya, por intervención en el feto o en el embrión, sin haber procedido previamente a la práctica del llamado “cribado genético”, aunque no puede descartarse que se incluya en el tipo, otras actividades como malos tratos o cuando existe un tercero responsable que debe cuidar de la mujer y no obstante, olvida prestar los cuidados más elementales.

Como observamos, existen diferentes circunstancias, unas debidas a actividades humanas imprudentes y otras, consecuencia de las leyes de la naturaleza, que pueden producir la conducta típica descrita en los art.157 y 158del Código Penal, lo que implica que, entre acción y resultado, haya que establecer las normas que explican la causalidad y la imputación objetiva, para determinar la acción con relevancia penal.

262 López Garrido, Diego, y García Arán Mercedes, *Comentarios al Código Penal...*, cit., p. 124

263 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal...*, cit., p. 125.

El párrafo primero del artículo 158 CP, recoge el tipo básico del “delito de lesiones al feto”, generadas por imprudencia grave, cuando la conducta crea un elevado peligro incontrolable o insuficientemente controlado, al no emplear ninguna o escasa medidas de control, lo que se traduce en la vulneración de los deberes de cuidado más básicos.

La comisión dolosa, queda regulada en el art.157 del mismo texto legal, y en este supuesto como hemos indicado, es más difícil acreditar la relación de causalidad, a partir de la finalidad del autor, y, las malformaciones en el feto que pueden generarse se producen como consecuencia de actividades experimentales o, también, aunque más raramente, con finalidad genocida.

Las lesiones causadas en el embrión o feto producto de actuaciones ajenas a la *lex artis*, tienen su origen en el “Proceso Contergán”, en el que un laboratorio alemán fabricó y expendió un medicamento denominado “Contergán” o más conocido como “talidomida”, que fue prescrito a mujeres gestantes como antiemético y sedante, dando lugar al nacimiento de 3.000 niños con deformaciones en los miembros e incluso provocando la muerte de algunos de ellos. En el juicio ante el Tribunal de Aquisgrán se planteó el problema de si la talidomida, era apta, para causar trastornos nerviosos y deformaciones.

El Tribunal se convenció de que estaba probada la causalidad del producto respecto a las deformaciones congénitas y enfermedades que surgían con posterioridad al nacimiento.

Flores Mendoza²⁶⁴ “estima que al no existir el tipo lesiones al feto da lugar, esta conducta a la impunidad y, que la impunidad de estas conductas responde al carácter residual de la protección jurídica del feto y al principio político-criminal de limitación de punición de comportamientos imprudentes a los casos cuya gravedad lo merezca”.

Por las lesiones imprudentes que la mujer embarazada pudiera ocasionar al feto durante el embarazo, el CP en su artículo 158.1, parece incluir una causa de compensación de la culpabilidad, de tal forma que esta mujer queda exenta de responsabilidad. Según Peris Riera²⁶⁵ “los deberes de

264 Flores Mendoza, Fátima, “El Delito de Lesiones al Feto”..., cit., p. 183 y 184.

265 Peris Riera, Jaime Miguel, La Regulación Penal... cit., p.166.

cuidado de este tipo, no deben ser exigidos a la madre, porque un deber de diligencia penalmente impuesto sobre el transcurso del embarazo no encuentra justificación político-criminal”.

Latorre Latorre²⁶⁶ indica, que la impunidad de la conducta culposa de la mujer embarazada, y la no punibilidad de las lesiones al feto que lleva en su seno, responde a diferentes razones:

“Por que la estrecha vinculación entre la madre y el feto dificulta criminalizar conductas de descuido o de ausencia de previsión

Porque la ausencia de diligencia debida supone un plus de carga para la madre a la vista de los resultados causados, que desde la perspectiva retributiva supone una doble sanción ya que se estigmatiza a la madre porque se le criminaliza y porque el resultado de su crimen, las malformaciones de su hijo, las tienen expuestas y las padece permanentemente”.

Dado que se castiga el hecho culposo, pero se excepciona para la embarazada, la impunidad del hecho culposo, cabe reconducirla a una exención de la pena.

Y esta causa personal de exclusión de pena, supone que no exige unos especiales deberes de cuidado a la mujer gestante, sino que la responsabilidad y en consecuencia, la punibilidad se exigirá a un tercero ajeno a la mujer embarazada, sobre el que recaen los deberes de cuidado.

Además, estos deberes más elementales de cuidado obviamente, no se exigen a la mujer gestante durante el embarazo porque no tendrían justificación político-criminal.

El artículo 158 en su párrafo segundo regula un tipo agravado de lesiones al feto producidas por imprudencia profesional grave, que se puede identificar como la impericia o negligencia profesional del derogado CP.

Se trata de un tipo agravado en atención al autor de la conducta; de esta forma se considera que la imprudencia del profesional correspondiente tiene, mayor disvalor que, la imprudencia grave

²⁶⁶ Latorre Latorre, Virgilio, *Derecho Penal...*, cit., p. 202 y 203.

cometida por un tercero no profesional, prueba de ello es que “la pena de privación de libertad se le añade el de privación de derechos –arresto de siete a veinticuatro fines de semana e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo seis meses a dos años”, pena vigente hasta el día 30/9/2004, siendo actualmente la pena de de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, de seis meses a dos años.

Precisamente en atención a esta inhabilitación especial presente en la pena no limitada a la profesión sanitaria como sucede en el tipo doloso, López Garrido y García Arán²⁶⁷ consideran que el tipo abarcaría junto a los casos de imprudencia grave de profesionales sanitarios supuestos como “el del empresario o encargado de un centro de trabajo que provoca lesiones al feto al someter a la mujer a condiciones laborales que conlleven dicho riesgo, siempre que se den los requisitos de imprudencia grave”.

Peris Riera²⁶⁸ manifiesta que, “un diagnóstico prenatal, tan conveniente, como necesario en algunos casos, puede efectuarse sin ponderar en absoluto los riesgos y ventajas y sin adecuar la actuación a la *lex artis* y esto da lugar a sanción penal, castigando como autor al médico responsable o al equipo médico responsable”.

El ámbito normal de cobertura para las lesiones producidas sobre el feto o a consecuencia de las distintas prácticas de manipulación genética será el artículo 158, ya que lo frecuente en el área de actuaciones biomédicas, no será buscar ese resultado dolosamente sino llegar a él por imprudencia grave. Piénsese, por ejemplo, en las múltiples posibilidades que ha abierto la tecnología genética en las intervenciones intrauterinas a niveles terapéuticos o diagnósticos. Se presentará como más común la actuación regida por estos fines, pero incluso, así se puede faltar gravemente a la observancia de la diligencia debida. Un diagnóstico prenatal, tan conveniente, como necesario en algunos casos, puede efectuarse sin ponderar en absoluto los riesgos y ventajas y sin adecuar la actuación a la *lex artis* y esto da lugar a sanción penal, castigando como autor al médico responsable o al equipo médico responsable.

267 López Garrido, Diego y García Arán, Mercedes, *Comentarios al Código Penal...*, cit., p. 125

268 Peris Riera, Jaime Miguel, *La Regulación Penal...*, cit., p. 166

Landecho Velasco y Molina Blázquez²⁶⁹ afirman que autor puede ser cualquiera sin necesidad de parentesco ni agravación por el mismo. Tampoco es necesario que se trate de un miembro del personal sanitario, a pesar de la inhabilitación especial para el caso de que pertenezca al mismo.

Serrano Gómez²⁷⁰ manifiesta “que autor puede ser cualquier persona”, aunque para la realización de actividades médicas sea preciso tener conocimientos especializados sin embargo la ley no lo indica, y, en consecuencia, no nos hallamos ante un delito especial.

En el artículo 158 CP, la conducta va referida a la actuación de un tercero ajeno a la madre, generalmente el médico, excluyéndose expresamente el tipo imprudente a la gestante, dado que el deber de diligencia, que en este caso deben fundamentar el injusto no es exigible a la madre, entre otros motivos porque los deberes de cuidado penalmente exigibles durante el embarazo, no encuentra base político-criminal.

La exclusión de la condición de la autora de la madre, podría contemplarse como un problema de compensación de culpas, puesto que no responderá legalmente por los hechos imprudentes, pero, sin embargo, las malformaciones de su hijo, las tiene expuestas y las padece permanentemente.

X.2.2. Supuestos Específicos: vía civil

Un caso que tenemos que analizar es el error en el diagnóstico prenatal distinguiendo, dentro del mismo, dos supuestos:

Supuesto en que el niño nace con graves taras, debido a que el médico especialista cuando emite el informe sobre el diagnóstico realizado, no observa las malformaciones del feto y, en consecuencia, la gestante no recibe la información adecuada para acogerse a las indicaciones adecuadas o en los plazos estipulados y así optar por interrumpir el embarazo. Además, aunque no haya error en el diagnóstico, existe también la posibilidad de contraer esta responsabilidad, por parte del especialista médico, cuando no comunica el diagnóstico en su debida forma a los progenitores.

²⁶⁹ Landecho Velasco, Carlos M. y Molina Blázquez, Concepción, *Derecho Penal...*, cit., p. 84.

²⁷⁰ Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 2021, 6ª edición, p.148

En este caso, no se trata de un diagnóstico equivocado, sino que no se realizó diagnóstico alguno, porque el médico especialista no lo aconsejó a los padres.

Estas últimas hipótesis son las que han dado lugar a las acciones en el campo del Derecho Civil denominadas *wrongful birth* y *wrongful life*. Nota común de ambos tipos de acciones es que plantean cuestiones complejas de índole jurídica no imaginables hasta este momento o difícilmente susceptibles de haberse planteado hasta ahora y que analizaremos en el apartado denominado “Responsabilidad Civil”.

X.3. LA AUTORIA MEDIATA

X.3.1. Punto de vista general

¿Cuándo nos hallamos ante un supuesto de autoría mediata?

La denominada autoría mediata se produce cuando quien ejecuta un hecho y quien domina el hecho son personas diferentes, de tal manera, que el tipo es realizado por una persona utilizada por otro, el primero denominada instrumento es quien ejecuta el tipo, y el segundo es quien domina el hecho.

Además, es necesario que estos supuestos de autoría reúnan los elementos esenciales, entre ellos, la realización por sí mismo de la acción cuando se trata de delitos de propia mano, los elementos objetivos, es decir, la infracción de deber en los delitos especiales y en tercer lugar los elementos subjetivos, cuál es, el ánimo de lucro.

También, puede matizarse, que no surge autoría mediata en los siguientes casos:

A) En los delitos de propia mano.

B) En los delitos imprudentes.

C) Cuando el instrumento actúa de forma dolosa y siendo plenamente responsable.

X.3.2. Punto de vista concreto

A título particular, en el delito de lesiones al feto, la autoría mediata, según Gracia Martín²⁷¹, “tendrá lugar en el caso de que un médico, quiera causar lesiones o enfermedades típicas al feto, y, prescriba a la embarazada, que nada sabe, y, por lo tanto, será utilizada por aquél como instrumento, un medicamento idóneo para producir dicho resultado”. Asimismo, la enfermera que es utilizada como instrumento no doloso, cuando es engañada por el médico que ejecuta un tratamiento incorrecto causante de las lesiones.

Dado que las lesiones al feto, sólo pueden ser realizadas mediante una intervención a través del cuerpo de la embarazada, lo frecuente será que ésta experimente algún peligro para su integridad y su salud e incluso para su vida. En este supuesto, nos encontramos con un concurso ideal ya que una sola acción produce dos resultados por un lado las lesiones en el feto y por otro el homicidio de la madre, o las lesiones al feto y las lesiones originadas a la madre bien de forma dolosa o bien de forma imprudente.

El delito de lesiones al feto podrá entrar en otras relaciones de concurso, que según se desarrolle el suceso podrán ser de tipo real, ideal o medial con otros delitos, en que la madre sea sujeto pasivo, como por ejemplo, con coacciones, detenciones, amenazas, si se ha utilizado violencia, intimidación o privación de libertad, para luego realizar lesiones fetales, con agresión sexual, si por ejemplo el autor ha realizado ese delito sobre la embarazada, con el fin de transmitir al feto a través de ella una enfermedad contagiosa; y, por citar una posible hipótesis concursal más, con los delitos de violencia de género o malos tratos, si la agresión al feto a través de la madre supone además con respecto a ésta un trato degradante. Los distintos supuestos de concurso que pueden plantearse en relación con este delito no son siempre fáciles de resolver, pero el estudio de los mismos, lo realizaremos de forma detallada, en el siguiente capítulo de nuestra tesis.

Es importante estudiar la fundamentación de soluciones dogmáticas en el caso de los concursos que, en el “delito de lesiones al feto”, pueden presentarse en concurso de leyes o delitos con otras figuras típicas.

²⁷¹ Gracia Martín, Luis, *Comentarios al Código...*, cit., p. 139

XI. CONCURSO EN EL DELITO DE LESIONES AL FETO

El delito de lesiones al feto, sólo puede ser realizado mediante una intervención a través del cuerpo de la embarazada, por ello obviamente, la madre necesariamente, sufre un peligro para su integridad y salud, incluso su vida y que en algún caso se realice dicho peligro en el resultado de muerte o lesiones a la embarazada.

Más compleja es la fundamentación de los concursos en el supuesto que se genera entre el delito de lesiones al feto y el delito de homicidio, y el delito de lesiones al feto y el delito de lesiones dolosas o imprudentes generadas a la persona nacida, es decir, a la mujer gestante.

Las dificultades para resolver esta hipótesis surgen del hecho de que por un lado “la vida y la integridad física y la salud”, son bienes jurídicos estrechamente vinculados, pues entre ellos existe una relación funcional de tales características que para la realización de una muerte, es preciso atravesar por la integridad física y la salud y al contrario los ataques a ésta pueden conllevar según cual sea su identidad un peligro para la vida y estas relaciones sobre bienes jurídicos, se dan igualmente tanto en la persona nacida como en el ser con vida independiente.

Ahora bien, en este último supuesto la cuestión se complica porque “la vida humana y la salud personales”, son bienes jurídicos que se apoyan en un sustrato material en constante desarrollo y evolución que atraviesa diversas etapas determinantes cada una de ellas de una modificación de la valoración jurídica. Y, como los tipos delictivos orientados a la tutela de estos bienes jurídicos se estructuran como tipos de resultado material externo, siendo éste un efecto separable espacial y temporalmente de la acción, se plantea la hipótesis consistente en que mientras la acción se ha realizado en un momento en que el objeto material tenía la cualidad de dependiente, ya que sí se producen las lesiones en el feto, y sin embargo, el resultado, se produce en el neonato, y quizás cuando la persona no sólo tiene vida independiente sino que han podido transcurrir veinte años desde su nacimiento.

Desde el punto de vista jurídico penal, no encontramos con dos momentos diferenciados, por un lado la acción se produce en el feto, dando lugar a un delito de aborto o de lesiones al feto y

por otro lado el resultado acaece en el ser nacido, resultado material que puede ser la muerte y lesiones al ya nacido, que obstaculiza la aplicación de los tipos legales.

Pero ningún problema debería plantear la hipótesis en que el sujeto activo realiza una acción dolosa de lesiones al feto y el resultado se produzca cuando aquél sea ya una persona nacida. Mientras no se produzca el resultado, el hecho estará sin duda, en grado de tentativa. La consumación tendrá lugar cuando se produzca el resultado. Sin embargo, el hecho de que éste tenga lugar y se realice definitivamente en un objeto material distinto a aquél sobre el que recayó la acción no determina jurídicamente ninguna incongruencia valorativa entre la acción y el resultado, ya que el fin de la tutela penal de la “integridad física y la salud psíquica del feto”, es uno de contenido diferido precisamente al desarrollo posterior al mismo, en consecuencia en estos supuestos, sea que el resultado se produzca ya cuando el feto se encuentra todavía en el interior del útero materno, sea cuando ya es persona nacida se habrá realizado en cualquier caso un delito de lesiones al feto consumado.

Gracia Martín²⁷² manifiesta que “si el autor quiere producir sólo lesiones al feto, pero causa un aborto, nos hallamos ante un concurso ideal entre lesiones dolosas en grado de tentativa y aborto por imprudencia”. “Si el autor quiere causar lesiones dolosas al feto con dolo directo de primer o segundo grado, pero actúa a la vez con dolo eventual, con respecto a un aborto previsto por él como posible, debe apreciarse también un concurso ideal entre lesiones dolosas al feto en grado de tentativa y aborto doloso consumado”, pues ninguno de los dos tipos por sí solo, es capaz de desvalorar la totalidad de las circunstancias fácticas concurrentes en el hecho y penalmente relevantes: “el tipo de las lesiones al feto en grado de tentativa” no desvalora ni resultaría reflejado en la consecuencia jurídica el hecho constitutivo del desvalor de la acción de aborto el dolo eventual de la muerte del feto, el tipo de aborto consumado de dolo eventual, no puede desvalorar el dolo directo de lesiones, esto es, la voluntad del autor de que el feto tuviera que cargar durante toda la vida como persona nacida con las limitaciones y sufrimientos propios del padecimiento de un grave menoscabo de su integridad y salud personales.

Este autor señala que” ese resultado de menoscabo de la integridad corporal y la salud, carece de autonomía y no puede ser nunca un objeto de valoración independiente del resultado de muerte,

²⁷² Gracia Martín, Luis, *Comentarios...*, cit., p. 642.

únicamente en razón de su transitoriedad necesaria para la producción de aquél, ello se puede comprender, si se repara en que la producción de la muerte es un hecho obstativo absolutamente a que a partir del momento en que aquélla se produce, tenga la existencia la situación vital limitada en que se ve siempre la persona que padezca menoscabos en su integridad y salud”.

El que actúa con dolo de matar se habrá representado sin duda la posibilidad de fallar en el intento, y a la vez de dejar lesionada a la víctima con una mayor o menor gravedad; es decir, actuará a la vez también con dolo eventual de lesionar.

Ahora bien, el contenido de ese dolo eventual de lesionar, no está comprendido a la vez, pues son incompatibles y se excluyen el dolo de matar, porque este dolo excluye la causación de un menoscabo duradero de la salud, que es lo que constituye precisamente el objeto del dolo eventual de lesiones y lo que constituye además externamente una unidad valorativa independiente concretamente la que corresponde a los tipos de lesiones.

Pero el supuesto realmente problemático, es aquél en que el sujeto activo quiere producir un aborto y no produce el resultado típico de este delito, sino que el feto queda vivo, pero “con graves lesiones o con una enfermedad o tara de las constitutivas del resultado típico del delito de lesiones al feto”. En estos supuestos, nos hallamos como afirma Gracia Martín²⁷³ “ante la aplicación de los criterios de relación entre el dolo de matar y el dolo de lesionar, sólo que referidos en este caso al feto. Como sucede en el caso de la relación entre el dolo del homicidio y el de las lesiones, también aquí, debe estimarse que el dolo de matar al feto (dolo del aborto) comprende el dolo de las lesiones al feto, hallándonos ante un concurso de leyes”.

Partiendo de esta premisa Lorenzo Copello²⁷⁴ entiende que la solución que se da a la hipótesis, “es la del concurso de leyes”, optando por el “criterio de la aplicación del hecho más gravemente penado”. Dado que, en unos casos, tipo básico de aborto doloso en comparación con lesiones dolosas al feto, ya que la pena de las lesiones es superior que, en otros, aborto imprudente en comparación con lesiones imprudentes al feto es superior la pena del aborto.

273 Gracia Martín, Luis, *Comentarios...*, cit., p. 642

274 Lorenzo Copello, Patricia, *El aborto no punible*, Barcelona 1990, 1ª edición, p. 78.

Rodríguez Devesa²⁷⁵ y Serrano Gómez²⁷⁶ consideran que “el dolo de matar abarca el dolo de lesionar, pero el primero no es con respecto al segundo un *plus* sino un *aliud*. El que –quiere matar a otro, aquí el que quiere destruir la vida del feto- es cierto que también quiere lesionarle, es decir, afectar de algún modo a su anatomía y a su organismo, pues es imposible matar sin que la acción produzca en el cuerpo de la víctima un efecto de menoscabo transitoria”.

Flores Mendoza²⁷⁷ manifiesta “que el delito de lesiones al feto, puede presentarse en concurso de leyes o delitos con otras figuras típicas. Afirma que la conducta lesiva puede suponer al mismo tiempo lesiones al feto y a la mujer embarazada, estando entonces ante un concurso ideal de delitos en el que un solo hecho constituye dos o más infracciones y a resolver según lo dispuesto en el artículo 77CP”.

Muñoz Conde²⁷⁸ manifiesta que “en la hipótesis que concurra las lesiones al feto con el delito de aborto, el aborto consumiría el desvalor presente en la conducta lesiva tan sólo para la salud o integridad del feto”.

A mi juicio, a la hora de calificar, hay que fijarse en que el dolo característico del delito de aborto incluye el dolo de lesionar al feto, por ello, cuando se produce la destrucción del feto, nos hallamos ante un concurso de leyes, que se resuelve por el principio de consunción de conformidad con el artículo 8.3 CP, a favor del primero.

El problema se plantea cuando el tipo de lesiones al feto sea el resultado de una conducta tendente a conseguir la destrucción del feto esto es, una tentativa de aborto. En estos casos, observamos que se quería producir un aborto doloso, y se genera un aborto en grado de tentativa y el resultado, es un delito de lesiones dolosas consumado, por lo tanto, en el momento de calificar nos hallamos ante cabría aplicar un concurso de leyes, sí al menos, concurre dolo eventual respecto de éstas, en caso contrario, la tentativa de aborto doloso tendría que entrar en concurso con lesiones culposas consumadas, que se resolvería a través del principio de alternatividad.

275 Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez Alfonso, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 1998, 18ª edición, p.1107

276 Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho Penal, ...cit.*, p. 121.

277 Flores Mendoza, Fátima, “El delito de lesiones...”, cit. p. 191.

278 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal...*, cit., p. 123 y 124.

Flores Mendoza²⁷⁹, indica que “este segundo supuesto se resolvería, a través de un concurso ideal, puesto que cubre más adecuadamente el desvalor del hecho, porque ni el aborto doloso no cubre el desvalor del resultado, las lesiones graves que incluso pueden ser permanentes, ni las lesiones dolosas consumadas el desvalor de la acción el conocimiento y voluntad de destruir el feto”.

Con la aplicación del concurso ideal permitiría acoger en la pena el mayor desvalor de un aborto no consumado que produce graves lesiones en el feto frente a aquél otro, que no lesiona gravemente la integridad del feto.

Esta autora manifiesta que “la provocación de una grave tara física o psíquica no puede incluir el resultado de muerte y la causación de una lesión o enfermedad en el feto que perjudique gravemente su normal desarrollo, aunque constituye una fórmula más abierta tampoco parece abarcar el resultado “.

López Barja de Quiroga y Granados Pérez²⁸⁰, afirman que “el delito de lesiones puede entrar en concurso con el delito de aborto y en este caso nos hallamos ante un concurso de normas, en el que el tipo de aborto consumiría al de lesiones al feto”.

Otros autores, consideran que cuando la muerte se produce en el seno materno cabría hablar de un delito de aborto doloso, si el autor tenía así menos dolo eventual respecto al resultado de muerte. En cambio, sí el autor no contaba con la muerte de aquél, habría un concurso ideal entre lesiones dolosas y aborto imprudente a resolver por el artículo 77 CP.

Sin embargo, en algunos casos, puede verse dificultada la determinación de la gravedad de las lesiones provocadas al feto como consecuencia del resultado de muerte, de ahí que en caso de duda y de acuerdo con el principio “*in dubio pro reo*”, las lesiones ocasionadas al feto deben ser calificadas de leves y por tanto impunes.

279 Flores Mendoza, Fátima, “El delito de...”, cit., p. 193.

280 López Barja de Quiroga, Jacobo, Granados Pérez, Carlos, *Contestaciones al programa de Derecho Penal, Parte Especial, para acceso a la Carrera Judicial y Fiscal*, Valencia 2011, 5ª edición, p.62.

Si la destrucción del feto a consecuencia de las lesiones fetales se produce tras el nacimiento, cabrían dos soluciones: “Si se sigue el concepto de aborto propuesto por Farre Trepats²⁸¹, la conducta se castigaría por un aborto consumado doloso si la destrucción del feto se produce como consecuencia de la intervención prenatal y supone la realización del peligro creado con la misma”.

Si en cambio, seguimos el concepto de aborto que defiende la mayoría de la doctrina, es decir, que el aborto supone la destrucción del feto intrauterino o del extrauterino por falta de viabilidad o madurez, entonces nos hallamos un concurso ideal de delitos entre lesiones consumadas y aborto en grado de tentativa, si el autor tiene dolo eventual respecto del resultado de muerte o cabe también la calificación de un concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad. Si en el autor no concurre dolo eventual, respecto del resultado posterior de muerte, entonces la calificación podría corresponder a un concurso ideal de delitos entre lesiones dolosas y aborto imprudente siguiendo el concepto de aborto, propuesto por Farré Trepats o de forma alternativa, un delito de lesiones dolosas si atendemos al concepto tradicional de aborto.

Manifiesta Flores Mendoza²⁸² que si “la conducta se realiza de forma imprudente dando lugar a la muerte del feto se habría de castigar la conducta por un delito de aborto imprudente siempre que la imprudencia fuese grave, de acuerdo con el artículo 146 CP. Si por el contrario, la muerte se produce tras el nacimiento nuevamente cabe la disyuntiva entre castigar el comportamiento por aborto imprudente según el concepto amplio de aborto o por un delito imprudente de lesiones según el concepto restringido de aborto que nuevamente no cubriría el desvalor del resultado”.

El delito de manipulación genética del artículo 159 CP., también puede entrar en concurso con el delito objeto de estudio, bien porque las malformaciones del feto sean el resultado de aquélla, bien porque se utilice la manipulación génica como medio empleado para llegar a éstas más improbable.

Ahora bien dado que los bienes jurídicos tutelados son distintos puesto que en las manipulaciones se protege la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico

281 Farre Trepats, Enrique, en “El delito de ...”, cit., p.340.

282 Flores Mendoza, Fátima, “El delito de...”, cit., p.862.

y en las malformaciones se tutela la integridad física y psíquica del *nasciturus es* por lo que González Cussac²⁸³ expone “resolver estos conflictos por un concurso ideal de delitos”.

Para Romeo Casabona²⁸⁴ nos hallaríamos ante un “concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad”.

Flores Mendoza²⁸⁵ manifiesta que “la solución más correcta sería la aplicación de un concurso ideal entre ambas figuras puesto que se protegen bienes jurídicos diferentes, de lo contrario se equipararía el desvalor del hecho una manipulación genética típica que provocase graves lesiones a otra que no lo hiciese”.

De manera, que no cabrá concurso ideal, si la manipulación genética que produce la lesión tiene finalidad terapéutica, pero resultado ineficaz, en este supuesto la calificación será lesiones al feto, cometido de forma imprudente, si se cumple el tipo del artículo 158CP. De igual forma, si la manipulación consistiese en alguna mejora o perfección genotípica, aún no posible, que en principio no suponga ningún perjuicio grave para el “normal desarrollo del feto o una grave tara en su integridad física o psíquica”, se debería calificar únicamente el delito de manipulación genética.

Muñoz Conde²⁸⁶ indica “que en la hipótesis de que concurra el delito de lesiones al feto con el delito de manipulación genética y las manipulaciones ilícitas que alteran el genotipo, inflingen además unas lesiones al feto, nos encontramos ante una hipótesis de concurso normalmente ideal de delitos, en el caso de que la alteración del genotipo se concrete o aflore precisamente en la lesión típica, la solución probablemente será idéntica, porque a pesar de la progresión de la carga lesiva de la conducta cuando menos en sentido biológico resultarían afectados dos bienes jurídicos diferentes el derecho a la intangibilidad e inalterabilidad del patrimonio genético y el derecho a la salud e integridad del embrión o feto”.

283 González Cussac, José Luis y otros, *Derecho Penal...cit.*, p.812

284 Romeo Casabona, Carlos María, *Del Gen al Derecho.Sobre las implicaciones Jurídicas del conocimiento e intervención en el genoma humano*, La Laguna-Bilbao, 1996(prensa)

285 Flores Mendoza, Fátima, “El delito de...”, cit., p.862.

286 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal...*, cit., P. 123.

Considero que siempre que concurra el “delito de lesiones al feto” con el delito de manipulación genética, resultarán afectados dos bienes jurídicos distintos, por un lado, el derecho de salud del feto y por otro lado el derecho, a la inalterabilidad del patrimonio genética, (herencia genética), por lo tanto, son bienes jurídicos claramente diferenciados y, en consecuencia, se tratará de un concurso ideal de delitos a resolver por el art.77CP.

El “Caso Contergán”, dió lugar a un importante análisis que llevó a la evolución de las antiguas figuras delictivas, de hecho, se tuvo que definir, en qué consiste lesionar a otro, qué diferencia existe entre el aborto y el homicidio, es preciso delimitar, como hemos expuesto el concepto de feto, siendo esencial desde una vertiente jurídica, un hecho biológico, cuál es el nacimiento, puesto que determina el paso de feto a persona, que desde una vertiente civilista estaba determinado, pero no así, desde el campo penal, por ello, estudiamos el paso de feto a persona, ya que si la acción se produce sobre el feto, la responsabilidad criminal será a título de aborto, aunque la muerte se produzca después del nacimiento, ahora bien si la agresión, es decir, la acción se produce sobre la persona, nos hallamos ante la figura delictiva de homicidio, y ello aunque la acción se hubiese iniciado antes de nacer la persona. De esta forma, quedan delimitadas las figuras de aborto y homicidio.

En estos delitos, la acción supone una agresión, dando lugar a un perjuicio de la salud o de la integridad corporal y además conlleva la muerte como resultado, entre estos dos resultados se interpone el nacimiento, que determina desde el inicio de las labores *parturientum*, que nos hallamos ante una persona.

Ahora bien, en el delito de lesiones, podemos manifestar que acción y resultado coinciden, ya que no existen dos momentos diferenciados (acción y resultado), porque en el momento que se agrede, es decir, cuando se realiza la acción, también se produce el resultado. Por ello, se hace imprescindible diferenciar la estructura del delito de lesiones por un lado y por otro lado, la configuración tanto de los delitos de aborto como de los delitos de homicidio, así en estos últimos, primero se lesiona y posteriormente se mata, mientras que en el delito de lesiones sólo hay un resultado, por ello, cuando tiene lugar el nacimiento, la conducta se ha consumado y la permanencia del resultado lesivo no afecta a la estructura del tipo de lesiones, de ahí, que el nacimiento nos permite distinguir entre lesiones típicas y atípicas, sin embargo, en el tipo aborto con resultado de

fallecimiento de un ser vivo, da lugar al tipo de homicidio, pero sin embargo, nos hallamos ante un aborto, cuando seguimos el criterio que atiende al ejercicio de la acción sobre el objeto,

Sabemos, que cualquier agresión contra la vida humana es penalmente relevante, sin embargo, las lesiones al feto son atípicas, aunque alcancen a las personas nacidas. De tal forma, que no puede realizarse un uso extensivo del delito de homicidio que se aplicará a la acción ejercida sobre la persona nacida y tampoco del delito de lesiones, hay que tener en cuenta, que habrá que lesionar a una persona, es decir, un ser humano, por lo que no podría aplicarse el tipo de las lesiones a la agresión causada al feto, aunque se aplase el momento de la producción del resultado.

Aunque las discusiones doctrinales se originaron en Alemania, no es menos cierto, que el Código Penal de España de 1,995 tipifica *ex novo* el delito de lesiones al feto, de tal forma, que el legislador considera, que existía un vacío legal, que no podía llenar el delito de lesiones, que debe interpretarse de forma restrictiva, determinando que las lesiones se deben causar a una persona, ahora bien, no era suficiente con causar la agresión a otro, ya que se hacía imprescindible la regulación del delito de lesiones al feto, para evitar la atipicidad de la conducta o acción dirigida a menoscabar la salud o integridad del feto.

También, es preciso, distinguir el delito de homicidio, del delito de aborto, este último, está configurado por dos elementos, una acción que agrede el feto y la destrucción del mismo en el claustro materno, y el homicidio está conformado por una acción posnatal y la muerte de un ser humano nacido, por ello, cuando se produce el fallecimiento, de un ser humano como consecuencia de una acción dirigida al feto, resulta, difícil calificar el hecho.

Así, cuando se realiza una acción, tendente a destruir el feto en el claustro materno y debido al avance actual de la Medicina o ineficacia de los medios utilizados, lo que se produce es la muerte, cuando la persona ya ha nacido, para calificar el hecho como aborto, hay que estimar una acción *ex ante* adecuada para producir la muerte antes del nacimiento, porque sí se considera la muerte, como un hecho futuro, en esta perspectiva inicial y en el momento de calificar, nos encontraríamos ante un homicidio y sin embargo, la acción no incide en el niño ya nacido.

Analizados, los tipos de esta forma, permite una solución teórica, a la hora de incardinar las acciones al feto con resultado en la persona nacida, otra cuestión es que pensemos que “el delito de lesiones al feto”, permite tutelar la vida y salud, sin necesidad de acudir a soluciones teóricas cuando se plantea un caso práctico.

Es importante destacar, la relación existente, entre la vida y la salud e integridad, porque cuando se produce el resultado muerte, lleva implícito, un ataque o una lesión a la salud e integridad y esto se produce, tanto en el ser humano como en el feto y esto es importante, la hora de determinar los concursos de delitos o de leyes, puesto que si el bien vida y el bien salud, consideramos que son bienes autónomos, nos hallaremos ante un concurso de delitos, mientras que si consideramos que existe una cierta progresión entre estos bienes, es decir, primero se produce la agresión y después la destrucción, entonces nos hallaremos ante un concurso de leyes.

Otra cuestión, a tener en cuenta, es la regulación del aborto en los artículos 144 a 146 del Código Penal, que castiga los supuestos, fuera de los casos permitidos en la LO 2/2010 de 3 de marzo.

Es obvio, que, en el dolo de un delito de aborto doloso, va inmerso el ánimo de lesionar, así el dolo que persigue la destrucción del feto incluye la lesión al mismo, por ello, cuando se produce la destrucción del feto, la calificación que consideramos más adecuada a este supuesto, es un concurso de leyes a resolver por el principio de consunción a favor del primero.

Ahora bien, el problema que nos surge, en la tentativa del delito de aborto en, es decir, cuando las malformaciones sean consecuencia de la acción dirigida a destruir el feto, o, dicho de otra forma cuando el tipo objeto de estudio, sea el resultado de una conducta tendente a destruir el feto. En este supuesto, se podría calificar de dos formas: o bien como concurso ideal entre los dos delitos o o bien como concurso de leyes, entre aborto doloso en grado de tentativa y un delito de lesiones dolosas consumadas a resolver por el principio de alternatividad.

Y, se hace preciso, estudiar el supuesto, en que, dando inicio, a la tentativa de aborto, la destrucción del feto, se produce con posterioridad al nacimiento, en este caso, si seguimos el concepto de aborto de Farré Trepas, la conducta se calificará como aborto consumado doloso, si la

destrucción del feto se produce como consecuencia de la intervención prenatal y supone la creación del peligro creado con la misma.

Y, atendiendo a nuestro estudio, sí la muerte se produce en el seno materno y el autor no contaba con la muerte habría un concurso de leyes. Ahora bien, siempre que sean graves, porque si fueran leves, sería impune.

A mi juicio, las soluciones a las que conlleva el concepto amplio de aborto, cubre de forma más adecuada, los supuestos de lesiones al feto con resultado de muerte posnatal, ya que ni el concurso ideal ni el concurso de leyes cubrirían el desvalor del resultado.

En el delito lesiones al feto, se trata de investigar si existe un vacío legal, que dejaba desprotegida, la salud, frente a agresiones de naturaleza fetal, y, por ello, era preciso introducir, por primera vez, el delito de lesiones al feto en el Código Penal o sí por el contrario, aplicar de forma extensiva el delito de lesiones al feto a las agresiones de origen prenatal.

Supuestos a examinar y soluciones que se plantean.

- 1. Actuaciones que afectan de forma previa a la concepción y que inciden sobre células sexuales.**
- 2. Actuaciones que afectan a la fecundación.**
- 3. Actuaciones que inciden durante los primeros catorce días.**
- 4. Actuaciones que inciden desde los 14 días hasta el nacimiento.**
- 5. Actuaciones que afectan a la persona nacida.**

1. Actuaciones que afectan de forma previa a la concepción y que inciden sobre células sexuales.

Estas conductas se castigan cuando exista una manipulación de genes, esto es, una intervención que altere el genotipo, y ello de conformidad con el art.159CP²⁸⁷.,.

De tal forma, que este tipo penal no protege la vida o la salud, sino la inalterabilidad e intangibilidad genética y siempre y cuando esta modificación en los genes altere el genotipo, ya que, si no se produce una modificación genética o ésta no produce la alteración del genotipo, la acción resulta impune.

Ahora bien, aunque estas actuaciones afecten a la vida o la salud del *nasciturus*, no puede decirse con propiedad, que se ha causado una lesión al feto o a la persona ni se ha producido un aborto o un homicidio. En definitiva, se trata de modificar genéticamente células germinales.

2. Actuaciones que afectan a la fecundación

El artículo 160 de Código Penal²⁸⁸ y el art.161 del mismo texto legal²⁸⁹, se regulan, en supuestos la protección de la herencia genética, que por lo tanto no afecta directamente a los delitos que tutelan la vida y la salud del *nasciturus*.

3. Actuaciones que inciden durante los primeros catorce días

Hay que destacar, que el ámbito de protección del delito de aborto y la tutela de los delitos de lesiones al feto no alcanza al embrión preimplantatorio, por ello, el menoscabo del mismo o su destrucción resultan impunes. Y, ello en base a la Ley 2-11-88, que establece un plazo para posibilitar la investigación.

²⁸⁷ castiga “la manipulación de genes humanos a quien con finalidad distinta a la eliminación de enfermedades o taras graves altere el genotipo”.

²⁸⁸ regula “la fecundación de óvulos humanos para cualquier fin distinto a la procreación humana, la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza

²⁸⁹ tipifica “practicar la reproducción asistida a una mujer sin su consentimiento”.

Además, cuando nos centramos en la producción del resultado, y, la agresión que determina la muerte del feto o de la persona se causa de forma imprudente, podrá calificarse, de aborto u homicidio.

Y, si nos fijamos en la acción, el delito queda impune sí la autora material, es la mujer embarazada, o, sí producido un homicidio, también como consecuencia de una conducta imprudente de la mujer, su calificación contradice el fundamento de la atipicidad del aborto culposo. En consecuencia, nos hallamos ante un hecho impune.

En el presente supuesto, como hemos expuesto, puede existir, la calificación más adecuada es concurso entre el delito de lesiones al feto y manipulaciones genéticas, pero, en nuestro estudio, no es factible esta calificación dado que la lesiones se producirían al preembrión y, por lo tanto, serían atípicas.

4.1 Actuaciones que lesionan al feto con consecuencias posnatales

4.1.1 Sí la actuación se realiza sobre el feto **con dolo de homicidio** puede realizarse tanto con una intervención prenatal como con una intervención que afecte a la persona nacida, en el momento de calificar, nos hallamos ante un delito de lesiones fetales consumadas y una tentativa de homicidio. En consecuencia, partiendo de la idea de que las lesiones son el medio necesario para producir la muerte, una calificación adecuada es el concurso ideal de delitos, pero también podemos inclinarnos por calificar como delito de homicidio en grado de tentativa, en concurso de leyes, con el delito de lesiones al feto, que según el Código Penal anterior, las lesiones fetales dolosas resultaban atípicas.

Además, si partimos de un concepto restrictivo de homicidio, que sólo admite acciones posnatales y de aborto que excluye la muerte de las personas, según la doctrina tradicional, nos hallaríamos ante una tentativa inidónea de homicidio y si consideramos un concepto amplio de aborto siguiendo a Farré Trepal, nos hallaríamos ante una tentativa de aborto, siendo esencial el carácter prenatal de la acción.

4.1.2. Cuando la actuación se realiza con dolo de abortar, la calificación que corresponde inicialmente es concurso de leyes, entre aborto doloso en grado de tentativa, y, las lesiones al feto generadas y, por lo tanto, consumadas, pero hay que diferenciar entre aborto voluntario y aborto no consentido.

Cuando nos hallamos ante un aborto voluntario, sería posible calificar un concurso de leyes, entre una tentativa de aborto doloso y un delito de lesiones al feto consumado a resolver por el principio de consunción.

A mi juicio, también en el presente caso, se podría calificar como concurso ideal de delitos, teniendo en cuenta, que permite a través de la penalidad el mayor desvalor de un aborto no consumado que produce graves lesiones al feto.

Cuando se trata de un aborto no consentido, el dolo de destruir el feto, que en definitiva supone, abarca el dolo de causar lesiones, o, dicho de otra forma, para matar, es preciso, lesionar, por ello, la muerte del feto, da lugar a la calificación consistente en concurso de leyes, debiendo aplicarse la solución que establezca mayor pena.

Independientemente de la calificación que se adopte, resulta claro, que los artículos 157 y 158 del Código Penal, tiene su origen, para dar respuesta punitiva a los casos que hemos estudiado, relativos a la tentativa de aborto que determina lesiones graves en el feto y ello, porque, el delito de lesiones, no cubre el desvalor de la acción, ni la tentativa de aborto el desvalor del resultado, por ello se hace necesaria esta tipificación.

Además, de castigar las conductas descritas en los “artículos 157 y 158 del Código Penal”, que antes resultaban impunes.

4.1.3 Actuaciones realizadas con dolo de lesiones.

Este es el supuesto contemplado y regulado en la Ley en el artículo 157 del Código Penal²⁹⁰, y es preciso indicar que, antes del Código Penal de 1995, las lesiones originadas al feto eran atípicas,

²⁹⁰ Que tipifica “al que por cualquier medio o procedimiento cause en un feto una lesión o enfermedad que perjudique su normal desarrollo o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica”.

aunque posteriormente estas lesiones se detectarán en el periodo posnatal, inclusive cuando la persona ya cuente con una edad de veinte años.

4.1.4. Acción imprudente.

El art.158 del CP., castiga al que cometiere lesiones fetales o causare una enfermedad en el feto, mediando imprudencia.

El objetivo esencial era evitar que se generaran lesiones o enfermedades que afectaran a la salud o vida del feto utilizando de forma negligente técnicas actuales como la terapia fetal el diagnóstico prenatal o determinados fármacos como sucedió con la talidomida.

4.2. Actuación lesiva sobre el feto con muerte posnatal

4.2.1. Conducta realizada con dolo de homicidio.

No sólo se trata de lesionar el feto o causar una enfermedad (graves tara físicas o psíquicas), sino también tener conocimiento y voluntad de que se va a producir la muerte o al menos representarse el resultado como probable, de tal manera que al tener el autor el dominio del hecho produce el resultado de muerte.

Este supuesto, pienso se podría calificar como tentativa de homicidio dado que, si se calificara de conformidad con el art.77CP., habría que aplicar la pena más grave en su tramo superior, lo que evidentemente conlleva a aplicar la tentativa de homicidio con pena superior al delito de lesiones al feto y además, ni el concurso de leyes ni el concurso ideal de delitos comprende el desvalor del resultado.

4.2.2. Actuación realizada con dolo de aborto.

Se trata de que exista un dolo cuyo objetivo sea la destrucción del feto y cuya representación *ex ante* evidentemente tenga como resultado la muerte del feto.

Este supuesto a mi juicio, no supone una modalidad novedosa, por cuanto que ya antes del Código Penal de 1995, se podía calificar aborto en grado de tentativa en concurso con homicidio imprudente.

E incluso la Sentencia de fecha 6 de diciembre de 1985 condenó “ como aborto, la muerte de un feto, producida por expulsión extaúterina, al tercer día de su nacimiento”.

4.2.3 Actuación realizada con dolo de lesiones

En este supuesto, es donde se produce una novedad, en cuanto que, si bien antes las lesiones al feto resultaban atípicas, con el Código Penal de 1995, podemos calificar como lesiones al feto dolosas en concurso de leyes o de delito y homicidio imprudente.

Además, considero la posibilidad de calificar como concurso de leyes lo que conlleva la aplicación únicamente del delito de lesiones al feto al aplicar el artículo 8.4 del Código Penal.

4.2.4. Actuación imprudente

Este supuesto se introduce el Código Penal de 1995 y supuso una innovadora regulación.

Así, cuando el delito de aborto en el que se realiza el peligro inherente a la lesión inicial, absorbe el desvalor de la conducta, se realiza el tipo del artículo 158 del Código Penal, y, de hecho, la pena de aborto es superior a la de las lesiones al feto.

4.2. 5. Acción que incide sobre el feto y sin trascendencia al neonato

Es el supuesto es que se causan lesiones al *nasciturus*, pero dado el avance de la Medicina estas lesiones no repercuten en la persona nacida o también porque el feto se destruye por causa ajenas a la lesión y entonces, hay que pensar qué calificación es la más adecuada.

Si partimos de la idea básica, cuál es la salud y la integridad del feto, que tutelan “los artículos 157 y 158 del Código Penal”, las lesiones serán susceptibles de sanción, desde el momento de su consumación, es decir, el hecho de que estas lesiones no se exterioricen en la persona, no tiene mayor importancia.

En el momento de formular acusación encontramos diferentes posibilidades:

1. Art157 del CP., cuando la acción se realizó con dolo de lesiones fetales.
2. Art.158 del CP., siempre que la acción se produce por imprudencia.
3. Concurso de leyes de homicidio en grado de tentativa con lesiones dolosas sí se produjo con dolo homicida.
4. Concurso de leyes entre tentativa de aborto y lesiones fetales dolosas, es el supuesto del aborto no consentido.
5. Tentativa de aborto, supuesto de aborto consentido.

4.2.6. Acción lesiva en el feto que determina la muerte

Este es el supuesto, en que a consecuencia de las lesiones se destruye el feto antes del nacimiento, y, por lo tanto, nos hallamos ante una acción ejecutada con dolo de lesiones o de aborto o acción realizada de forma negligente.

Cuando examinamos el supuesto en que el resultado es la muerte del feto y se actuó con dolo de lesionar, nos encontramos ante una calificación que corresponde a un concurso de leyes entre lesiones al feto dolosas y aborto imprudente.

Cuando se actúa con dolo de aborto y el objetivo es la destrucción del feto en el momento de la calificación nos hallamos ante un delito de aborto.

Cuando se actúa de forma imprudente se plantean mayores problemas en el momento de formular acusación, podría plantearse “un concurso de delitos entre lesiones dolosas y aborto imprudente a resolver por el art.77 del Código Penal”, ahora bien, esta opción presenta el problema de la determinación de la gravedad de las lesiones provocadas al feto, como consecuencia de la muerte, por ello sí consideramos la calificación que se desprende del artículo 146 del Código Penal, estimamos que comprende plenamente el supuesto tipificado.

Examinado el concurso de delitos, es necesario determinar, al configurar las lesiones al feto, como delito de resultado, si caben las formas imperfectas de ejecución.

XII. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

XII.1. TENTATIVA

El artículo 16 CP., establece: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.

Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito “.

Al configurarse las lesiones al feto como delito de resultado, se posibilitan las formas imperfectas de ejecución: así para el caso de que no se produzca el resultado de lesiones querido, bien porque se interrumpe la acción, bien porque a pesar de que se realiza la conducta susceptible de producir el resultado éste no se consigue por causas externas a la intención del autor, que los códigos anteriores denominaban tentativa y frustración y que el actual Código Penal recoge bajo la primera denominación, en el primer párrafo del artículo 16 CP., y en el segundo párrafo del mismo artículo, se establece el desestimiento y arrepentimiento activo, es decir, la interrupción voluntaria o una ejecución completa sin éxito voluntaria.

También puede contemplarse la tentativa inidónea, bien por inidoneidad en los medios o bien por falta de objeto, hallándonos ante el delito imposible²⁹¹.

El problema surge a la hora de determinar si la tentativa inidónea puede incluirse en el concepto de tentativa del artículo 16, que se refiere a actos que deban producir como resultado un delito, en cuanto que, por definición al faltar el objeto o ser los medios inapropiados en el delito imposible, no se realiza la acción.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha veintiocho de mayo de 1999²⁹² insiste en que las tentativas imaginarias o irreales son atípicas al igual que los delitos imposibles por falta de objeto, que también devendrían atípicos, lo mismo sucedería con

los supuestos de inidoneidad absoluta, pero eso sí, admite los casos de idoneidad relativa, en los que los medios valorados *ex ante* y desde una vertiente objetiva son de forma abstracta y racional adecuados para causar el resultado típico²⁹³.

Un ejemplo de tentativa inidónea absoluta, es el supuesto en que la acción que lesiona al feto se ha producido cuando todavía el feto no existe, porque se ha intervenido sobre la madre antes del embarazo, en cuyo caso la acción es atípica. Asimismo, si se interviene en la madre en los primeros momentos tras la concepción o cuando el feto como objeto protegido no existe, es decir, antes de la anidación, nos hallamos ante supuestos de tentativa inidónea; sin embargo, nos hallaremos ante tentativa inidónea relativa si se quisiera causar lesiones al feto con medios adecuados, mediante la transmisión de anticuerpos de Sida a través de transmisión sexual, pero, sin embargo y frente a todo pronóstico el feto no sufre taras.

291 En este sentido el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha dieciséis de febrero de 1989, apreció delito imposible de aborto en mujer que se creyó embarazada.

292 Establece que “el delito imposible y la tentativa inidónea ya no son punibles por imperativo del artículo 4.1. CP, que no admite la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los comprendidos en ellas”.

293 Conforme Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de junio de 1999

XIII. ERROR

El error se presenta como un estado intelectual por el cual un objeto del mundo exterior es conocido de un forma inexacta y falsa.

Habitualmente se contrapone el error a la ignorancia, afirmando que, el error es el conocimiento equivocado de una cosa.

Así como las actividades médicas realizadas pueden generar el tipo de delito estudiado, también es en el campo de la medicina en materia de diagnósticos y de la cirugía de la gestación donde pueden surgir los errores médicos.

Los errores responderán generalmente a la tipología de errores característica de la actividad médica, sólo que concretada al objeto específico del tratamiento embrionario o fetal.

Un error, a consecuencia del cual, puedan derivarse las lesiones o la provocación de enfermedades fetales, podrá producirse cuando el médico no aconseja realizar un diagnóstico, o cuando el diagnóstico realizado no es acertado, dentro del ámbito embrionario y fetal.

Los supuestos de error pueden recaer tanto sobre las circunstancias específicas de una intervención o tratamiento, en el feto, o en la madre gestante. En estos supuestos, la infracción se castiga como imprudente.

Por lo demás y fuera ya de la actividad médica, también fuera de la actividad médico-quirúrgica podrán tener lugar, lo mismo que las realizaciones dolosas del hecho, así por ejemplo la madre que ingiere sustancias nocivas o practica deportes o realiza actividades arriesgadas para la “integridad o salud del feto”, desconociendo la causa de los mismos, no será penada, independientemente de que el error sea vencible o invencible y, ello en consonancia y tenor del artículo 158 C.P., “la embarazada no será penada aunque se produzcan lesiones al feto “, y, ello porque será la madre quién sufrirá las lesiones del hijo de forma permanente.

Asimismo, se hace preciso estudiar, aquéllos supuestos en que debido a un error de diagnóstico se piensa que el feto presenta malformaciones, y la madre gestante decide en plazo abortar, de tal manera, que además del consentimiento informado para realizar la intervención, es preciso que dos especialistas médicos emitan un dictamen previo a la intervención, estos supuestos se denominan falsos positivos.

Ahora bien, el médico especialista que emitió el razonamiento erróneo será considerado, autor imprudente, porque infringió los deberes objetivos de cuidado al emitir un dictamen falso, el cual fue determinante para proceder al aborto en plazo, y este especialista mantenía el dominio de la actividad médica, pero no causó malformaciones al feto, puesto que se precisa un segundo médico que practique la intervención y quién responderá como autor de un hecho doloso, porque conocía lo que hacía y los riesgos de la intervención, sin embargo, su actuación está amparada por un error de prohibición invencible.

XIV. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Es necesario analizar la causación de lesiones o enfermedades fetales a consecuencia de la actividad médica y quirúrgica, así como fijar los límites de la referida actividad.

1.- El diagnóstico antenatal es el conjunto de procedimientos mediante los cuales se puede recoger información sobre defectos y malformaciones congénitas del feto. El diagnóstico prenatal, conduce por lo general al llamado consejo genético, es decir a una evaluación y asesoramiento del especialista, sobre la información recogida acerca de las posibles deficiencias del feto y sobre los medios y posibilidades de actuación sobre las mismas.

Las finalidades a las que puede servir el diagnóstico son muy diversas entre ellas destaca Romeo Casabona²⁹⁴ las siguientes:

“Permitir el tratamiento quirúrgico del feto para curar o paliar ciertas anomalías que presente o terapia fetal.

Indicar el modo de realizar el parto de acuerdo con las malformaciones que presente el feto.

Determinar el tratamiento a seguir con el recién nacido, una vez que se haya producido el parto.

Adoptar la decisión del aborto eugenésico, cuando así este permitido por la Ley.

Asumir el hijo que presentará anomalías o preparar los trámites legales para su adopción”.

En nuestro derecho, se permite el diagnóstico, sobre preembriones preimplantatorios con fines de valorar su viabilidad de detectar enfermedades o para desaconsejar su transferencia, también es

294 Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid 1994, 1º edición, p. 164.

muy importante, en el feto, a la hora de emitir consejo genético con la posibilidad de realizar un aborto eugenésico y en el desarrollo del nasciturus.

Así pues, en los supuestos en que se produjeran malformaciones en el feto, bien por error en el diagnóstico o porque no se prestó consejo genético, o en intervenciones médicas para corregir taras en el feto, la conducta del médico no podrá estar amparada por ninguna causa de justificación.

En estos casos, no podrá alegarse la causa de justificación, especialmente la del ejercicio legítimo de la profesión médica (art.20.7 CP), ya que contradice al fin que legitima el diagnóstico, cuál es, la protección de la salud e integridad del feto y en consecuencia, el bienestar del *nasciturus*, y, sobre todo el favorecimiento del desarrollo, puesto que si se produjeran las lesiones que el tipo contempla, se produce un fin diferente al que persigue un diagnóstico, precisamente aquéllas lesiones que impiden un normal desarrollo del feto, de tal forma que el mal causado no puede ser compensado por un bien.

La terapia embrionaria y fetal consiste en la aplicación de un tratamiento al embrión o al feto con fines curativos o paliativos de las enfermedades o deficiencias que ya han sido diagnosticadas, pero también es cierto que, la terapia fetal puede generar malformaciones en el feto, que se manifestarán no sólo en el feto, sino en determinados supuestos en el neonato e incluso derivado de ellas, puede ocurrir que el niño fallezca poco después de nacer o también que aquéllas lesiones permanezcan muchos años después del nacimiento.

La licitud de la terapia fetal está también reconocida en nuestro ordenamiento por la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. En el artículo 13.1 de dicha Ley establece” la intervención sobre el embrión o sobre el feto dentro o fuera del útero no podrá tener otras finalidades que las del tratamiento de una enfermedad o de impedir su transmisión y el número dos de dicho artículo, limita la finalidad terapéutica además a que propicie el bienestar o el desarrollo del feto”.

Según el artículo 13.3 de la Ley “La terapéutica a realizar en embriones *in vitro* o en preembriones, embriones y fetos en el útero sólo se autorizarán si se cumple los siguientes requisitos:

Que la pareja o la mujer solo hayan sido debidamente informados sobre los procedimientos investigaciones diagnósticas posibilidades y riesgos de la terapéutica propuesta y las hayan aceptado previamente.

Que se trate de enfermedades con un diagnóstico muy preciso de pronóstico grave o muy grave y cuando ofrezcan garantías, al menos razonables de la mejoría o solución del problema.

Si se dispone de una lista de enfermedades en las que la terapéutica es posible con criterios estrictamente científicos.

Si no se influye sobre los caracteres hereditarios no patológicos ni se busca la selección de los individuos o la raza.

Si se realiza en centros sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios”.

En mi opinión, no se podrá plantear tampoco aquí, de tal forma que en la calificación que se presente ante el juzgado no se podrá alegar circunstancia atenuante, basada en una causa de justificación, en concreto, la del ejercicio legítimo de la profesión médica.

Sí la terapia fetal o embrionaria aplicada se realiza con éxito, entonces no se realiza el tipo porque el resultado será una mejoría de la salud o de la integridad del feto o cuando menos el mantenimiento en su situación originaria.

Sí la terapia aplicable no tiene éxito en el caso concreto y se produce un resultado material con las características típicas se dará el tipo, pero obviamente, no existe dolo ni siquiera dolo eventual, ya que la el fin de la acción estaba dirigido a la curación. En este caso, se podrá plantear la posibilidad de una responsabilidad por imprudencia.

“En los artículos 14 y siguientes de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida y en los artículos 7 y siguientes de la Ley 42/88 de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones

y fetos humanos o de sus células tejidos u órganos, y la Ley 45/2003 que modifica la ley 35/1998”, sobre técnicas de reproducción asistida, se regulan de un modo muy prolijo los fines concretos los presupuestos y los requisitos de licitud de utilización de embriones y fetos con fines, que describen las leyes antedichas, relativos a la investigación y experimentación. Estas actividades son lícitas si se realizan dentro de los límites establecidos por dichas Leyes.

Dichas actividades, sin embargo, serán en todo caso incompatibles, es decir: serían ilícitas, con la realización del tipo de las lesiones al feto, en particular, no podrían coexistir lícitamente con la producción de lesiones tan graves como las descritas en el tipo. El hecho doloso, por lo tanto, no podría quedar nunca justificado, por aquellas finalidades. En los casos en que no haya dolo se dará una responsabilidad por imprudencia, si concurren los requisitos del tipo del artículo 158 y no podrá aplicarse tampoco ninguna causa de justificación.

Con relación a la calificación relativa a la realización del tipo de lesiones al feto, se puede alegar la posibilidad de concurrencia de otras causas de justificación. En particular, se puede plantear hipótesis en que la gestante se someta a un tratamiento durante el embarazo y que dicho tratamiento produzca efectos secundarios lesivos para el feto en el sentido típico (indicación terapéutica).

En estos supuestos existe un conflicto de intereses entre los intereses protegidos de la madre –su vida o su integridad corporal o su salud- y los intereses del feto, y se estima, que la vida y la salud de la mujer, son valores superiores al de la integridad y salud del feto, y sería factible incorporar en la calificación como circunstancia atenuante el estado de necesidad (artículo 20.5), aunque concurra el tipo de lesiones.

La producción de estas lesiones necesarias e inevitables al feto, dada su gravedad, podría originar una situación típica de la indicación eugenésica justificante del aborto.

Indica Gracia Martín²⁹⁵ que “en los casos en que las lesiones al feto sean consentidas por la embarazada o en que las cause ella misma, no hay ningún motivo para establecer una atenuación de la pena, a diferencia de lo que por el contrario debe suceder en el aborto, con respecto al cual

²⁹⁵ Gracia Martín, Luis, *Comentarios...*, cit., p. 649.

el consentimiento debería incluso determinar la atipicidad del hecho de acuerdo con el sistema del plazo.

En este caso, de la subsistencia del feto y, por tanto, de la protección de la vida fetal, los intereses concretos de la madre que están implicados y se ven afectados por el hecho de que se haga realidad la descendencia deben primar sobre los relativos a la protección de la vida del feto y el consentimiento de la madre debe ser en todo caso decisivo. En el caso de la integridad y salud del feto en cambio, el interés que ha de protegerse jurídicamente y que debe estar, es el relativo al feto, cuando alcance el estadio de la vida independiente y autónoma goce de una integridad y salud plenas que le permitan desarrollar con independencia y autonomía una vida de relación sin limitaciones ni restricciones”. No obstante, nuestro Código Penal en los supuestos de imprudencia grave establece que la embarazada no será penada.

Además, es necesario saber el tipo de pena que lleva aparejada la producción del resultado típico regulado en los artículos 157 y 158CP.

XV. PENAS

El Código Penal de 1995, ha considerado conveniente tipificar junto a las conductas típicas contra la vida del no nacido que ya existían en el antiguo código, las conductas agresoras contra la integridad personal del mismo a través del delito de lesiones al feto, introducido ex novo, recibiendo la afectación del bien jurídico un desvalor menor respecto de los correspondientes delitos de lesiones contra las personas como sucede en el delito de aborto respecto del homicidio. El legislador únicamente ha castigado las lesiones graves al feto, que reciben “una pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de dos a ocho años” frente al delito de lesiones corporales graves de los artículos 149 y 150 que presentan “una pena de prisión de seis a doce años y de tres a seis años”, respectivamente.

La pena del tipo doloso es una pena mixta compuesta por una pena privativa de libertad y una pena privativa de derechos siendo ambas principales; “pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos, o consultorios ginecológicos, públicos o privados por tiempo de dos a ocho años”.

Se trata de una pena grave, tanto cuando se trata de la pena privativa de derechos, que da paso, por tanto, a un delito de carácter grave como la pena de inhabilitación especial al menos del tipo doloso es muy estricta lo que implica ,en muchos casos prácticamente el abandono de la profesión, aunque en teoría el autor del tipo puede ser cualquier tercero, porque no exige un determinado autor, no obstante, se trata en realidad de un tipo cuya pena -inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria- confirma que el legislador obviamente consideró en un autor específico, los profesionales de la medicina.

Sí la conducta es realizada por un tercero, que no tenga la condición de profesional sanitario, la pena de inhabilitación sanitaria consistirá entonces en la “incapacidad para acceder al ejercicio de cualquier profesión sanitaria o a la prestación de servicios en clínicas establecimientos o consultorios ginecológicos públicos o privados”.

El tipo básico imprudente de las lesiones al feto, tiene una pena única privativa de libertad, “pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis meses a 10 meses”, consideradas esta vez como penas menos graves.

En cambio, el tipo de lesiones por imprudencia profesional presenta junto a la pena privativa de libertad anterior una pena privativa de derechos: “inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión oficio o cargo por un periodo de seis meses a dos años”, constituyéndose, así como un tipo imprudente agravado.

“Como se comprueba se amplía en esta ocasión el ámbito de aplicación del tipo al establecerse una pena de inhabilitación especial no limitada, al sector sanitario que sólo tendría sentido si la intención del legislador, es la de castigar las conductas imprudentes ocasionadas por profesionales ajenos al sector sanitario”, como indican López Garrido y García Arán²⁹⁶.

Latorre Latorre²⁹⁷ cuando “compara las penas del delito de lesiones al feto con las penas del delito de aborto, lo considera incongruente y que son desproporcionadas, en primer lugar, porque se castigan más las lesiones al feto, que el aborto y en segundo lugar, porque para las lesiones al feto, se establece una pena de inhabilitación que sin embargo, no está prevista para los delitos de lesiones a personas nacidas, sin embargo, considera que, sí existe proporcionalidad entre las penas correspondientes al aborto no consentido y al delito de lesiones al feto”.

Desde este punto de vista considera Gracia Martín “que puede plantearse un conflicto de intereses entre la madre y el feto, el consentimiento de la madre no sólo no puede ser un hecho que deba atenuar su responsabilidad, sino que al contrario dicho consentimiento, es la expresión de la voluntad de la madre de atentar, dañar, impedir que el hijo pueda alcanzar plena autonomía cuando nazca, siendo además evidente que ese bien jurídico el de la integridad y la salud personales no es en absoluto disponible por terceros.

El consentimiento de la madre, en la medida en que es una manifestación de voluntad, es, en tal caso, el hecho que fundamenta el disvalor de la acción y al contrario que en el aborto, aquí debe

296 López Garrido, Diego y García Arán, Mercedes, *El Código Penal...*, cit., p. 78.

297 Latorre Latorre, Virgilio, *Derecho Penal...*, cit., P. 199.

ser constitutivo para la punibilidad, de donde se deduce que la pena, correspondiente a las lesiones dolosas al feto, consentidas por la madre o causadas por ella misma, merece la misma pena que las producidas sin su consentimiento y por supuesto, que merece una pena muy superior a la del aborto practicado con su consentimiento, así como una penas, por lo menos igual si no superior a la del aborto no consentido por aquélla”.

Personalmente, entiendo que en el delito de lesiones al feto predominan los medios o métodos imprudentes en la comisión del delito, y que el aborto protege la vida mientras que las lesiones al feto tutelan la salud física y psíquica del *nasciturus*, examinadas las penas, se observa que el aborto no consentido fija penas mucho más graves, que el delito de lesiones al feto, y, ello en atención al bien jurídico protegido.

Vamos a analizar el delito de manipulación genética, para fijar los límites del delito de lesiones al feto y, pero este estudio, aunque se realizará de forma pormenorizada y estructurada, no se realizará de forma tan exhaustiva, como el delito de lesiones al feto.

XVI. DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE LESIONES AL FETO Y EL DELITO DE MANIPULACIÓN GENÉTICA

XVI.1. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

La tutela penal de los bienes jurídicos indicados se articula en el Título V del libro II del CP, a través de los siguientes tipos delictivos comunes:

XVI.1. MANIPULACIÓN DE GENES HUMANOS DE MANERA QUE SE ALTERE EL GENOTIPO Y CON FINALIDAD DISTINTA A LA ELIMINACIÓN O DISMINUCIÓN DE TARAS O ENFERMEDADES GRAVES (ARTÍCULO 159.1 Y 2)

Se trata de un delito de resultado material, con un tipo doloso e imprudente y cuya finalidad es proteger la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico del ser humano, desde un prisma colectivo de la especie humana e individual.

De la Cuesta Arzamendi²⁹⁸ manifiesta que “el tipo penal exige que las alteraciones en el genotipo se deriven de manipulaciones de genes humanos con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, de otra parte, el Código Penal contempla únicamente la manipulación de genes, esto es, la “manipulación génica” no “genética”.

Ahora bien, las alteraciones del patrimonio genético de los seres humanos no sólo puede derivarse de una manipulación génica. De hecho, hoy es posible pensar en el injerto de ovarios, además, toda fecundación lleva consigo la formación de un nuevo genotipo. No son, por ello, completamente excluibles, ejemplos en los que a través de manipulaciones germinales u otras, pueda producirse una alteración no natural de aquel patrimonio genético con fines inadmisibles (como la selección de raza)”.

²⁹⁸ De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “Los llamados delitos de manipulación genética en el Nuevo Código Penal Español de 1995”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 5, año 1996, p.56 y 57

De aquí que la restricción de las posibilidades de realización del tipo penal a los casos de manipulaciones génicas, que se traduzca en alteración del genotipo no vaya a atender suficientemente a las necesidades de protección del bien jurídico.

En cuanto a la conversión en típicos de los casos de manipulaciones génicas “con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves”, la referencia a la gravedad es una cuestión controvertida, cuando se considera que, en principio, “la terapia génica debería ser lícita como expresa Higuera Guimerá²⁹⁹ incluso en línea germinal”, aunque aquí los controles hayan de ser mucho más estrictos debido a sus potencialmente graves repercusiones.

Para la evitación del riesgo eugenésico, resulta razonable prever algún sistema que permita distinguir entre “enfermedad genética” y mera “desviación de la normalidad”. De la Cuesta indica que a la vista de lo dispuesto por las leyes de 1998 seguirán existiendo manipulaciones génicas lícitas, al margen de las finalidades indicadas.

González Cussac³⁰⁰ distingue” entre el bien jurídico específico protegido por el tipo (la identidad genética) y un bien jurídico común (la vida prenatal)”. Según este autor, es necesario establecer una vinculación entre ambos bienes jurídicos de este modo, “para que una conducta manipuladora sea típica tendrá que además de alterar el genotipo atentar contra la vida humana prenatal”.

De lo contrario, manifiesta González Cussac se vulneraría el artículo 44.2 de la Constitución que señala que “los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general”.

Según Sánchez Molero y Soler Matutes³⁰¹ el artículo 159 “debe interpretarse de acuerdo con su propia redacción y contexto. Así el tenor literal del precepto no distingue entre protección a la vida anterior o posterior al nacimiento”.

299 Higuera Guimerá, Juan Felipe, *El Derecho Penal* y, ..., cit., p.124

300 González Cussac, José Luis, *Derecho Penal...*, cit., p. 822.

301 Sánchez Molero, José y Soler Matutes, Pedro, “Consideraciones sobre el delito de manipulación genética”, *La Ley*, nº 4280, año 1997, p.1 y

De hecho el artículo 159 del Código Penal se halla incluido en un título autónomo (el Título V), distinto de los títulos precedentes dedicados a las lesiones contra los individuos ya nacidos (Título III) y lesiones al feto (Título IV).

Así el bien jurídico protegido contemplado en el artículo 159 del Código Penal es, la integridad del patrimonio genético no patológico, del ser humano en formación, del ser humano nacido y de la descendencia en mientras que el bien jurídico tutelado en los títulos III y IV. De tal forma que cuando además de producirse una manipulación, también se genera una lesión en el ser en formación o en el sujeto ya nacido serían vulnerados dos bienes jurídicos diferentes.

Tendríamos que acudir entonces al concurso de delitos. Si bien se debe estudiar cada supuesto concreto para hallar la solución más adecuada.

Respecto a la objeción del autor sobre la excesiva amplitud del precepto y su posible colisión con el artículo 44.2 de nuestra Constitución, de no incorporar implícitamente la necesidad del atentado contra la vida prenatal, estimamos corregible dicho exceso, por medio de otros caminos.

En efecto, si se pone en relación el artículo 159 con las normas administrativas sobre la materia, podemos acotar el ámbito del injusto penal. Si bien no se efectúa en el precepto una remisión expresa a dicha normativa, al acudir a ella es imprescindible para comprender no solamente el campo de actuación del tipo penal, sino para analizar concretamente sus elementos.

Romeo Casabona³⁰² diferencia una dimensión colectiva y otra individual dentro del mismo bien jurídico la intangibilidad del patrimonio genético humano no patológico”. Ambas dimensiones nacen de las diferentes modalidades de terapia génica y de sus diversas consecuencias. La terapia génica en vía somática se realiza sobre células no sexuales y sus efectos recaen únicamente sobre el paciente.

302 Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la bioética*, ..., cit., p. 172.

La terapia génica en vía germinal por el contrario se efectúa sobre células sexuales – espermatozoides y óvulos- y sobre el embrión totipotente (esto es hasta el décimo- cuarto día después de la fecundación).

La terapia en vía germinal no sólo afecta al paciente sino a la descendencia. Actualmente se ha aprobado una moratoria internacional que afecta a la terapia génica en vía germinal.

La perspectiva individual del bien jurídico aparece en el caso de la terapia génica en vía somática y según Romeo Casabona “protege en este supuesto la integridad genética del embrión preimplantatorio, del embrión implantado del feto y del ser humano”.

La perspectiva colectiva se plantea en el supuesto de la terapia génica, en vía germinal. Gracia Martín³⁰³ “indica que dicha terapia puede afectar no solamente a la descendencia sino también a la identidad genética de toda la especie humana”.

Romeo Casabona³⁰⁴, “señala, que se protege la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético de la especie humana, añade que los gametos humanos y el embrión *in vitro* no son protegidos por sí mismos sino en la medida en que a través de ellos se puede afectar a los futuros seres humanos y a la especie humana”.

Según lo expuesto distinguimos dos teorías, la primera teoría individualista, que tutela la intangibilidad del patrimonio genético no patológico del ser humano nacido o en formación y la tesis dualista que protege no sólo al ser humano, sino también a nivel colectivo, la identidad genética humana, pero también se puede plantear una teoría ecléctica que inicialmente excluye la protección de la identidad genética de la humanidad, pero que amplía la teoría individualista, de tal forma que la tutela del patrimonio genético no sólo alcanza, al ser en formación, a al ser humano sino también a la descendencia.

303 Gracia Martín, Luis, *Comentarios...*, cit., p. 655.

304 Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la bioética...*, cit., p. 174.

En definitiva, según esta tesis ecléctica, el artículo 159, protege la integridad genética, del ser humano en formación, del ser humano nacido y, de la descendencia. Excluimos la protección de la identidad genética humana en general, a partir de la interpretación técnica del término genotipo.

Así la expresión “genoma”, sirve para distinguir la secuencia de ADN completa, que contiene la información genética total de un gameto o de un individuo, o de una población o de una especie. Obviamente si en el art. 159CP se hubiese incluido la expresión genoma humano (conjunto del ADN de la especie humana)³⁰⁵, entonces este artículo protegería la identidad genética de la humanidad.

Por tanto, la no diferenciación del tipo penal entre terapia somática y terapia germinal podría determinar de emplearse la segunda, que pudiera verse afectada la herencia de la descendencia. Ello justifica esta posición, en cuanto al bien jurídico.

Considero que el artículo 159 del CP, no es una manifestación de la teoría dualista por cuanto protege la intangibilidad del patrimonio genético no patológico del ser humano en formación, la integridad del patrimonio genético no patológico del ser humano nacido y sin olvidarnos de que también este artículo incluye la tutela del patrimonio genético de la descendencia.

Otra cuestión que se plantea es el concepto de dignidad humana. Romeo Casabona³⁰⁶ manifiesta, “que tras la protección de la integridad genética se protege indirectamente la dignidad de las personas afectadas si bien no de forma directa y autónoma”.

Valle Muñiz³⁰⁷, “en cambio, sostiene que la dignidad humana no es susceptible de ser un bien jurídico protegido, indica que tanto la dignidad humana como el libre desarrollo de la personalidad no se configuran en nuestra Constitución como derechos fundamentales, sino como principios rectores interpretativos, que son fundamento del orden político y de la paz social. La totalidad del

³⁰⁵ Esta expresión es “la empleada tanto por el artículo 13 del Proyecto de Convención del Consejo de Europa sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina como por el Proyecto de Declaración de la Unesco sobre la Protección del Genoma Humano como por el artículo 50 del Proyecto del Código Deontológico del Consejo de Colegios Médicos de Cataluña (que intenta adecuar las reglas de conductas médicas a las nuevas terapias y avances científicos)”. También el ingente proyecto de codificación de la totalidad de los genes humanos recibe el nombre de Proyecto de Genoma Humano.

³⁰⁶ Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la bioética...*, cit., p. 174.

³⁰⁷ Valle Muñiz, José Manuel, Quintero Olivares, Gonzalo, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Madrid 1996, 1ª edición, p. 755.

ordenamiento jurídico se funcionaliza en torno al valor guía de la dignidad de la persona, por ello, no puede ésta desempeñar el papel de bien jurídico”.

Según Sánchez Calero y Soler Matutes³⁰⁸ “la posición de Valle Muñiz es discutible”. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, definió la dignidad humana “como aquel valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión del respeto por parte de los demás”.

De esta definición se destaca como elemento más importante la “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”. Este elemento podría ser puesto en peligro de producirse una predeterminación genética del individuo. siendo el bien jurídico del artículo 159CP de carácter individual, hay que considerar la dignidad humana como bien jurídico indirectamente protegido por el artículo 159CP.

Para algunos autores Gracia Martín³⁰⁹ y González Cussac³¹⁰ el objeto material será “el genotipo cuya intangibilidad e integridad es protegida por el artículo 159 del CP”, para Valle Muñiz³¹¹ lo son “el embrión y el feto”.

Según Himera Guimera³¹² el objeto comprendería “los espermatozoides, el óvulo, el preembrión e incluso el feto y la persona ya nacida”.

Para determinar el objeto material del tipo, es imprescindible, centrarnos en el texto del artículo, cuál es, el objeto de la conducta típica que son los genes humanos.

308 Sánchez Calero José y Soler Matutes, Pedro, “Consideraciones sobre el delito de manipulación genética”, *La Ley*, 4280, año 1997, p..3

309 Gracia Martín, Luis, *Comentarios...*, cit., p. 814.

310 González Cussac, José Luis, y otros. *Comentarios...*, cit., p. 814

311 Valle Muñiz, José Manuel, *Comentarios...*, cit., p. 756.

312 Higuera Guimerá, Juan Felipe, *El derecho penal...*, cit., p.127.

Además, se plantea el problema fundamental de la indeterminación, es decir, no sólo el desconocimiento de la situación de funciones de la mayor parte de genes sino también las secuencias que son o forman parte de muchos genes.

En efecto, el Proyecto Genoma Humano “supone un esfuerzo internacional con el objetivo esencial de construir mapas físicos y genéticos del genoma humano (y de otros genomas modelo)”.

El proyecto trata de encontrar todos los genes y regiones reguladoras y, averiguar cómo se interrelacionan todos los elementos que componen el genoma humano. Los resultados de este proyecto aportarán una obra de referencia básica para la biología y la medicina.

La generación de información sobre el genoma humano no supondrá el desarrollo inmediato de terapias que permitan prevenir o paliar enfermedades genéticas, la disponibilidad de esta información, junto con las nuevas técnicas de análisis desarrolladas hacen prever la posibilidad de prevenir diagnosticar y tratar la mayoría de enfermedades con base genética.

Apareciendo además otras problemáticas éticas-jurídicas que no son objeto de este estudio. Entre las principales, mencionar la posibilidad de acceso a la información genética por parte de las compañías de seguros o por los encargados de selección de personal, así como el desequilibrio emocional que pudiera producir en los intereses el averiguar la certeza o susceptibilidad de padecer determinadas enfermedades.

Romeo Casobona³¹³ “ manifiesta que son titulares del bien jurídico lesionado el embrión implantado el feto y la persona nacida”. Gracia Martín³¹⁴ “por su parte distingue entre una dimensión individual y otra colectiva, sujetos pasivos desde el punto de vista individual será el preembrión el embrión el feto y el individuo nacido. Si se atiende a la perspectiva colectiva sería sujeto pasivo toda la especie humana”.

313 Romeo Casobona, Carlos María, *El derecho y la bioética...*, cit., p. 172.

314 Gracia Martín, Luis, *Comentarios...*, cit., p. 129.

Discrepo de la teoría de Gracia Martín ya que si el tipo hubiera recogido el término genoma humano sí se podría hablar de un sujeto pasivo colectivo como la especie humana, no obstante, no es este el supuesto ante el que nos hallamos.

Además, hay que pensar, que los tribunales tienen competencia objetiva, funcional y territorial, y la investigación a nivel internacional y, en todo caso universal, dudo mucho, que pudiera llevarse a cabo dada la escasez de medios con los que cuenta la Administración de Justicia³¹⁵.

Por otro lado, afirman Sánchez Molero y Soler Matutes³¹⁶ que “también es sujeto pasivo, no actual sino potencial de la descendencia del sujeto (ya se trate de preembrión, embrión, feto o individuo nacido) cuyo genotipo queda inalterado. Así de producirse la manipulación del genotipo en vía germinal de un individuo, estaríamos ante un delito de manipulación consumado, respecto a dicho sujeto cuyo genotipo es efectivamente alterado”.

En relación con su descendencia, “únicamente nos encontraremos ante la comisión de un delito de manipulación genética, cuando nazca la descendencia con su genotipo efectivamente alterado”. Ello parece desprenderse del tenor literal del artículo 159.1 CP., que exige para la consumación la alteración del genotipo, por ello, manifiestan que, “únicamente cuando la descendencia se vea efectivamente alterada nos hallaremos ante un delito de manipulación genética”.

De lo que deducimos que este tipo, es, sin duda alguna un delito de resultado (respecto del sujeto cuyo genotipo es alterado) y de delito de peligro abstracto. No obstante, la interpretación restrictiva tiene su base jurídica en la Ley 35/1988, que parece tutelar la intangibilidad genética del ser humano a partir del preembrión *in vitro* viable y, no a partir de los gametos, que son las células del paciente afectadas por la terapia génica en vía germinal y que darán lugar a una posible futura descendencia.

315 Si examinamos la normativa administrativa “el artículo 15.2 de la Ley 35/88, indica que sólo se autorizará la investigación en preembriones *in vitro* viables:

- a) Si se trata de una investigación aplicada al carácter diagnóstico y con fines preventivos.
- b) Si no se modifica el patrimonio genético no patológico Se observa como la propia legislación administrativa protege la intangibilidad genética de los preembriones susceptibles de generar genes humanos –los llamados viables-
- c) Debemos además poner en relación este artículo, con el artículo 14.3 de la misma Ley 35/88 en el que se señala que los gametos utilizados en investigación o experimentación no se usarán para originar embriones con fines de procreación.
- d) Por tanto, el sujeto pasivo del tipo sería: los preembriones *in vitro* viables, el embrión y la persona nacida”.

316 Sánchez Molero, José y Soler Matutes, Pedro “Consideraciones sobre el delito de manipulación genética”, *La Ley*, nº 4281, año 1997, p.2

XVI.2. AUTORÍA

El principal tema de discusión, es el carácter especial o común del delito contemplado en el art. 159.

De acuerdo con González Cussac³¹⁷ “se trata de un delito especial ya que únicamente pueden ser autores, aquellas personas que posean información suficiente que les capacite para manipular los genes humanos”.

Esta interpretación restrictiva la fundamenta el autor en cuatro razones:

- a) Necesidad de una suficiente formación científica para cometer la acción manipuladora.
- b) Las exigencias existentes en la legislación específica.
- c) La pena que contempla el tipo.
- d) El castigo de la imprudencia grave en el párrafo segundo referido a la negligencia profesional.

Romeo Casabona³¹⁸ “señala, que, si bien formalmente el delito puede ser cometido por cualquier persona, la causa de justificación contemplada en el tipo requiere la presencia de un profesional”.

Gracia Martín³¹⁹ critica la tesis de González Cussac y “sostiene que estamos ante una limitación fáctica del círculo de autores y que ello no impide que el delito pueda ser abierto a cualquier persona”.

317 González Cussac, José Luis y otros, *Comentarios...*, cit., p. 814.

318 Romeo Casabona, Carlos María, “Genética y Derecho Penal...” cit., p. 175.

319 Gracia Martín, Luis, *Comentarios...*, cit., p. 658

A mi juicio, el Título V, nace a partir de la penalización de una serie de conductas que antes constituían infracciones administrativas muy graves, según Ley 35/88, que señala respecto de los equipos biomédicos una serie de obligaciones y responsabilidades. Así se exige:

1. Tener una especialidad médica o conocimientos equivalentes.
2. Disponer de los medios personales y materiales necesarios.
3. Actuar interdisciplinariamente
4. Llevar una historia clínica.
 - a. “La responsabilidad directa del director del Centro o Servicio del que dependen los equipos médicos.
 - b. Responsabilidad legal tanto de dicho director como de los equipos médicos, por malas prácticas.
 - c. Omisión de información que determine la lesión e intereses de donantes o usuarios o bien suponga la transmisión a descendientes de enfermedades congénitas o hereditarias y
 - d. Violación del secreto de identidad de los donantes”.

Por ello, considero que, el autor material del hecho punible sólo puede serlo un profesional especialista, lo que no excluye la posibilidad de considerar como autores a los no especialistas que actúen como cooperadores necesarios o como inductores. El tratamiento legal de la autoría del artículo 28CP permite esta posibilidad.

XVI.3. TIPO OBJETIVO

XVI.3.1. Acción Típica

De acuerdo con la Real Academia “manipular, significa, operar con las manos o con cualquier otro instrumento”.

Según Gracia Martín³²⁰ existirán dos conceptos de manipulación genética.

XVI.3.1.A. Concepto amplio:

Que sería el empleado en la rúbrica del Título V (delitos relativos a la manipulación genética) incluiría las conductas previstas en los artículos 159, 160, 161 y 162 CP.

XVI.3.1.B. Concepto estricto:

Que es el contenido del artículo 159 CP.

Tanto Higuera Guimera³²¹ como Gracia Martín “afirman que, el ámbito propio del artículo 159CP es la terapia génica. La terapia génica según Gracia Martín³²² es la aplicación de un conjunto de procedimientos y de técnicas de ingeniería genética con la finalidad de curar o prevenir defectos o enfermedades graves debidos a causas genéticas. Dichos procedimientos o técnicas, añade, Gracia Martín, se realizan “mediante una situación directa sobre los genes y consisten en una adicción, modificación, sustitución o supresión de genes, introduciendo en el organismo bien la información genética deseada, bien células genéticamente manipuladas con el fin de que reemplacen la función de las defectuosas”.

320 Gracia Martín, Luis, *Comentarios...*, cit., p. 626.

321 Higuera Guimera, Juan Felipe, *El derecho penal y...*, cit., p. 156.

322 Gracia Martín, Luis, *Comentarios...*, cit., p. 661.

No obstante, según Oliva Virgili³²³ la terapia génica podría definirse como la “transferencia premeditada de material genético con finalidad terapéutica, se utiliza la expresión premeditada para diferenciarla de la transferencia natural realizada por los virus patógenos y que tienen lugar en las enfermedades infecciosas”.

Sobre el mecanismo de la transferencia podemos hacernos cuatro preguntas:

a. ¿Quién transfiere?

Como material genético puede ser transferido, una parte de un gen, ribozimas (ARN), un gen completo. La transmisión de una parte de un gen o de ribozimas puede llevarse a cabo fundamentalmente para evitar la expresión de un gen no deseable o para introducir un gen nuevo que sí se quiere expresar.

b. ¿Cómo se transfiere?

Mediante los instrumentos que llevan el material genético hasta su destino, denominados vectores. Existen dos grandes tipos de vectores: los virales denominados los adenovirus, (cuya información no se integra y se mantiene independiente dentro del núcleo celular), y, los retrovirus –que integran la información genética en la célula y que por lo tanto se transfiere a las células hijas- y los vectores químicos(no virales).

c. ¿Cómo se transfiere?

Existen dos métodos para efectuar la transferencia: el procedimiento *ex vivo*, consiste en la extracción de células del organismo del individuo, su aislamiento e introducción en las del material genético, su posterior cultivo y su reintroducción en el sujeto receptor. Este procedimiento puede durar de una a dos semanas, o, el procedimiento *in vitro* en el que el material genético es introducido directamente en el organismo del sujeto receptor,

323 Oliva Virgili, Rafael, *Genoma Humano*, Barcelona 1996, 1º edición, p.67.

d. ¿Adónde se transfiere?

Actualmente el destino material genético puede dirigirse únicamente a las células somáticas y dentro de ellas a qué parte de la célula va destinado, dado que existe moratoria internacional para que sea aplicado vía germinal. Y, básicamente porque transferir material en vía germinal, supone introducir cambios que afectan a la siguiente generación y actualmente se desconocen las repercusiones de esta acción. Además, la tecnología actual no es lo suficientemente fiable o segura en esta vía, o, dicho de otra manera, es necesario que sea más precisa. También la comunidad científica se plantea qué patologías que debieran ser erradicadas para siempre de la descendencia y, sobre todo, la necesidad de sentar bases, sociales, éticas, jurídicas, sobre la manipulación del acervo genético humano.

A nivel de destino intracelular, el material genético puede, o bien integrarse en el genoma del sujeto o permanecer activo junto al mismo en el núcleo celular pero sin integrarse en él. A estos motivos específicos de la terapia génica en vía germinal, podrían añadirse los riesgos existentes de la terapia génica en general, como: la producción por parte del virus empleado como vector de una enfermedad infecciosa en el paciente, desactivar genes que eviten el cáncer, induciendo esta enfermedad en el paciente, el peligro de activar oncogenes –productores del cáncer-.

Es importante precisar, estos conceptos sobre la terapia génica por la importancia que pueden revestir en otros ámbitos del tipo.

1) Para estudiar el iter criminis, es importante, la distinción entre procedimiento *ex vivo* y procedimiento *in vivo*.

Para valorar la conducta en el supuesto de imprudencia grave, puede servir el tipo de células empleado somáticas o germinales

a. Para saber si se ha conseguido el resultado de alteración, hay que tener en cuenta, el destino intracelular del material genético.

- b. Para establecer el carácter reversible o irreversible de la alteración, es importante el tipo de vector viral usado, es decir, adenovirus o retrovirus.

XVI.3.2. Comisión por omisión de la conducta típica

Tanto el artículo 19 de la Ley de Reproducción Asistida, como la práctica nacional e internacional en los Protocolos de investigación y aplicación médica de la terapia génica, establecen “ una serie de personas como garantes de la seguridad de las investigaciones de las terapias empleadas por los equipos biomédicos. Así tendríamos como personas obligadas, se atribuye un nivel de control y vigilancia al director o directores del equipo investigador, igualmente es responsable el director del establecimiento médico donde se aplica la terapia”. “Todos estos sujetos tienen la obligación de actuar, cuando tengan conocimiento de que determinadas prácticas investigación o del personal biomédico del centro pueden ser contrarias a la legalidad”. Del mismo modo, deberán informar a dicho personal y equipo de investigación de los límites de su trabajo.

De todo lo expuesto, se deduce la aplicación del artículo 11 del CP, “ya que se equipará la omisión a la acción, cuando exista una especial obligación legal o contractual de actuar”.

XVI.3.3. Resultado y relación de causalidad

El artículo 159 del Código Penal, exige la producción de un resultado “de manera que se altere el genotipo. Este resultado debe consistir en la alteración efectiva, permanente e irreversible del genotipo del sujeto pasivo. Por tanto, no habrá alteración genotípica si el material genético no se integra efectivamente en el genotipo”. Ello ocurre cuando se emplea como vector vírico un adenovirus: la alteración no es permanente ni irreversible siendo necesario reintroducir nuevos aportes del material genético.

Respecto a la relación de causalidad, Peris Riera³²⁴ indica que “el problema más arduo se plantea en el ámbito científico, en general cuando la existencia de una ley causal natural, no resulta aceptada de manera general por la comunidad científica”.

³²⁴ Peris Riera, Jaime Miguel, *La regulación penal...*, cit., p.152.

En estos casos, sin embargo, ello no ha impedido que los tribunales se pronuncien y emitan Sentencia (ejemplo caso de la talidomida). Por otra parte, los mismos avances genéticos coadyuvan a individualizar la responsabilidad y en otras ramas del ordenamiento existen menores niveles de exigencia a la hora de determinar responsabilidades. Peris Riera señala “la compatibilidad entre la causalidad natural y la teoría de la imputación objetiva: los criterios que proporciona esta última teoría no reemplazan, sino que limitan la causalidad jurídico-penalmente relevante”.

Precisamente es el ámbito de los procesos con un trasfondo científico donde la “teoría de la imputación objetiva”, alcanza mayor difusión.

Por ello, estudiaremos la aplicación de la imputación objetiva al artículo 159.1 del Código Penal, que requiere:

1. La realización de un riesgo jurídicamente desaprobado.
2. Que se genere un resultado lesivo.
3. Que la conducta y resultado lesivo puedan ser atribuibles al sujeto activo.
4. Es preciso que el sujeto infrinja las normas profesionales y administrativas de cuidado creando un riesgo antijurídico.
5. Debe alterar efectiva, permanente e irreversiblemente el genotipo.
6. Dicha conducta y resultado deben ser imputables al sujeto activo.

Para que la imputación al sujeto activo sea posible, no deberían concurrir motivos de disminución del riesgo, tampoco sería imputable en el caso de un riesgo insignificante, tampoco procedería el resultado de la imputación en los supuestos de interrupción del nexo causal.

XVI.3.4. Causas de justificación

La causa de exclusión de la tipicidad, “ es la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves”. Empezando por la causa de exclusión de tipicidad ésta se encuentra en la finalidad, contenida en el artículo 159.1 CP., a contrario, “la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves”.

A) Análisis del término “Eliminación o disminución”

El uso de la expresión “disminución”, esto es, acción y efecto de disminuir hace menor la extensión o intensidad o número de alguna cosa, es considerado impropio por los genetistas, siendo más adecuado, el empleo de los conceptos de paliar, que, en términos médicos, significa atenuar o atenuación de los efectos adversos o de una enfermedad sin llegar a la curación de la misma.

No obstante, el empleo de la palabra “eliminación”, también es criticable, por su sentido, que puede referirse tanto a la desaparición de la tara o enfermedad grave en el sujeto tratado -paciente- como también a su eliminación en la descendencia.

Higuera Guimerá³²⁵ “es partidario de la eliminación de taras o enfermedades hereditarias, como forma de terminar con el error para siempre. Si bien este autor indica la necesidad de definir con suma claridad y concretar formalmente con una gran exactitud cada clase de enfermedad susceptible de ser suprimida”. Precisamente esta determinación conceptual, es intentada en el artículo 159.1 CP., por medio del calificativo “graves”.

B) Exégesis del precepto “de taras o enfermedades graves”

Según Real Academia “tara, es un defecto físico o psíquico por lo común importante y de carácter hereditario”, este término, sin embargo, es considerado, en medios médicos y biológicos, como desfasado, peyorativo, y estigmatizante, por ello, hubiera sido mejor el uso de otras palabras

³²⁵ Higuera Guimerá, Juan Felipe, *El derecho penal y ...*, cit., p. 156.

como por ejemplo malformación. A pesar de su inadecuación el CP utiliza la expresión “tara” en otros preceptos. También está presente en el artículo 157 CP referido a las lesiones al feto.

Por otro lado, el concepto “enfermedad, puede referirse, tanto a dolencias físicas, como psíquicas sean o no hereditarias, pero con base genética, es aquella cuyo origen se halla en los genes, mientras que enfermedad hereditaria, es aquella enfermedad genética, que se transmite de padres a hijos”. De tal manera, que toda enfermedad hereditaria es genética, pero no toda enfermedad genética es hereditaria.

Entre las enfermedades hereditarias, distinguimos: trastornos mendelianos o genéticos determinados por un único gen mutante, pertenecen a esta categoría todas las enfermedades hereditarias que afectan al metabolismo, los trastornos multifactoriales causados por una interacción de múltiples genes, múltiples factores ambientales.

Las enfermedades no hereditarias, sin embargo, absorben la mayoría de los recursos de investigación en terapia génica.

A los términos “taras y enfermedades”, el precepto aplica el calificativo de graves. Es difícil determinar *a priori* “qué se entiende por grave”. Debemos distinguir entre la terapia génica aplicada al embrión y al feto y la aplicada a las personas. Y, dentro de cada una de dichas categorías hay que distinguir si se trata de terapia génica en vía somática o en vía germinal.

En lo relativo a los seres en formación y como criterios orientativos para determinar la gravedad de la tara o enfermedad, podríamos recurrir al estudio de las enfermedades que justificarían el aborto eugenésico.

En el derecho comparado, se han empleado conceptos como anomalías físicas o psíquicas resultantes en un ser seriamente impedido. “La gravedad de la tara o enfermedad”, que ocasionara la intervención génico-terapéutica, debería ser de tal magnitud, que, de no mediar dicha intervención, justificase un aborto eugenésico, justificación debida a que el sujeto no es en absoluto viable o porque no es exigible a los padres el deber asistencial.

En el ser humano ya nacido, podrían considerarse enfermedades graves aquéllas que le puedan causar la muerte o le dejen gravemente impedido física o psíquicamente.

No obstante, tanto al ser en formación como en el ser nacido, también debiera considerarse, la gravedad desde un punto de vista social. En efecto, en nuestro contexto sociodemográfico con una baja tasa de natalidad y gran competitividad laboral se exige del individuo el máximo de facultades posibles para lograr su autonomía.

Por ello, es lógico que se intente desde el punto de vista médico prevenir, eliminar, paliar, cualquier discapacidad del individuo. Por eso, entendemos, que el término de este motivo “grave”, no debería interpretarse con excesivo rigor en los casos de terapia somática, si debiera en cambio, ser objeto de mayor observación crítica en los supuestos de terapia germinal.

Por ello sí se palían determinadas enfermedades en vía germinal, lo que supone que afectará a la descendencia, es posible, que, en un determinado momento histórico, nos encontremos ante una población genéticamente homogénea que seguramente, estaría condenada a la extinción, por falta de adaptación a nuevas condiciones, ya que si la humanidad evoluciona es debido a diferencia que existe en la información genética.

Hay que indicar, que, en la causa de justificación estudiada, coinciden, dos intereses contrapuestos: “la intangibilidad de la herencia genética frente a las intervenciones artificiales”, por un lado, y el derecho de inicio a la vida con una mente y un cuerpo sanos, por otro. Mientras que el primer interés está vinculado al concepto “de dignidad personal, el segundo se basa en el libre desarrollo de la personalidad”. El conflicto entre ambos intereses se resolverá en la interpretación que se haga del término “gravedad”.

En el ser ya nacido y capaz, las intervenciones correctoras podrían realizarse bajo su consentimiento y responsabilidad, siempre que:

No afectase la alteración a la descendencia.

Fuera justificada la necesidad por el grave estado psíquico del sujeto acreditado por facultativo de manera análoga al aborto por indicación terapéutica, que contempla con motivo justificante “el evitar un grave peligro para la salud psíquica de la madre”, -en este caso hablaríamos del paciente que será sometido a terapia génica-.

En el Proyecto de Convención del Consejo de Europa se señala como causa de justificación de una intervención que pretenda modificar el genoma humano:

“La concurrencia de razones preventivas, de diagnóstico o terapéuticas.

La ausencia de la finalidad de introducir una modificación en el genoma de la descendencia”.

Esta postura plasmada en Convención, justifica nuestra interpretación amplia del concepto “de gravedad” en el tipo penal, para el caso de la terapia somática y su interpretación restrictiva, para el supuesto de la terapia germinal.

El tratamiento dado por la citada Convención, al consentimiento, abonaría la segunda distinción entre el tratamiento de seres humanos ya nacidos con un criterio predominantemente subjetivo atenuado o del consentimiento informado individual y el tratamiento de seres humanos en formación, los menores y los incapacitados.

Por último, manifestar que, la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de Marzo de 1989, “sobre los problemas éticos-jurídicos de la manipulación genética, expresa su deseo de que se elabore un catálogo de indicaciones claro y jurídicamente reglamentado sobre las posibles enfermedades a las que podría aplicarse la terapia génica, catálogo que se renovarían periódicamente conforme a los avances científicos”.

Desde el hallazgo en 2015, de la técnica de edición” del ADN CRISPR-cas9, (también conocida como el corta y pega, de tipo genético), muchos son los avances científicos son derivados de ella. Sin embargo, su ineficacia y la incertidumbre de sus consecuencias **plantean cuestiones éticas, morales y biológicas** que requieren una respuesta global para toda la humanidad”.

Además, científicos de siete países proponen en la revista “*Nature*, una moratoria de cinco años, para este tipo de experimentos cuando se llevan a la fase clínica, dado el peligro de seguridad que plantean y sus consecuencias para el ser humano como especie”.

Aún no se han solucionado los efectos no deseados que esta metodología produce en otros genes y no se conocen los efectos secundarios de la manipulación de una parte del genoma. Por esta razón, el día 13/03/2019, científicos de siete países propusieron, a través de la revista “*Nature*, una moratoria de cinco años para este tipo de experimentos cuando se llevan a la fase clínica, dado el peligro de seguridad que plantean y sus consecuencias para el ser humano como especie”³²⁶.

“Las consecuencias no deseadas de la edición de genes mediante el uso de enzimas artificiales como CRISPR se investigan a medida que la tecnología penetra en las pruebas clínicas con células somáticas humanas para el tratamiento de algunas enfermedades grave, y, se han detectado efectos adversos potenciales, como cortes indeseados de ADN y reordenamiento de los cromosomas ha añadido.

La edición de genes con fines terapéuticos sólo puede practicarse en embriones, ya que se trata de modificar el ADN en todo el organismo y sólo existe una fase de la vida en la que toda la información genética de ese individuo está contenida en una única célula. Algunos métodos plantean que también se aplique en los gametos (óvulos y espermatozoides) o en células intermedias reproductoras menos maduras. En este caso, **el genoma se manipula antes de la fecundación del cigoto.**

Así la causa excluyente de la antijuricidad se halla en le artículo 20.7 CP “ el que obre en el ejercicio legítimo de u oficio”. Y, también en el consentimiento emitido de forma libre y voluntaria.

Operaría cuando la intervención de un facultativo tuviese finalidad curativa pero el Juez o Tribunal no considerase que se ajusta a los términos establecidos en la causa excluyente de la tipicidad, por no ser grave la enfermedad -sí bien la terapia génica fuese la vía óptima para su tratamiento, por ejemplo, malformaciones de menores en estos casos el consentimiento del paciente

³²⁶ Este escrito lo firma Emmanuelle Charpentier, coautora junto a Jennifer Doudna del protocolo de edición genética, que ahora se usa en cualquier laboratorio, un hallazgo basado en los resultados previos del investigador español Francisco Juan Martínez Mojica.

nacido o de su representante si es menor o está incapacitado o el de los padres del ser en formación adquiriría una gran importancia.

Dicho consentimiento debe ser consciente, libre informado y expreso. El consentimiento junto a los fines terapéuticos constituye los dos pilares de esta causa excluyente de la antijuricidad.

XVI.3.6. El error

“El error de tipo, regulado en el artículo 14 CP, abarcaría los supuestos en que el facultativo creyera obrar por causa de justificación”, sin estar amparado por ella, o por no ser objetivamente necesaria la terapia génica, en el supuesto concreto y existir terapias convencionales perfectamente aplicables. “Si el error fuera invencible, se excluirá la responsabilidad penal”, no obstante, en la mayoría de los casos, el error será vencible atendido el conocimiento específico biomédico del sujeto activo y la infracción será castigada como imprudente. “El error de prohibición regulado en el artículo 14.3 C.,P supondrá el ignorar la ilicitud del hecho”, no creo que pudiera darse como invencible, por ejemplo, en la asignatura de terapia génica, dado el carácter colectivo de las investigaciones y aplicaciones de la terapia génica, que siempre ofrece al sujeto la posibilidad de contrastar sus conocimientos con otros especialistas y de salir de un posible error, por esta razón pienso que el error será vencible aplicándose “la pena inferior en uno o dos grados”.

XVI.3.7. Formas de aparición del delito

XVI.3.7.1. *Iter criminis*

Según Sánchez Molero y Soler Matutes³²⁷ “ hay que diferenciar entre terapia génica *in vivo* y la terapia génica *ex vivo*. En el primer caso, consideran que habrá tentativa inacabada en el momento de prepararse el vector para la transferencia del material génico en el sujeto pasivo. Cuando tenga lugar dicha transferencia, pero a causa de factores ajenos a la voluntad del sujeto no se produzca la alteración del genotipo, entonces, estaremos ante tentativa acabada.

327 Sánchez Molero, José y Soler Matutes, Pedro, “Consideraciones sobre el delito de manipulación genética”, *La Ley*, nº 4281 p.5.

En el supuesto de la terapia *ex vivo*, la tentativa inacabada se realizará con la introducción del material genético en las células del sujeto, su cultivo y la preparación de estas últimas para su reintroducción. La tentativa acabada acaece cuando son efectivamente reintroducidas”.

Tanto en la terapia génica *in vivo* como en la terapia genica *ex vivo* la consumación únicamente se produce cuando se ha alterado de forma permanente e irreversible el genotipo, de tal forma, que si se emplean los adenovirus y el material genético no se incorpora al genoma humano, la alteración no es irreversible porque puede desaparecer la alteración en las células manipuladas y, en consecuencia esa alteración no se transmite a las células hijas y, por lo tanto, podría hablarse de tentativa.

Por otro lado, es eficaz el desestimiento voluntario de “los párrafos segundo y tercero del artículo 16 CP.,” pero, sobre todo, la figura del párrafo tercero en el que se prevé la intervención de varios sujetos ejemplo, el equipo biomédico en la comisión de un hecho punible, quedarán entonces “exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada o impidan o intenten impedir seria firme y decididamente la consumación”, por ejemplo negándose a llevar acabo la parte que les corresponde en el proyecto de investigación, denuncia o comités de bioética o a la dirección del centro sanitario, “todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que pudieran haber incurrido por los actos ya ejecutados”.

XVI.3.8. Autoría y Participación

En el art. 28 se recoge la autoría inmediata y dentro de ella, tanto la individual como la coautoría y la autoría mediata³²⁸.

Si nos centramos en el análisis de la autoría mediata, dada la necesaria especialización requerida para la ejecución material del tipo, solamente creemos posible esta modalidad de autoría cuando el instrumento actúa sin posibilidad de imputación personal, por ejemplo, cuando se ha incurrido en error vencible, si bien en estos casos podría acudir a la figura de la inducción castigando al inductor de conformidad con el artículo 28 CP, no obstante, Mir Puig³²⁹ manifiesta que “la

³²⁸ El art.28CP, establece: “son autores quienes realizan el hecho por sí solos o conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”.

³²⁹ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal...*, cit., p. 343

inculpabilidad del ejecutor lo subordina al que lo utiliza sobre todo cuando éste la ha provocado intencionadamente”.

Se considerará inductor a los directores de las investigaciones o los codirectores de proyectos investigadores, dichas personas podrán favorecer la conducta delictiva omitiendo su deber de vigilancia y control y supervisión (comisión por omisión) o bien induciendo a los participantes en el proyecto de llevar a cabo prácticas antijurídicas, en definitiva, las personas que se hallen en posición de garante.

XVI.3.9. Concursos

En primer lugar, tendremos que examinar la relación del artículo 159 CP con los demás preceptos del mismo título.

Gracia Martín³³⁰ disintiendo de González Cussac³³¹ al advertir el primero que el artículo 159CP., se orienta a proteger el bien jurídico distinto y autónomo de los tutelados en el artículo 160 CP y 161 del CP. “El tipo del artículo 159 CP., no puede ser catalogado de tipo básico”, respecto de los artículos siguientes. Un tipo determinado, únicamente es básico en relación a otro, cuando la totalidad de los elementos de aquél están comprendidos en el tipo derivado. Ello según Sánchez Molero y Soler Matutes³³² “ no ocurre en nuestro caso, puesto que, ni las técnicas de fecundación de óvulos, ni humanos, ni los de clonación, en sí mismas precisan en absoluto de la realización de la manipulación genética ni suponen alteración alguna en el genotipo”.

Estos autores afirman que una manipulación genética o alteración genotípica representará un plus de lo injusto, que únicamente podrá ser desvalorado mediante la aplicación de la estructura de concurso ideal de delitos. Por tanto, según Gracia Martín³³³ “entre el artículo 159 y los demás del Título habrá una relación de concurso ideal de delitos”.

³³⁰ Gracia Martín, Luis, *Comentarios...*, cit., p. 662.

³³¹ González Cussac, José Luis y otros, *Comentarios...*, cit., p. 816

³³² Sánchez Molero, José, Soler Matutes Pedro, “Consideraciones sobre el delito de manipulación genética”, *La ley*, nº 4282, año 1997, p.2.

³³³ Gracia Martín, Luis, *Comentarios...*, cit., p. 662.

Respecto de los delitos perseguidos en otros títulos, “se plantean los posibles concursos con el aborto consumado y los delitos de lesiones al feto y al individuo nacido, añadiendo Sánchez Molero y Soler Matutes³³⁴ un posible concurso con el homicidio imprudente”.

En el supuesto de aborto consumado Gracia Martín³³⁵ y González Cussac³³⁶ optan por hablar de “un concurso de leyes análogo a la relación existente entre homicidio y lesiones que debe resolverse a favor del aborto”.

Pasando al concurso del artículo 159 CP., con las lesiones al feto, distinguen ambos autores entre “la terapia génica germinal existiendo un concurso ideal de delitos al vulnerarse dos bienes jurídicos distintos integridad y herencia genética y la terapia genética somática aplicándose aquí el concurso de leyes”.

En mi opinión, como hemos expuesto, “en el estudio de lesiones al feto”, considero, que cuando este delito confluye con el art.159CPenal, nos encontramos ante un concurso ideal de delitos, al diferenciarse dos bienes jurídicos distintos, por un lado, la enfermedad o lesión del feto que perjudica su normal desarrollo y por otro lado, la inalterabilidad del patrimonio genético que se protege en el art.159CP.

Romeo Casabona³³⁷ trata de la problemática del concurso, en el caso del ser humano ya nacido, concretamente y refiriéndose a la posible concurrencia del artículo 159 CP con las lesiones corporales artículos 149 y 150 CP., el citado autor, indica que, “nos hallamos ante un concurso de leyes, a resolver por el principio de la alternatividad del artículo 8.4 del Código Penal”.

Sánchez Molero y Soler Matutes³³⁸ consideran que debe aplicarse un criterio análogo al utilizado por Gracia Martín y González Cussac para el ser en formación, “así cuando se trate de una terapia génica en vía germinal, incardinable en el tipo del artículo 159 CP y, a pesar de no provocar una lesión efectiva en el sujeto deberá precisarse, únicamente el delito de manipulación genética,

334 Sánchez Molero, José y Soler Matutes, Pedro, “Consideraciones...”, cit., p. 2.

335 Gracia Martín, Luis, *Comentarios...*, cit., p. 663.

336 González Cussac, José Luis, *Derecho Penal...*, cit., p. 817.

337 Romeo Casabona, Carlos María, “Derecho y genética...”, cit., p. 175.

338 Sánchez Molero, José y Soler Matutes, Pedro, “Consideraciones sobre el ...”, cit., p. 3.

ya que podría quedar afectada la descendencia, si hubiera además lesiones, nos hallaríamos ante un concurso ideal de delitos del artículo 159 con los artículos 149 y 150. No obstante, estos autores indican que, si se trata de terapia génica en vía somática, sí estaríamos ante un posible concurso de leyes como afirma Romeo Casabona, y se resolvería a través del principio de alternatividad”.

Por último, debemos indicar que podemos calificar concurso ideal entre el artículo 159, y el homicidio imprudente del artículo 142 CP apartado tercero esto es, el homicidio causado por imprudencia profesional, en efecto, los riesgos inherentes a la terapia génica en vía germinal, justifican esta previsión concursal, ahora bien, si la terapia fuera en vía somática habría concurso de leyes absorbiendo el homicidio la conducta de la manipulación.

XVI.4. TIPO SUBJETIVO

El artículo 159.1 CP castiga exclusivamente la modalidad dolosa y como sabemos obra dolosamente el que realiza con conciencia y voluntad, la conducta típica, esto es, “la manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo” lo que permite distinguir en el dolo un elemento intelectual y otro volitivo.

Gracia Martín³³⁹ manifiesta que el “ dolo debe abarcar el curso causal, el autor deberá tener conocimiento de la ley causal general y de que el procedimiento o técnica de actuación sobre los genes se desarrollarán un curso causal conducente a la producción del resultado de manera que se altere el genotipo”, el conocimiento del sujeto debe extenderse también a la previsión del curso causal, para lo que bastará que sepa que la acción que realiza o el medio que utiliza normalmente provoca el resultado de que se trate.

Por lo tanto, “ el conocimiento exigible sobre el proceso causal no ha de consistir en el conocimiento exacto y detallado conocimiento de cada una de las condiciones que intervienen en el proceso, ni de su influencia en la producción del resultado, sino que basta que el sujeto sepa que su conducta de algún modo producirá el resultado”. Esta última aclaración, alcanza especial significado cuando alude a las técnicas de manipulación en vía germinal, ya que este tipo de técnicas de manipulación en vía germinal se encuentra en una fase muy poco desarrollada, pero lo

339 Gracia Martín, Luis, *Comentarios...*, cit., p. 664.

suficiente para que el agente sepa que dicha intervención en vía germinal de algún modo producirá “la alteración efectiva permanente e irreversible del genotipo por lo que una desviación causal no esencial entre el curso causal que el sujeto se ha presentado y el real no excluye el dolo”.

González Cussac³⁴⁰ señala que, “como quiera que no existe ningún requisito especial en orden a la culpabilidad puede aceptarse que tanto el dolo directo como el dolo eventual”.

Comparto la inclusión del dolo eventual ya que es evidente que dentro del “querer” del sujeto debe entrar además del resultado directamente querido por él, “aquél que se representó como probable consecuencia de su acción (manipulación de genes) y sin quererlo directamente lo aceptó para el caso de que se produjera (alteración del genotipo)”.³⁴¹

Particular significación, adquiere “el dolo en los delitos de comisión por omisión”. En efecto, al estudiar la acción típica en el típico objetivo, se admite la posibilidad de comisión por omisión, de la conducta típica, debido al hecho que, en el ámbito de las técnicas de manipulación genética, existen una serie de personas que actúan como garantes de la seguridad de las investigaciones y de las técnicas empleadas por los equipos biomédicos³⁴².

“En el delito de manipulación genética previsto en el artículo 159.1 CP,,” además del elemento objetivo del tipo, constituido por la conciencia y la voluntad, se requiere para constituir el tipo del injusto, la presencia de un elemento de carácter subjetivo, finalidad distinta a “la eliminación de taras o enfermedades graves”. Se trata, por tanto, de una especial tendencia o motivo que el legislador exige, aparte del dolo, para constituir el delito de manipulación genética.

³⁴⁰ González, Cussac, José Luis, *Comentarios, ...*, cit., p. 825

³⁴¹ El Tribunal Supremo, “ha declarado que dentro del dolo al que se refiere el artículo 10 CP ha de entenderse comprendido no sólo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él –dolo eventual- conforme STS 11-5-94”.

³⁴² En este sentido el Tribunal Supremo ha declarado, que “ el dolo en los delitos de comisión por omisión está constituido por el conocimiento de las circunstancias que condicionan el surgimiento del deber de actuar propio de la posición de garante que ocupa el omitente, así como de la capacidad de realización de la acción requerida para impedir el resultado lesivo para el bien jurídico”, conforme STS 4-3-94.

XVI.5. TIPO IMPRUDENTE

El Código Penal de 1995, prescinde de la regulación genérica de la imprudencia punible y, establece en el párrafo segundo del artículo 159 CP,:

“ Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público profesión u oficio de uno a tres años”.

La exégesis del precepto no está exenta de dificultades y suscita dos preguntas de carácter evidente. ¿Está justificada la incriminación de este tipo por imprudencia? ¿Qué conductas puede integrar el tipo?

González Cussac³⁴³ “estima discutible la incriminación de este delito por imprudencia por ser poco respetuoso con el principio de intervención mínima, en el mismo sentido, Higuera Guimera³⁴⁴ “sostienen que acaso hubiera bastado una referencia al dolo eventual con una fórmula semejante a la del temerario desprecio a las normas científicas y legales de seguridad en la investigación”.

Si bien a algunos autores, les pueda parecer discutible la incriminación de este delito por imprudencia, máxime cuando el tipo culposo no requiere el especial elemento subjetivo, que aparece en el tipo doloso, “finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves”.

Considero que para delimitar el tipo imprudente hay que acudir una vez más a la distinción entre terapia somática y terapia génica germinal.

Desde este punto de vista, el tipo imprudente del artículo 159 C.P., es la de determinar qué conductas pueden integrar el tipo, para ello, hay que estudiar, el elemento subjetivo de lo injusto, en el tipo culposo.

343 González Cussac, José Luis, *Comentarios*, cit., p. 829.

344 Higuera Guimera, Juan Felipe, *El derecho penal y...*, cit., p. 169.

González Cussac³⁴⁵ sostiene que “las únicas diferencias con respecto al párrafo primero, se encuentran en la culpabilidad y correlativamente en la penalidad. Todo lo demás es exactamente igual”, y, en este mismo sentido Valle Muñiz³⁴⁶, “aconseja una interpretación donde la infracción de la norma de cuidado se desarrolle en el seno de una conducta presidida, por finalidad distinta de la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves”, con lo cual, para estos autores, las conductas que integran el tipo son aquéllas que, con una finalidad distinta a la terapéutica, producen el resultado “alteración del genotipo” por imprudencia grave.

Gracia Martín³⁴⁷ indica que “una realización imprudente del tipo se dará únicamente cuando la alteración del genotipo que se produzca, no sea en absoluto buscada por el autor de la intervención, porque no sea necesaria para la realización del fin terapéutico de que se trate, pero aquélla tendrá lugar a consecuencia de la vulneración de la *lex artis*”.

A la vista, de la exposición realizada, por los profesores antedichos, observamos que las actividades realizadas por un especialista que pueden integrar el tipo son:

1. Las manipulaciones genéticas realizadas de forma “gravemente negligente”, que, teniéndola finalidad terapéutica, “producen una alteración en el genotipo distinta a la proyectada” y, en su caso perjudicial, “para la salud o integridad del afectado” o del futuro nuevo ser.
2. “Las manipulaciones o intervenciones de cualquier clase que no tengan como propósito la alteración del genotipo”.

Así las manipulaciones genéticas realizadas de forma gravemente negligente, “que teniendo la finalidad terapéutica admitida por la Ley, producen una alteración del genotipo distinta de la proyectada”, y, como se exige imprudencia grave, es decir, el más absoluto desprecio de las normas extrapenales y de la *lex artis*, en definitiva, para determinar el tipo imprudente, hay que acudir una vez más a la distinción entre terapia génica somática y terapia génica germinal.

345 González Cussac, José Luis y otros. *Comentarios...*, cit., p. 756 y 757

346 Valle Muñiz, Valle Muñiz, José Manuel, y otros, *Código Penal y Leyes especiales*, Madrid 2019, 25ª edición p.757,758.

347 Gracia Martín, Luis, *Comentarios...*, cit., p. 665.

Respecto a la cirugía génica en las células somáticas, hay que indicar que, aún no se conoce a la perfección la técnica para controlar el lugar de inserción del nuevo gen y los errores pueden ser muy graves en todos los sentidos. Sólo se consiguen resultados ópticos de inserción disponiendo de un número elevadísimo de células y de complejos sistemas de selección, lo cual hace por ahora inviable este tratamiento en humanos.

La redacción literal del precepto admite interpretaciones sancionadoras más amplias que lo expuesto a través del artículo 159.2, “toda alteración genotípica producida por manipulación génica de manera imprudente”.

La imprudencia ha de ser grave, será, por lo tanto, necesario, el más absoluto desprecio la “*lex artis*”, dicha imprudencia grave, debe ponerse en conexión, con la naturaleza del delito, que requiere determinados conocimientos para realizar las conductas antedichas, lo que lleva a la consideración de negligencia profesional.

XVII.1. LA UTILIZACIÓN DE LA INGENIERÍA GENÉTICA PARA PRODUCIR ARMAS BIOLÓGICAS O EXTERMINADORAS DE LA ESPECIE HUMANA QUE-DA REGULADA EN EL ARTÍCULO 160.1 CP

González Cussac³⁴⁸ “indica que el bien jurídico protegido es la supervivencia de la especie humana porque el tipo requiere que se produzcan armas biológicas o exterminadoras de la especie humana”. En este tipo el legislador adelanta y refuerza la protección del bien jurídico, estimando consumada la infracción antes incluso de que se produzca la lesión, de tal forma que es suficiente realizar una conducta que persiga la finalidad descrita para determinar la consumación de la acción y aplicar las penas reconocidas en el tipo.

De la Cuesta Arzamendi³⁴⁹ afirma que “esta solución habría sido, sin duda, preferible si el delito hubiera estado constituido por la producción de armas biológicas u otros procedimientos exterminadores, mediante la utilización de ingeniería genética, opción más acorde con el principio de intervención mínima que la elegida por suponer una mayor afectación del bien jurídico protegido”.

Romeo Casabona³⁵⁰ manifiesta que “siendo la figura jurídica sancionada con las penas más graves no se comprende bien, por qué no se tipifica su realización imprudente”.

El delito es doloso y su formulación amplísima, ya que se trata de usar ingeniería genética, para producir armas que exterminen la especie humana o armas de tipo biológico, por lo tanto, es un delito de “peligro abstracto”, que tienen por objetivo que sobreviva y superviva la especie humanan.

Además, este delito está incluido en el Título V del Libro II, porque se usa la ingeniería genética, también se podría haber planteado incluirlo en el (Título XXIV), que regula los delitos contra la comunidad internacional, ahora bien, debieran incluirse armas de tipo bioquímico susceptibles de producir mutaciones genéticas perdurables.

348 González Cussac, José Luis y otros, *Comentarios...*, cit., p. 830.

349 De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “Los llamados delitos de Manipulación ...”, cit., p. 68 y 69.

350 Romeo Casabona, Carlos María, “Genética y Derecho Penal...”, cit., p.183.

En cuanto a la pena aplicable será “una pena grave de prisión de tres a siete años y otra también grave de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años”.

En materia de concursos sí se consiguiera la creación de armas biológicas, este tipo entraría en concurso con el delito de genocidio regulado en el art.607CP., y también podría entrar en concurso con el art.266CP.

XVII.2. FECUNDACIÓN DE LOS ÓVULOS HUMANOS CON FINES DISTINTOS A LA PROCREACIÓN HUMANA (ARTÍCULO 160.2)

La acción consiste en “fecundar dolosamente óvulos humanos del modo que sea con fines distintos a la procreación”, inclusive cuando tenga por objeto la investigación. El hecho de que el artículo 20.2B.r) LRA se vea modificado con la entrada en vigor del CP, incluyendo “las fecundaciones entre gametos humanos y animales que no estén autorizadas, no significa, que la fecundación de óvulos humanos con gametos animales”, quede al margen del artículo 160.2, pues hallando plena cabida en el tenor literal de ambos artículos, la aplicación del precepto penal, será preferente.

Por lo demás el CP., refuerza penalmente la prohibición del” artículo 3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, dirigida a proteger la finalidad procreadora que debe alcanzar toda fecundación humana.

La doctrina en este supuesto, no se pone de acuerdo respecto del objeto susceptible de tutela, destacando “la inalterabilidad del patrimonio genético”, la vida prenatal, la dignidad humana comunitaria, a nuestro juicio, el objeto de la acción será el óvulo femenino sobre el que se practique una técnica de reproducción asistida.

De la Cuesta Arzamendi³⁵¹ expresa que, “prefiere remitir el inicio de la intervención penal, a los comportamientos posteriores a la implantación o anidación y considera suficiente en este

351 De la Cuesta Arzamendi, José Luis “Los llamados delitos de Manipulación...”, cit., p. 70.

punto -tanto para los frutos de la concepción extracorporal como de la intracorporal la tutela a través del Derecho Administrativo, que es quién debe establecer que tipo de investigaciones sobre preembriones son admisibles, es más considera, que en su lugar debería haberse incluido en el Código Penal, una tipificación explícita de conductas, hoy por hoy no fácilmente incardinables u otros preceptos y que afectan más directamente a los bienes jurídicos dignos de protección penal, en este campo: por ejemplo, la implantación en seres humanos-incluso con el consentimiento de la mujer- de óvulos (humanos o no) fecundados –o de preembriones, embriones o fetos- con fines distintos a la procreación humana o de embriones-o preembriones- no procedentes de la unión de un único espermatozoide con un solo óvulo o que hayan sido objeto de experimentación o investigación no autorizadas, o conservados más allá de los catorce días, así como la transferencia de embriones o preembriones humanos a especies animales y viceversa”.

La acción típica, por lo tanto, consiste en practicar la fecundación en un óvulo humano, bien sea *in vitro* o *in útero*, conducta que obviamente consistirá en aplicar técnicas artificialmente conocidas actualmente o que surgirán en un futuro próximo, por ello, los científicos destacaron la importancia de este precepto penal, que prohíbe la producción de la fecundación *in vitro* de embriones humanos para experimentación, puesto que afecta a la aplicación de nuevas técnicas de obtención de cultivos de tejidos en el laboratorio.

De tal manera que, sólo será típica “la fecundación de un óvulo humano viable con la única finalidad de experimentar o investigar con él, sin perseguir directa o indirectamente la procreación”.

Como en todos los delitos es preciso que se pruebe la relación de causalidad entre la actuación realizada y la producción del resultado.

En lo relativo al sujeto activo, podemos indicar que aunque inicialmente no se configura como un delito especial, sin embargo, se requieren conocimientos muy específicos para realizar la acción típica.

González Cussac³⁵² afirma que se “constituye un tipo de resultado cortado, porque basta con realizar la conducta típica, con finalidad ilícita para que se entienda consumada la infracción”.

³⁵² González Cussac, José Luis y otros, *Comentarios...*, cit., p. 833.

XVII.3- CREACIÓN DE SERES HUMANOS IDÉNTICOS POR CLONACIÓN U OTROS PROCEDIMIENTOS DIRIGIDOS A LA SELECCIÓN DE LA RAZA (ARTÍCULO 160.3)

La Ley 35/88 de Técnicas de Reproducción Asistida en su “art.20.2 b) apartados k) y l) establecían como infracción grave crear seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza y la “creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos”.

Infracciones graves que se suprimieron con la entrada en vigor de este precepto penal, creado *ex novo* por el Código Penal de 1995, y que, estaba tipificado en el art.161, posteriormente con la reforma de fecha LO 15/2003 de 25 de noviembre, se trasladó esta conducta al número tres del art.160CP.

El art.160 CP ha dado lugar a diversas dudas interpretativas, debido a la falta de precisión, y la doctrina se plantea si se trata de un precepto penal que incluye dos actuaciones diferentes o si se trata de dos tipos penales distintos.

Tampoco ha solucionado este problema la modificación de la LO15/2003, que trasladó este precepto del art.161.2 al art.160.3CP y además estableció “que con la misma pena, se castigará”, (utilizado en singular) cuando antes hablaba en plural y con ello se entendían dos tipos de conducta.

Se tutelan aquí “la identidad e irrepetibilidad de la persona humana”, a juicio de Peris Riera³⁵³ y manifiesta que una lectura sistemática de la Ley 35/1988 y del informe parlamentario que la precedió, de donde procede la nueva infracción penal, permite configurar este tipo como un auténtico delito de lesiones, constituido por la creación de seres individualizados viables, susceptibles de vida humana extrauterina consistente y con cierta autonomía y remitiendo la clonación de preembriones con objeto de crear seres humanos idénticos -que también merece sanción penal- a los tipos de imperfecta realización generalmente previstos por el artículo 15 y 16 CP.

³⁵³ Peris Riera, Jaime Miguel, *La Regulación Penal...*, cit., p. 175.

No obstante, la mayoría de la doctrina³⁵⁴, así como la Comisión de Reproducción Asistida Humana se inclinan por conceder preferencia a la tesis amplia que defiende, la existencia de dos tipos delictivos, pues se parte de la idea de que este tipo penal recoge las dos infracciones administrativas reguladas en LTRA, infracciones administrativas que tenían un contenido diferente.

o para la creación de seres humanos especializados (homúnculos).

“El bien jurídico protegido del primer tipo delictivo es la identidad e irrepetibilidad del ser humano”, es decir ser uno mismo distinto y diferente, frente a los demás, inicialmente, es obvio el carácter individual, pero desde luego, sin perder la perspectiva, ya que formamos parte de una comunidad internacional y por lo tanto se trata de mantener la diversidad genética en la humanidad.

Así sí utilizamos “procedimientos dirigidos a la selección de raza” se afecta el patrimonio genético de la especie humana, bien para la creación de seres humanos especializados (homúnculos), y, especialmente con fines racistas o eugenésicos, a diferencia de lo que ocurre con la clonación, que se trata de un bien colectivo, además consideramos que nos hallamos ante un tipo de consumación anticipada, por cuanto no es preciso que llegue a nacer un individuo con las características planeadas, para que se configure el tipo.

En cuanto a la pena, para las dos conductas o mejor dicho, como en este caso hemos defendido, para los dos tipos penales es la misma e idéntica al art.160.2CP: “prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años”.

Se trata, en definitiva, de penas graves conjuntamente impuestas.

354 Romeo Casabona, Carlos María, Los llamados delitos relativos a la manipulación genética...cit.p.355 y González Cussac Jose Luis, y otros, Derecho Penal...cit.p.176 y 177.

XVIII- PRÁCTICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN UNA MUJER SIN SU CONSENTIMIENTO (ART.161)

Este tipo penal tiene su antecedente próximo en “el Proyecto de Código Penal de 1992”, en el que se castigaba la práctica de la inseminación artificial de una mujer sin su consentimiento.

El Código Penal de 1995, reguló en el “art.161.1 el Título V del Libro II, CP, la práctica de la Reproducción Asistida en una mujer sin su consentimiento”, delito doloso de mera actividad, y en el último inciso de este precepto penal, estableció que “será perseguible previa denuncia de la persona agraviada o su representante legal, cuando aquélla sea menor o persona necesitada de protección o una persona desvalida”, conforme artículo 161.2 CP, precepto reformado por LO 15/2003 de 25 de noviembre

En este tipo delictivo, la doctrina es unánime al considerar que esta conducta debiera integrarse bien junto a los delitos de manipulación genética o en los delitos contra la libertad.

Tamarit i Sumalla³⁵⁵, manifiesta que es una conducta consistente en unas coacciones o calificaciones específicas, esencialmente atentatorias de la libertad, susceptibles de realización sin violencia y cuya cobertura a través del tipo general de coacciones no parece suficiente, por merecer una pena superior a la de éste.

Romeo Casabona³⁵⁶ considera que “no es un delito ligado a los delitos de manipulación genética sino al derecho de procreación de la mujer, lo que implica que este derecho es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se concreta en la libertad de engendrar la descendencia”.

De la Cuesta Aguado³⁵⁷ indica que, “ en este tipo penal, no se trata de tutelar la libertad de procreación de la mujer, sino de proteger intereses más generales de la sociedad como garantizar

³⁵⁵ Tamarit i Sumalla, Josep Maria y otros, *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Pamplona 1996, 1ª edición, p.757 y 758

³⁵⁶ Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y ...* cit. P.120

³⁵⁷ De la Cuesta Aguado, Paz Mercedes, *La reproducción asistida humana sin consentimiento. Aspectos penales*. Valencia 1999.1ª edición, p.96.

la seguridad en las intervenciones, controlar la investigación, evitar la selección de raza, y, por lo tanto, en el tipo penal, trasciende el carácter individual afectando a la humanidad”.

Así el bien jurídico de carácter supraindividual podría expresarse como la “no instrumentalización de la procreación humana en el ámbito de la reproducción asistida”.

Cuestión nuclear de este tipo penal, es la ausencia de consentimiento de la mujer que deberá ser abarcada por el dolo. La expresión “sin su consentimiento” no deja de resultar problemática en especial, si como parece lógico, se quieren dar cabida en ella a supuestos de consentimiento viciado u obtenido mediante “fraude o error respecto a la práctica en sí o alguno de sus aspectos”. Siendo el consentimiento siempre revocable, deberá ser previo, libre, consciente y debidamente informado de conformidad con “el artículo 2 de LRA La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida exige que la mujer sea mayor de edad según artículo 2.1b)”. No obstante, desde prisma penal la eficacia del consentimiento dependerá de la “capacidad para emitir libre y conscientemente el consentimiento” tal y como hemos estudiado y no de la edad.

En consecuencia, “el delito se consuma desde el instante, en que se practica la reproducción asistida no deseada, utilizando cualquier procedimiento” según Peris Riera.³⁵⁸ Y, “no se precisa la producción de ningún resultado ulterior, ni desde luego desde la obtención del embarazo, que en todo caso pertenecería a la fase de agotamiento del delito”. En este sentido González Cussac³⁵⁹, así pues, “el único resultado que exige el tipo es la negación de la libertad de la mujer en cuanto a someterse a una técnica de reproducción asistida, por lo tanto, podrán estimarse tanto la tentativa acabada como la tentativa inacabada”. Sin embargo, a nuestro juicio, el delito se consuma cuando se produce efectivamente una fecundación artificial, ya que la acción consiste en llevar a cabo cualquier técnica de “reproducción asistida”, dirigida a conseguir el resultado material de la fecundación artificial, con lo que en los supuestos de reproducción asistida, la tipicidad queda abierta a cualquier técnica que pueda descubrirse, y aquí también comprende la “fecundación *in vitro* y la transferencia intratubárica de gametos”, y todo ello, porque el tipo únicamente requiere se

358 En opinión de Peris Riera, Jaime Miguel, *La regulación penal de la manipulación genética en España (Principios Fundamentales y tipificación de las genotecnologías, Fundación Valenciana de estudios avanzados. Ilustre Colegio de Abogados de Valencia-Madrid 1995,* p.113.

359 González Cussac, José Luis, *Derecho Penal...* cit.p.176.

realice sin el consentimiento de la mujer, y será independiente si se realiza mediante engaño y con privación de sentido de la mujer.

En cuanto a la culpabilidad, según nuestro punto de vista, sólo cabe dolo, inclusive cabe dolo eventual, pues se podrá admitir incluso dolo eventual, porque aunque hemos indicado que se trata de evitar técnicas para la selección de raza y garantizar la seguridad jurídica de las intervenciones, ya sea para prevenir enfermedades genéticas o para investigar con gametos, en ningún momento el tipo recoge expresamente esta finalidad, de ahí que en este punto, la doctrina no es uniforme.

La pena establecida en este delito, tras reforma LO 15/2003 de 25 de noviembre resulta una pena de mayor gravedad que la establecida para el delito de coacciones, pues se trata de “pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años”.

Se trata de un delito que constituye, ley especial, frente al delito de coacciones, y por lo tanto habrá que aplicar el principio de consunción.

XIX. SANCIONES

Centrándonos en las concretas figuras delictivas, el supuesto más grave, es en lo relativo a las penas, el de “utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana”, castigado con “pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público profesión u oficio por tiempo de siete a diez años”. Se trata, no obstante, de un tipo que tienen por objeto proteger supervivencia de la especie humana, por ello se configura como delito peligro abstracto.

Le sigue a continuación en gravedad “la manipulación de genes humanos con alteración del genotipo (prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de siete a diez)”.

Merecen la misma pena supuestos tan diversos como “la fecundación de óvulos humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza (artículo 160.2 y 3CP)”.

En cuanto a la “práctica de la reproducción asistida sin consentimiento de la mujer, se castiga con penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de uno a cuatro años”, superiores a las previstas para los delitos de amenazas y coacciones. Pero la pena de prisión queda lejos de los “abusos sexuales no violentos o intimidatorios consistentes en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal conforme artículo 182CP”.

En mi opinión, la regulación del CP de 1995 “en cuanto a los delitos relativos a la manipulación genética regulados en el Título V del Libro II “, modifica defectos técnicos y reduce los excesos de incriminación en relación con los textos precedentes respetando de esta forma el principio de intervención mínima, que rige en derecho penal.

Por último, indicar que la “LO 15/2003 de 23 de noviembre introdujo el art.162 CP.”, en virtud del cual el juez o tribunal podrá imponer las medidas contempladas en el el art.129CP, artículo que a su vez remite a las penas del art.33CP., porque es muy probable que este tipo de

delitos se desarrollen en el ámbito de una asociación, o de una sociedad, tratando en consecuencia de neutralizar la continuidad de la actuación delictiva.

XX. LA RESPONSABILIDAD CIVIL QUE DERIVA DEL DELITO

XX.1. INTRODUCCIÓN

El artículo 1.089 Código Civil, distingue los actos propiamente ilícitos (delitos penales), de aquellos otros en que interviene cualquier género de culpa o negligencia.

Así los artículos 116 a 122 del Código Penal, regulan la responsabilidad civil que surge del delito cuando se causan daños y perjuicios, siendo responsables no sólo las personas físicas sino también las jurídicas, tanto autores como en cómplices, regulando expresamente la responsabilidad de las aseguradoras cuando se produzca el riesgo asegurado y siempre hasta el límite de la indemnización establecida por ley o pactada.

De tal forma que los actos “ilícitos penales se regirán por las disposiciones del Código Penal conforme artículo 1.092 Código Civil, mientras que los actos en que interviene cualquier género de culpa o negligencia quedan sometidos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.093, a las disposiciones del capítulo II del Título XVI del Libro IV del Código Civil”.

XX.2. PRINCIPIOS QUE RIGEN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

- a. La acción civil puede entablarse juntamente con la acción penal, “aunque sólo la llamada acción de reparación, si bien ha de entenderse como afirma Gómez Orbaneja³⁶⁰ en sentido amplio”. En este supuesto rige el principio de rogación. Ruiz Vadillo³⁶¹, “cita las acciones de nulidad de escrituras, de inscripciones registrales”.³⁶²

³⁶⁰ Gómez Orbaneja, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1.882, con la legislación orgánica y procesal complementaria, Tomo II, VolI*, Barcelona 1.951, 2ª edición, p.508 y ss.

³⁶¹ Ruiz Vadillo, Enrique, *La Responsabilidad Civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Consejo General del Poder Judicial, Vol. XVIII, Madrid 1994, 1ª edición, p.17.

³⁶² Así STS de fecha 20 de enero de 1994, Caso de la Construcción de Burgos, STS de fecha 28 de julio de 1992, sobre rescisión de enajenación, artículos 1.291 y 1.395 C. Civil

- b. El sobreseimiento del procedimiento ya sea libre o provisional y el subsiguiente archivo de la causa, o la sentencia absolutoria que pronuncia la autoridad judicial, no supone siempre la exoneración de la responsabilidad civil³⁶³.

La jurisprudencia ha resuelto en este orden de cosas, algunas cuestiones puntuales, así es posible, la exención de una responsabilidad civil derivada de infracción penal, por confusión que es, uno de los medios extintivos de las obligaciones³⁶⁴.

Y sobre la renuncia a la indemnización el TS manifiesta que ha de ser interpretada restrictivamente³⁶⁵.

Respecto de la prescripción³⁶⁶, se extingue la responsabilidad penal y la acción para su exigencia ante la jurisdicción, afectando a la globalidad del contenido del proceso penal y bloqueándose, en consecuencia, tal posibilidad actualizadora de la pretensión civil que suele acompañar a la acción penal.

Hay que destacar, “la especial consideración de la autonomía de la acción civil, respecto a la penal, porque la acción civil no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en el proceso penal al que se incorpora, de tal forma, que la circunstancia de ventilarse en éste, para nada afecta a las características que le son propias y específicas”³⁶⁷.

Hay que tener en cuenta que, los principios de legalidad, en cuanto a taxatividad y certeza de culpabilidad y, por consiguiente, de presunción de inocencia, de proporcionalidad en el sentido específico, que adquiere este principio dentro del sistema, son de aplicación a todas las normas sancionadoras sean penales propiamente dichas, civiles, administrativas, o laborales. En este sentido, los artículos 24 y 25 de la Constitución. Ahora bien, cuando se trata de la indemnización en

363 En este sentido la STS de 1 de abril de 1993 que establece: “la exención de la responsabilidad criminal declarada en el artículo 8.7 Código Penal de 1973, no comporta la exención de la responsabilidad civil”.

364 Según STS de 16 de marzo de 1992.

365 De conformidad con la STS de fecha 1 de diciembre de 1992.

366 Así lo declara la STS de fecha 5 de febrero de 1992

367 La STS de fecha 27 de mayo de 1992 señala: que la acción civil, no pierde su naturaleza por el hecho de ser ejercitada en un juicio penal, respecto del “quantum”, hay que indicar, que es potestad del tribunal de instancia, conforme STS de fecha 26 de diciembre de 1984 y sólo es revisable en casación la sentencia, cuando la cuantía excede de lo reclamado conforme STS de fecha 16 de marzo de 1990.

el ámbito penal el tema alcanza características específicas y propias. Es evidente, que, puede existir responsabilidad civil, sin previa declaración de responsabilidad penal y, que puede producirse una responsabilidad subsidiaria que para nada afecta a la culpabilidad de quien ha de sufrirla una vez que se superó la teoría de la culpa “*in vigilando*” e “*in eligendo*”, de connotaciones culpabilísticas y se optó por fórmulas de carácter objetivo como la teoría del riesgo.

De ahí la diferencia entre aquéllos supuestos en los que la Ley contempla situaciones de culpa, en los que como ya indicamos ha de imperar todo el sistema sancionador con los principios de mínima intervención, de culpabilidad, de legalidad estricta, de presunción de inocencia, de aquéllos otros en los que sólo se trata de buscar un resarcimiento de la víctima³⁶⁸.

La responsabilidad civil “comprende la restitución y la indemnización y ha de hacerse de tal manera que dentro de lo humanamente posible se produzca una auténtica e íntegra reparación de los daños y perjuicios tanto los físicos como los morales”³⁶⁹.

Asimismo, es importante el establecimiento de garantías para que la indemnización se haga efectiva.

Respecto a los beneficiarios³⁷⁰ se establece la compatibilidad entre el derecho al resarcimiento del cónyuge, en los supuestos de muerte.

La relación de causalidad, es obvio que es preciso acreditarla, ya que no todo daño o perjuicio puede ser asociado al delito, “hay que probar que entre éste y aquéllos hay la correspondiente relación causal”³⁷¹.

368 Así la STS de 30 de abril de 1992 señala: “No cabe la analogía en el campo de la interpretación de las normas penales para aplicarlas extensivamente con consecuencias sancionadoras”.

369 Procede la restitución, según la STS de fecha 12 de febrero de 1992.

370 En este sentido, STS de 19 de abril de 1991

371 Lo que establece la STS de fecha 23 de abril de 1992, dictada con ocasión del llamado síndrome del aceite de colza.

XX.3. LA CONSTITUCION, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA “RESPONSABILIDAD CIVIL”, QUE SURGE DE LA INFRACCIÓN PENAL

Los principios de la Constitución y sus mandatos representan como la plataforma sobre la que hay que construir el Ordenamiento Jurídico y sobre cuyos parámetros ha de llevarse a cabo la correspondiente interpretación de cualquier artículo o precepto.

El responsable civil, tanto si lo es, el que lo es penalmente, como si lo es un tercero y, por supuesto, los responsables civiles subsidiarios tienen derecho a verse tutelados por jueces y magistrados de manera efectiva, a proponer y practicar pruebas que sean pertinentes a impugnar las correspondientes resoluciones etc³⁷².

La STS de 24 de abril de 1991, fijó los principios que han de aplicarse:

1. La Sentencia ha de contener la determinación del daño.
2. La cuantía concreta ha de ser razonable
3. La indemnización comprende también los intereses legales del artículo 921 LEC.
4. Comprende los perjuicios materiales que han de estar probados y los morales que no son susceptibles de prueba”.

Si en las bases se dan como probadas determinadas consecuencias, es obligado obtener de ellas las correspondientes derivaciones económicas.

³⁷² La STS 14 de septiembre de 1992 señala: “ Los pronunciamientos en materia de responsabilidad civil derivados de delitos o faltas no constituyen una sanción por un delito, falta o infracción administrativa que es a la que se refiere el artículo 25.1 de la Constitución e igualmente en relación con diversas modalidades previstas en el ordenamiento, los intereses de demora no tienen naturaleza sancionadora, sino exclusivamente compensatoria o reparadora del perjuicio causado>.”

El fallo que declara una responsabilidad civil directa o subsidiaria debe motivarse³⁷³. Sólo de esta forma, se cumplen los principios recogidos en el artículo 120.3 de la Constitución que trasciende de una pura exigencia formal para transformarse en una de las principales garantías para los justiciables y la sociedad.

De tal manera que, sólo cuando una responsabilidad civil venga establecida como sanción actuarán los principios esenciales del derecho sancionador, porque es evidente que cuando se produce una vía jurídica un auténtico reproche judicial el condenado a quien se declara “culpable” tienen derecho a que sobre él converjan todas las garantías del sistema sancionador.

XX.4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL “DELITO DE LESIONES AL FETO”

Entre lo supuestos que dan lugar a responsabilidad civil destacaremos los siguientes:

1. Caso en que no se examinó al paciente y se emitió un diagnóstico.
2. Caso en que no se utilizaron todos los medios imprescindibles y necesarios para emitir el diagnóstico, siendo posible.
3. Caso en que no se tienen en cuenta todas las circunstancias que pueden incidir desde una vertiente científica como experimental, cuando se realiza el diagnóstico.

En consecuencia, si se produce un error de diagnóstico, las consecuencias son distintas, distinguiendo entre falsos positivos y negativos.

Los supuestos denominados falsos positivos, “están incardinados en el estudio del error, pues son aquéllos supuestos en que los individuos examinados se identifican inicialmente como portadores del defecto genético, pero con posterioridad se descubre su inexistencia”.

³⁷³ Todo ello de conformidad con la STS de dos de noviembre de 1992

Por ello nos vamos a centrar en los falsos negativos, “que son aquéllos supuestos en los que la prueba inicial no detecta la condición de portador y se supone que los individuos están libres de anomalías, cuando de hecho son heterocigóticos portadores”.

De tal forma que el médico especialista puede emitir un diagnóstico erróneo, con diferentes consecuencias que variarán según la etapa en que el feto se halle, pudiendo ocasionar malformaciones fetales y sí se informa adecuadamente a la madre gestante podrá optar por un aborto cuando se halle dentro de las indicaciones o plazo según la legislación permita o cuando no fuera posible, el neonato tendrá malformaciones físicas o psíquicas, o quizás ambas. Y, obviamente la responsabilidad que se genera puede ser penal y generalmente en el ámbito del art.158CP., puesto que es una comisión u omisión o comisión por omisión imprudente o en el supuesto de que no resulte acreditada una responsabilidad penal, porque no quedó acreditada la relación de causalidad o porque no se estableció debidamente la posición de garante, y, por ello, se generará una responsabilidad civil, salvo que exista tratamiento fetal que elimine las malformaciones.

Esta responsabilidad es exigible al médico especialista y a la administración pública o privada con la cual, le le une su contrato de trabajo, por las actuaciones negligentes y serán los progenitores los que reclamen una indemnización por daños y perjuicios, bien en nombre propio nombre propio, “denominada *wrongful birth* o en representación de su hijo, denominada *wrongful life*”.

a. Acciones de *wrongful birth*.

“Consiste en una demanda interpuesta por los padres del hijo con malformaciones contra el médico. El médico o consejero genético es responsable de un daño, al no proponerle a una mujer una serie de pruebas, o bien al no detectar o no avisar a la mujer embarazada sobre la enfermedad o anomalía que sufre su feto, a tiempo de que ésta pueda abortar amparada por la Ley. Entonces, se permite que la mujer ejerza esta acción contra el médico, puesto que, debido a su negligencia, le privó de la oportunidad de tomar una decisión informada sobre la continuidad o interrupción de su embarazo. Por lo tanto, se trata de una acción, que entablan, los padres del niño, contra el médico que no detectó en un diagnóstico prenatal la afección fetal o que, incluso, no les propuso la realización de pruebas diagnósticas y, en consecuencia, le reclaman una indemnización por el daño consistente en el quebranto moral

y en el quebranto económico derivado de haber tenido un hijo aquejado con una enfermedad o anomalía genética”.

Si se recurre al Derecho Comparado, “en lo que estas demandas, se refiere, se puede comprobar que, en Alemania la jurisprudencia ha aprobado reclamaciones de *wrongful birth* desde 1980. Los primeros casos en los que se aceptaron estas demandas consistieron en una malograda esterilización y en un fallo en el diagnóstico de una enfermedad muy común, cuáles es, la rubéola, evitando con ello el proceder a un aborto legal. En Francia, el Reino Unido y Los Estados Unidos, se admiten acciones contra los médicos, basadas en su negligencia, por utilizar las técnicas de diagnóstico prenatal, de forma dañosa para el feto.

En España, son pocas las Sentencias existentes al respecto hasta el momento, pero poco a poco va aumentando el número, puesto que cada vez es mayor el conocimiento sobre la posibilidad de ejercitar dichas reclamaciones civiles”.

b. Acciones de *wrongful life*.

“Consiste en una demanda que interpone el hijo, que ha nacido con alguna anomalía o enfermedad, contra el médico. Hemos de puntualizar, que cuando se habla de acciones entabladas por el hijo, son demandas que pueden ser formuladas por sus representantes legales, bien sus padres, bien sus tutores, pero siempre en nombre de aquél. Por ello es frecuente que, al demandar, los padres, lo hagan por el doble concepto de *wrongful birth*, es decir, por ellos mismos y *de wrongful life*, es decir, en nombre del hijo.

La causa que motiva la acción de *wrongful life*, es esencialmente de reclamación por la negligencia o mala praxis médica. El niño que padece alguna anomalía, alega que el profesional sanitario tenía un deber con él y que ese deber fue incumplido. En esta acción, el niño no alega que la negligencia del personal sanitario fuera la causa de su lesión o de su enfermedad, sino que la negligencia dió lugar a su nacimiento. En consecuencia, el niño tendrá que probar, no que el médico causó sus anomalías, sino que, su negligencia, por no detectar las anomalías o por informar erróneamente a sus padres, dio lugar a su nacimiento. De hecho, la jurisprudencia norteamericana, dice que la realidad del concepto *wrongful life* es, que los demandantes existen y sufren debido a la

negligencia de terceras personas. En este supuesto, el hijo demandante, argumenta que, de no haber sido por el consejo médico inadecuado, no habría nacido, para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad, por ello, solicita al médico que le indemnice, tanto por los daños económicos que conlleva su vida enferma, como por el hecho de haber nacido, ya que, considera que hubiera sido mejor para él no haber nacido, que vivir en las condiciones en que lo hace, es decir existe un daño moral o perjuicio por el sufrimiento”.

“En este sentido, el Tribunal de Casación Francés³⁷⁴, falló a favor de la indemnización del niño discapacitado”.

“Evidentemente, la valoración de los daños, resulta difícil en el caso de estos daños morales, ya que se trataría, en definitiva, de una estimación económica de los bienes inmateriales de que la víctima se ha visto o se verá temporal o permanentemente privada”.

En atención a lo expuesto surgen los siguientes planteamientos: El derecho a no nacer y el derecho a nacer con una mente y un cuerpo sanos.

Respecto del “derecho a no nacer”, es preciso, indicar que, son tres las facetas que hay que tener en cuenta:

1. “El del niño, que corre el riesgo de ser anormal, aquejado de una deficiencia física o mental, fuente de sufrimientos para él y sus padres.
2. El del Estado, puesto que la Seguridad Social se hace cargo de la salud pública y deberá soportar los gastos, a menudo muy onerosos, de la asistencia que necesitará el niño durante meses o años.
3. El de la humanidad, sí llega a procrear el portador de una tara, habiendo posibilidad de transmitirla y, en consecuencia, de hacer aumentar el número de taras que comprometen el patrimonio genético de la familia.

³⁷⁴ En este sentido la Sentencia de fecha diecisiete de noviembre de 2000, en la que también se resolvió una demanda de *wrongful life* con similares fundamentos jurídicos

El primer supuesto, supone que, no siempre ha de preservarse toda vida humana, sino que, ha de mantenerse cierto nivel de calidad de vida, puesto que resulta irresponsable tener descendencia, cuando se conoce fehacientemente que se le va a transmitir una enfermedad grave e incurable, de ahí se deriva el respeto a la dignidad humana y al principio *alterum non laedere*.

En cuanto al perjuicio, que puede suponer al Estado una persona con anomalía, es en efecto, elevado, ya que no sólo tiene que soportar los gastos de asistencia a esa persona, sino que, además dicha persona no va a ser tan productiva para el Estado, como lo es la sana.

En relación con el perjuicio, que ese ser disminuido puede causar en la humanidad si llega a procrear, hay que decir que actualmente las investigaciones científicas y los avances tecnológicos están encaminados a mejorar la salud de las personas, la reproducción, la aplicación de terapias génicas etc., por lo tanto, en un futuro pueda suceder que una persona afectada por una malformación o anomalía no la transmitiera a su descendencia.

Respecto del derecho a nacer con una mente y un cuerpo sanos”, hay que indicar que, es positivo utilizar todos los medios, para asegurar que los niños sean sanos, puesto que, son ellos los que deben vivir en el mundo después de que nazcan. La salud genética, tiene el concepto de don, de tal manera, que sí no se puede cumplir con ese derecho es mejor no nacer, puesto que todas las personas están obligadas moralmente a no causar conscientemente penas ni sufrimientos al mundo, como ocurrirían si nacieran niños defectuosos, cuando el riesgo genético se conociera anticipadamente, siendo obviamente un acto irresponsable”.

Además, entre un conflicto de intereses, como el derecho de reproducción de la pareja y el derecho de la descendencia a nacer sano, personalmente me inclino por este último, teniendo en cuenta una ponderación de intereses, tales como (sufrimiento que genera tanto en el hijo como en la pareja, atención asistencial que requiere la persona incapaz, costes económicos etc). Algo distinto sería, que, una vez nacido el hijo con las malformaciones expuestas fuera éste quien demande civilmente a sus progenitores amparándose en “el principio *alterum non laedere*”.

Hay que manifestar que las demandas de *wrongful life* se comenzaron a estimar en E.E.U.U., a partir del año 1997, destacando “el caso Park v. Chessin en New York, que consiste en una niña

afectada por una enfermedad poliquística de riñón, quién demandó al médico, por informar de forma inadecuada a sus padres, sobre el posible padecimiento en este caso, el tribunal consideró que, la niña no reclamaba daños por haber nacido, sino por el dolor sufrido después de su nacimiento por una actuación de los médicos anterior a la concepción”.

Pienso que el error o la negligencia del médico o del consejero genético cuando se formula erróneamente el diagnóstico, no se aconseja sobre la conveniencia de llevar a cabo ciertas pruebas genéticas o cuando no se ofrece una correcta información sobre la salud del feto, da lugar a que los padres tomen una decisión basada en una información incompleta y la mayoría de las ocasiones inadecuada. En consecuencia, el nacimiento del niño que padece anomalías o enfermedades no detectadas por el médico a tiempo de abortar, puede dar lugar a acciones de reclamaciones civiles que los padres interpongan contra el médico o por el niño; lo que implica, el derecho de los padres a ser informados adecuadamente en lo que les afecta, a la hora de tomar decisiones reproductivas y el emergente derecho del niño, a nacer libre de daños, causados por la negligencia de terceros.

Hay que analizar “la jurisprudencia española en relación a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”.

XX.4.1. Wrongful birth

“Supuesto en que el médico no detecta malformaciones, de tal manera, que la mujer no recibe la información adecuada para decidir sobre la interrupción del embarazo y el niño nace con graves taras. En consecuencia, se equivoca en la formulación del diagnóstico practicado sobre la mujer embarazada, y, por tanto, la mujer no dispone ya de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido. En segundo término, también puede contraerse esta responsabilidad por parte del médico, cuando aún sin haber existido error en el diagnóstico, no comunica éste en su debida forma a los padres”.

XX.4.2. Wrongful life

“Supuesto en que, el médico, no aconseja sobre la conveniencia de llevar a cabo el diagnóstico prenatal. Por tanto, el error, consiste, no en la defectuosa realización de diagnóstico, sino en no haber dado lugar a él”.

Estas últimas hipótesis son las que han dado lugar a las acciones en el campo del Derecho Civil denominadas *wrongful birth* y *wrongful life*. “La distinción entre ambas, consiste en que la primera se formula por los padres del niño contra el médico, porque se le considera responsable, como autor, mientras que la segunda quien entabla la acción es el hijo. Por ello, en aquella, los padres alegan que al haberse detectado o no haberseles informado sobre la posibilidad de que la madre concibiese o diese nacimiento a una criatura, con enfermedades congénitas, se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión informada sobre sí dar o no dar lugar al nacimiento”.

“En la acción de *wrongful life*, en cambio, el hijo demandante argumenta que de no haber sido por, el consejo médico inadecuado, no habría nacido, para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad. Por decirlo de otro modo, en la acción de *wrongful birth* la culpa del médico consiste en un error que ha conducido al nacimiento del hijo, de los padres demandantes; y en la acción de *wrongful life* el error del médico que se invoca es el de que ha conducido a la vida del propio hijo enfermo que demanda”.

En ambos tipos de acciones se plantean problemas jurídicos que difícilmente se habían suscitado hasta ahora.

“En primer lugar, estamos en presencia de un campo de actuaciones médicas, en el que resultan particularmente difícil de determinar, cuáles son los confines de la *lex artis*. Hay que tener en cuenta, por ejemplo, que las limitaciones de la ciencia médica son patentes ante nuevas tecnologías, como las que requiere el diagnóstico genético prenatal; esto es, sin dejar de advertir lo complejo que puede ser, el determinar cuando un embarazo justifica y cuándo no, la recomendación de llevar a cabo este tipo de pruebas.

En este sentido La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de junio de 1997³⁷⁵: establece: Partiendo de la base de lo establecido en la STC 53/85 de 11 de abril, que parece haber dejado abierta la posibilidad de una tutela no penal, que en alguna medida pueda sustituirla con idéntica o semejante eficacia, surge en el presente caso, un perjuicio o daño, como es el nacimiento, de un ser que sufre síndrome de *Down* (mongolismo); lo que se hubiera evitado, dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales. Puesto que, sí la misma hubiera sabido, con el suficiente tiempo, el fracaso de las pruebas determinantes de la situación del feto, dentro del límite del tiempo legal, hubiera actuado en consecuencia y dentro del amparo de la doctrina del TC, por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de la interrupción del embarazo y si ello no fue así, se debió a la actuación negligente de la doctora R. PT., que no le comunicó a su tiempo, el fracaso de las pruebas, lo que se hubiera podido remediar con la repetición de las mismas o con otras de igual garantía o fiabilidad, pues había plazo suficiente aún, como ya se ha indicado, para proceder a interrumpir el embarazo dentro del plazo legal permisivo”.

En consecuencia, dado el nacimiento de un ser con las deficiencias manifestadas y la voluntad sin ningún género de duda, de la madre de evitarlo legalmente, así como la conducta médica que impidió lo anterior y que muy bien ha sido calificada en la Sentencia recurrida como “actuación profesional irregular hace que surja lo que el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo denomina en su Sentencia de 6 de julio de 1995 (caso Odigitria AAE), la supuesta violación del principio de protección de la confianza legítima, que se extiende a todo particular que se encuentra en una situación de reclamar la defensa de sus intereses”.

Acto seguido, la Sala estudia la valoración del daño causado. Pero no sin antes, en el mismo párrafo, mencionarse, la procedencia (en el sentido de origen de la acción que nos ocupa). Afirma la Sentencia:

“Desde luego, aquí surge la figura conocida en el Derecho Americano con el nombre de *wrongful life*- el niño nace con taras, pero la única otra alternativa posible era que no hubiera nacido-; ahora bien, el daño derivado del referido dato, no es patrimonial y para su valoración, siempre evanescente dada la dificultad de fijar parámetros económicos a una tara como es la derivada del

³⁷⁵ Siendo “Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, después de razonar su competencia y de formular la doctrina general sobre el criterio determinante sobre la responsabilidad del médico (*lex artis ad hoc*) y, en razón a las consideraciones expuestas, la Sentencia concluye, estableciendo que ha habido acción médica negligente, un perjuicio gravísimo y una relación causal entre ambos acontecimientos”.

síndrome de *Down*, hay que tener en cuenta varios aspectos, como es el impacto psíquico de crear un ser discapacitado, que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas; lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada. Todo lo cual hace posible y hasta lógico el montante de la suma reclamada por la parte, ahora, recurrente”.

Respecto del daño, presupuesto obligado de toda indemnización indicar que, la Sala, sabiamente y de forma acertada, sugiere que el daño resarcible, “eran las zozobras o padecimientos que, para la madre demandante, supuso una tara como es la derivada del Síndrome de Dwon, así como el impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente, podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas, lo cual precisa de una vigilancia y cuidados continuos”.

A continuación, la sentencia examina la eventual responsabilidad de cada uno de los demandados, esto es, la doctora P.T. del Servicio Valenciano y del doctor S.L.

Respecto a la primera, la Sala razona así:

“Pero también será necesario, asimismo, determinar el elemento personal sobre el que debe recaer dicha responsabilidad, declarada y cuantificada. Desde luego, de lo probado en el caso de autos, la responsabilidad directa, en este aspecto, es clara con respecto a la doctora R. P.T., puesto que sustituyendo legítimamente al doctor S.L., no tuvo diligencia profesional y lógica de comunicar a la recurrente, el fracaso de las pruebas analíticas practicadas, con el tiempo suficiente, como podía haberlo hecho, si hubiera actuado de una manera razonable, y la misma sentencia recurrida dice literalmente “que si hubieran dado facilidades para conocer el resultado de la prueba a la actora recurrente no hubiera descuidado las gestiones precisas para saber lo que tanto le preocupaba.

Y, en lo que se refiere al doctor S.L, la Sala, proclama su falta de responsabilidad, derivada del hecho del que cesó en su actuación profesional, por causa justificada, antes de que ocurrieran los acontecimientos que dieron lugar a la demanda”.

Angel Yaguez³⁷⁶ indica que “la acción entablada, en aquel caso, no fue de *wrongful life*, sino de *wrongful birth*, de conformidad con nuestro planteamiento inicial, ya que existe diagnóstico médico, pero no se comunica, en el momento adecuado, a la gestante y por otro lado, la actora no demandó en nombre y en interés del hijo que, en términos jurídicos, significaría que el actor, era este último, sino que lo hizo por sí y para sí misma, lo que hace que lo “injusto” o “erróneo”, según traducción de la palabra *wrongful* fuera el nacimiento no la vida”.

Lo que resulta, a mi juicio, incuestionable, es que hubo culpa en la actuación de la doctora P.T., consistiendo su negligencia en no haber comunicado a la gestante, con la suficiente antelación el resultado del diagnóstico prenatal, para que la madre hubiera optado por el aborto, ya que la sentencia recoge que si gestante hubiera tenido conocimiento de las malformaciones fetales hubiera optado por el aborto ya que, nuestro Código Penal recoge la facultad de abortar, pero para ello hay que conocer el fracaso de las pruebas realizadas.

En este sentido, el voto particular emitido por Excmo. Sr. García Varela, en la STS 4 de febrero de 1999, que establece:

“Pero, además, habida cuenta de la circunstancia de que el padre de la niña Alicia M.B., trabajaba, como empleado, en un centro de energía nuclear, el dato del posible riesgo de la incidencia en el cuerpo de la radioactividad, correspondía tenerlo en cuenta, en todos los espacios relativos a su salud o a la de los suyos y, desde luego, no cabía omitirlo, durante el embarazo de la esposa de aquél, de manera que una prestación de servicios médicos, sin las comprobaciones relativas a dicha situación, como ha ocurrido, en el supuesto del debate, ha de estimarse como defectuosa y negligente”.

La Sentencia de esta Sala, “expone que, es una simple hipótesis, decir que, en el caso de ser informada la madre gestante, habría tomado, la difícil decisión de interrumpir el embarazo y el firmante del voto particular, entiende que la oportuna noticia, sobre el estado del feto, constituía un derecho de aquélla, así como que la privación de la información sobre ese particular, ha imposibilitado la opción de abortar, la cual, si concurren las condiciones dispuestas en la Ley, se integra sin duda como una facultad legal de la gestante, de manera que, cualquiera que hubiere sido

376 De Angel Yaguez, Ricardo, “*Wrongful birth, and wrongful life*”, Revista de Derecho y Genoma Humano, nº5, año 1997, p.31.

la actitud, de doña Rosalinde B.L., ante esta problemática, el solo hecho de la privación del derecho indicado afrenta y menoscaba una de las atribuciones incluidas en su fuero personal”.

A nuestro juicio, nos hallamos ante un diagnóstico erróneo o defectuoso, en cuanto se omitieron las pruebas médicas necesarias para determinar la existencia de radioactividad, dado que el progenitor, había desarrollado su actividad laboral en una central nuclear. “Y, en cuanto a la carga de la prueba, en la mayoría de los casos la jurisprudencia ha establecido el criterio de presunción de culpa y por lo tanto, la inversión de la carga de la prueba, donde el demandado, es el que tiene que demostrar, que no hubo culpa en su actuación, porque si no se invierte la carga de la prueba, sería el demandante quién tendría que acreditar los daños, que el personal sanitario le ha causado y además tendría que probar que éste, no actuó de acuerdo con la *lex artis*, y, es obvio, que existen grandes problemas, que pesan sobre la demostración de la culpabilidad del médico, ya que por una parte, se tiene que demostrar que el médico, no informó a la pareja, de que se les podía someter a una serie de pruebas, para verificar la futura enfermedad o anomalía del feto, por lo que se trataría de una conducta omisiva difícil de probar por parte del demandante”.

Esta Sentencia, marcó un punto de partida en las acciones estudiadas, y, además, estableció que hubo “acción médica negligente, un perjuicio gravísimo y una relación causal entre ambos acontecimientos”.

XX.5 CASO CONTERGAN EN ESPAÑA

Especial consideración merece en nuestro estudio, la Sentencia alemana de fecha 18-12-1970, a partir de la cual se considera la necesidad de proteger la salud y la vida del feto, y todo ello, porque se recetó talidomida como sedante y antiemético a mujeres embarazadas, lo que produjo el nacimiento de niños con malformaciones en sus miembros, lo que en términos médicos se denomina (focomelia), y en algunos casos llegó posteriormente a producir la muerte.

Estos hechos, también sucedieron en España, y se emitió RD con fecha 5 de agosto de 2010, cuyo objeto, “fue el reconocimiento de personas afectadas por la talidomida durante le periodo 1960-1965” y la necesidad de apoyar a estas personas mediante ayudas económicas, ahora bien, se exige que estas malformaciones corporales se hayan producido durante la gestación y que

“el diagnóstico se halla realizado por el Instituto de Salud Carlos III, y todo ello implica, que es preciso, establecer la relación de causalidad entre la talidomida y las malformaciones”.

Además, las personas afectadas por la talidomida en España, constituyeron una asociación “AVITE”, quienes acudieron inicialmente “al Juzgado de Primera Instancia nº90 de Madrid, en juicio ordinario, frente a Grünental Pharma, con el objeto de que se reconociera, que los socios de AVITE se declaren como afectados por la talidomina, a efectos indemnizatorios del apartado d) del Real Decreto 1006/2010, salvo los perceptores de indemnización y pensión vitalicia de la Fundación Contergán, y, que se condenara a Grünental, a indemnizar a los socios de AVITE afectados por la talidomida, en las cantidades establecidas, por el grado de minusvalía reconocida por el Imsero a cada asociado, más intereses desde la interposición de la demanda”.

La resolución judicial dictada, con fecha 19/11/2013, estima la petición de los socios de AVITE, si bien dicha resolución, es recurrida por la mercantil Grünental Pharma S.A., “ante la Audiencia Provincial, que dictó Sentencia con fecha 13/10/2014, estimando la apelación, revocando la resolución de primera instancia, y absolviendo a la demandada”.

Contra esta Sentencia se interpuso “recurso de casación ante el Tribunal Supremo, y dado que dado que, la sentencia del juzgado y de la Audiencia Provincial, son contrarias en lo referente a la prescripción de la acción”, se dió traslado el Ministerio Fiscal, que discrepa esencialmente de los argumentos de la farmaceutica y, considera que la prescripción debió computarse no sólo “desde el Real Decreto”, sino quizás desde el momento en que la farmacéutica pide perdón en el año 2012, momento en que reconoce su culpa, pero no asumiendo indemnización alguna por su conducta.

El magistrado-juez de primera instancia, indicó que era esencial el informe Heidelberg de fecha 21-12-2012.

Este informe “fue encargado a la Fundación Contegan, para conocer la situación actual y futura de las personas afectadas por la talidomida”, y, en este informe, se establece que los hombres y mujeres afectados por la talidomida, “pueden padecer daños secundarios o de aparición tardía, en definitiva, se trata de daños prenatales”, causados al feto, que no se vincularon causalmente a la talimomida hasta el RD de fecha 5/8/2010.

Además, estos daños están asociados” al sistema vascular, a la musculatura, al sistema nervioso” y generan problemas para medir la tensión arterial, extraer sangre, afectan también a la movilidad.

Atenidendo a este informe en primera instancia, se consideró que se excluye la prescripción “porque no existía un conocimiento cierto, cabal exacto y seguro sobre el alcance de las lesiones y secuelas producidas por la talidomina”. Sin embargo, la Audiencia Provincial, establece que “si bien se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual , los daños derivados de la ingestión de la talidomina, son detectables en el momento del nacimiento, de manera que, como máximo todos los perjudicados estuvieron a disposición de ejercitar la acción de reclamación cuando alcanzaron su mayoría de edad, aunque se trate de daños continuados, ya que se debe tomar en cuenta, el momento en que el perjudicado. tuvo un conocimiento razonable del daño y de su evolución, por ello los daños consecutivos, sí pueden considerarse sobrevenidos al objeto”.

La Audiencia Provincial, añade que se debió acudir al Centro de Investigaciones de Anomalías Congénicas, para determinar la relación causal entre la talidomida y sus sufrimientos, que se conocía desde la Sentencia de Aquisgrán en 1970.

Con fecha 20/10/201, se emite Sentencia por el Tribunal Supremo, y, “se desestiman los recursos por infracción procesal y casación interpuestos, por la asociación AVITE, ya que el recurso de casación se refería a la prescripción extintiva de la acción, basándose en la naturaleza de los daños continuados y en el cómputo del plazo de prescripción anual, a partir del momento en que los perjudicados estuvieron a disposición de conocer el alcance de sus daños, es decir, no antes de que se les reconociera como afectados por el real -Decreto 1006/10, y, en concreto, no antes de las resoluciones del INSERSO, que en aplicación del mismo, les fueron reconociendo como beneficiarios de ayudas públicas, sin que, a juicio de la recurrente sea admisible diferenciar etapas o tramos en función del tipo de daños”.

Así el Tribunal Supremo “se fija en el inicio del cómputo, con la excusa de no conocer el resultado definitivo ,que los daños derivados de la ingestión por la madre eran ya detectables en el momento del nacimiento con independencia de que sus efectos fueran permanentes, lo que conlleva que todos los perjudicados, estuvieran en disposición de demandar, como máximo

cuando alcanzaron la mayoría de edad, sin perjuicio, del agravamiento o de la aparición de nuevas secuelas, que implicarían una nueva etapa o estadio distinto del anterior y con respecto a los daños sobrevenidos (escoliosis y artrosis), entendiéndose, que no era posible diferir *sine die*, con la excusa de no conocer el resultado definitivo, cuando, sí es posible fraccionar etapas diferentes o hechos diferenciados, dado que tales daños consecutivos se integran en una nueva etapa, no afectada por la prescripción de los daños y secuelas que se concretaron en el nacimiento”, además niega que la prescripción se interrumpa en virtud del Real- Decreto 1006/2010, que reconoce la condición de perjudicados por la talidomida, al entender que se pudo acudir al CIAC y, considera que el plazo de prescripción ha transcurrido y, lo que se reclama, “es una indemnización por las malformaciones que sufren los afectados, por lo que entiende que la consolidación del daño se produjo en el momento del nacimiento, en la mayoría de edad o eventualmente en la declaración administrativa de incapacidad”.

También afirma la Sentencia que “lo que se reclama, nada tiene que ver con daños futuros o de reciente aparición, sino una indemnización calculada en función de los puntos de discapacidad, reconocidos administrativamente a las personas en cuyo nombre se ejercita la acción, que devienen evidentes desde el momento del nacimiento y, que se atribuye a la ingesta de la talidomida, y, añade que la talidomina puede ser causa de las malformaciones y que esto no es nuevo, ni lo ha descubierto el RD 1066/2010, después de cincuenta años para reparar el daño frente a quien lo causó”.

También explica la mencionada Sentencia, que, “aunque la jurisprudencia retrasa el comienzo del plazo de prescripción en los denominados daños continuados hasta la producción del resultado definitivo, para ello, exige que no sea posible fraccionar en etapas diferentes el daño evaluado por informe”. Y, establece que “daño permanente, es aquél que se produce en un momento determinado, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad de agravarse por factores a la acción u omisión del demandado y entonces del plazo de prescripción comienza a correr de conformidad con el artículo 1968.2CC., desde que lo supo el agraviado”, o, dicho de otra forma, desde que tuvo conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable. porque aceptar una hipótesis diferente, supondría según la meritada Sentencia “aceptar la imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, con lo cual se vulneraría la seguridad jurídica”.

Esta Sentencia, también diferencia entre “los daños que se manifiestan con el nacimiento, que indica son daños permanentes y evaluables, pero en ningún caso continuados y cuyo plazo de prescripción comienza a computarse cuando se produjeron y se acreditó su carácter definitivo y permante y otra cuestión diferente son los daños tardíos en que sí cabe que el cómputo, se difiera al momento en que las consecuencias lesivas sean definitivas”.

Como hemos descrito, la resolución jurídica mencionada, establece que los recurrentes miembros de la asociación AVITE, tuvieron tiempo con creces para interponer la demanda, ya que, “debieron hacerlo desde el momento del nacimiento o de la mayoría de edad”, no obstante, hemos de expresar nuestra disconformidad, ya que para reclamar en vía civil, es preciso, que esté determinada la relación de causalidad entre las lesiones alegadas y la talidomina y además el cómputo de plazo se inicia tras el reconocimiento de la incapacidad.

Y, todo ello porque en mi opinión, “no se inicia el cómputo de la acción, hasta que no haya un pronunciamiento administrativo firme, sobre la incapacidad o invalidez”, y el procedimiento administrativo, que fija la relación de causalidad, entre las lesiones de los afectados y la talidomina es el RD 1006/2010, de hecho exige, que para que se determine la relación de causalidad, es preciso, un informe “del Instituto de Salud Carlos III, lo que conlleva que la acción no estaba prescrita, al no haberse concretado hasta el RD mencionado, la forma en que en España, se iba a establecer que las malformaciones y la talidomina estaban íntimamente unidas”.

XXI. CONCLUSIONES

1. El delito de lesiones al feto sirvió para fijar el término feto, porque ha sido preciso determinar, desde cuándo se puede hablar de feto, escogiendo la teoría del plazo, porque considero el inicio de la vida comienza a partir de los tres meses desde un punto de vista doctrinal, lo que queda refrendado a través de la STS de fecha 11/4/1985.
2. Asimismo, delimitado el concepto de feto, es imprescindible establecer la frontera con la persona, para saber, cuándo nos hallamos ante un ser nacido, y desde el punto de vista médico el nacimiento normal comienza con las “labores partorientum”, así es que el conocimiento del parto pone fin al estadio fetal y se constituye en persona lo que antes era *nasciturus*
3. También se hace preciso, dotar de contenido el concepto lesión, partiendo desde el punto de vista doctrinal, que da paso a una evolución jurídica, ya que, actualmente se originan nuevas formas de agresión debido a que los procedimientos de ingeniería genética que actúan directamente sobre el embrión y feto. Y, este concepto de lesión, desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial, comprende una doble acepción física y psíquica, y, lo decisivo, no es la forma de acción, sino su causalidad respecto al resultado, Así el delito de lesiones actual, tiene dos aspectos objetivo y subjetivo, el primero, consistente en hacer daño a la víctima y el segundo elemento compuesto por el dolo de lesionar menoscando la salud física y psíquica, por ello, las lesiones pueden ser cometidas por cualquier medio o procedimiento.
4. Se requiere, por lo tanto, que entre la acción y el resultado haya una relación causal matizada a través de la teoría de la imputación objetiva, esto es, que además de una relación causal natural, hay que examinar si la acción del autor ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado. Y, finalmente que se produzca el resultado lesivo.
5. La interpretación auténtica del concepto de tratamiento médico, cuál es, la necesidad, de un seguimiento posterior a la primera asistencia facultativa para la sanidad de la lesión, lo que

significa, que la lesión es de una entidad tal, que su sanidad se logra con la intervención, las indicaciones, los cuidados y las prescripciones recibidas en una primera actuación del médico o personal sanitario cualificado tendente a eliminar, aliviar o disminuir los efectos perjudiciales para la salud, lo que no excluye la posibilidad de que, en su caso, además de aquella primera intervención, haya una actuación posterior de control (exploración paciente, retirada de escayolas, puntos de sutura), que confirma la consecución de la lesión.

6. De manera que sí el resultado del tratamiento médico, ha sido exitoso conforme “*lex artis*”, nos hallaremos ante conductas atípicas. Sin embargo, sí el resultado ha sido negativo y se actúa conforme “*lex artis*”, se encuadra la posibilidad de delito imprudente. Ahora bien, si en un tratamiento con resultado negativo concurre consentimiento del paciente y la actuación del médico se ajusta a los límites a los que el enfermo ha prestado conformidad, pese al menoscabo producido en el soporte material del bien jurídico, al haberse disminuido o condicionado de forma temporal o definitiva sus posibilidades de participación en el sistema social, no puede afirmarse que se haya producido una lesión del bien jurídico tutelado, pues éste es la suma de objeto de disposición y libertad de disposición, y en este caso, el menoscabo se hubiera circunscrito al primero, pero en ningún caso habría comprendido el segundo, desde el momento en que el paciente ha prestado su conformidad.
7. Se establecen los requisitos para prestar el consentimiento, capacidad de la persona que emite el consentimiento, emitirse antes de la acción del sujeto activo y mantenerse durante la ejecución libre (sin error ni engaño) e informado (escrito, oral de forma continuada, completa (medios del centro, alternativas del tratamiento)). Y, el art. 155CP., implícitamente supone que el consentimiento del ofendido válidamente emitido no exime de pena, sino que tiene efectos atenuatorios.
8. Antes del Código Penal de 1995, existía laguna punitiva para proteger la salud del feto, puesto que las lesiones al mismo eran consideradas atípicas, o, en determinados supuestos se incardinaba a través del delito de aborto, no protegiendo la salud del feto. La incorporación al Código Penal de 1995 de los artículos 157CP y 158CP., supone la introducción de un bien jurídico penal nuevo, la salud y la integridad del feto, porque

anteriormente se protegía la vida y la salud de las personas a través de los delitos de homicidio y del delito de lesiones y la vida del *nasciturus* a través del delito de aborto.

9. La acción constituye la base común de todas las formas de aparición del delito abarcando tanto el hacer corporal, comisión, como el no hacer, omisión, y, comprendiendo tanto los hechos dolosos como aquéllos en los que se ha querido un resultado distinto del tipo causado.
10. Se configura un delito de resultado que requiere causar una lesión o enfermedad que perjudique el normal desarrollo o provoque graves taras físicas o psíquicas.
11. Actualmente existen avances en materia de genoma humano y técnicas prenatales que pueden afectar a la salud del feto, por ello, se estudió la posibilidad de regular las lesiones al feto, y, es a partir del Código Penal de 1995, cuando se distingue entre el tipo doloso, regulado en el artículo 157 Código Penal y el tipo culposo, tipificado en el artículo 158 Código Penal, protegiendo de esta forma. la salud del feto y todo ello, surgió a raíz del “Caso Contergán”, cuando la doctrina comenzó a plantearse la necesidad de tipificar estas conductas, debido a que se suministró talidomida a mujeres embarazadas, dando lugar a malformaciones en el *nasciturus*, que persisten y se agravan con el transcurso de los años e incluso provocando la muerte después de varios años del nacimiento.
12. El artículo 158CP recoge el tipo básico del delito de lesiones al feto por imprudencia grave, que es aquella omisión de todas las precauciones o medidas adecuadas al menos, la más grave infracción de normas elementales de cuidado, cuando la conducta crea un elevado peligro incontrolable o insuficientemente controlado al no emplear ninguna o escasa medida de control.
13. Por lo tanto, son razones de política criminal, lo que conlleva a la regulación de las lesiones al feto en el Código Penal de 1995. Ahora bien, existe una adecuación un poco problemática de las lesiones al feto cuando el niño fallece transcurrido varios años desde el nacimiento, a consecuencia de las lesiones causadas en el feto.

14. La sentencia alemana de fecha 18-12-1970, manifestó la necesidad de proteger la vida y la salud del feto, y, todo ello porque se recetó talidomida como sedante y antiemético a mujeres embarazadas, lo que produjo el nacimiento de niños con malformaciones en sus miembros (focomelia), y en algunos casos llegó posteriormente a producir la muerte.
15. Estos hechos también sucedieron en España, y se emitió “RD con fecha 5 de agosto de 2010, cuyo objeto fue el reconocimiento de personas afectadas por la talidomida, durante le periodo 1960-1965” y la necesidad de apoyar a estas personas mediante ayudas económicas, ahora bien, se exige que estas malformaciones corporales se hayan producido durante la gestación y, que el diagnóstico se halla realizado por “el Instituto de Salud Carlos III,” y todo ello implica, que es preciso establecer la relación de causalidad entre la talidomida y las malformaciones.
16. Y, todo ello porque en mi opinión, no se inicia el cómputo de la acción hasta que no haya un pronunciamiento administrativo firme, sobre la incapacidad o invalidez, y el procedimiento administrativo, que fija la relación de cusalidad entre las lesiones de los afectados y la talidomida, “es el RD 1006/2010, de hecho, exige que para que se determine la relación de causalidad, sea preciso un informe del Instituto de Salud Carlos III”.
17. Y, también se estableció en vía civil, la posibilidad de reclamar por los daños causados al *nasciturus*, reclamación que pueden efectuar los padres en nombre propio o en nombre del hijo, “*wrougful birth*”, porque el niño nace con graves taras, habitualmente por comportamiento imprudente, en la salud del feto que repercuten en *el nasciturus*, y “*wrongful life*”, siendo en estos supuestos, el hijo, quien ejercita la acción, contra el médico, alegando que de no haber nacido, no tendría que haber experimentado las malformaciones que padece.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Bedate, Carlos “La vida humana: Origen y Desarrollo”. *Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica*, nº2 año 1997, p.108.

Antolisei, Francesco, *IRaporto di causalità nel Diritto Penale*, Milán 1.934, 1ª edición

Arroyo de las Heras, Alfonso, Muñoz Cuesta, Javier, *Delito de lesiones*, Salamanca 1982 1ª edición.

Baima-Zagrebelski, *Percosse e Lesioni Personali*, Milán 1975.

Bacigalupo Zapater, Enrique, “El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física”, *Poder Judicial* (nº especial 12 sobre la nueva reforma del Código Penal, Madrid 1990.

Bacigalupo Zapater, Enriqu., “*Conducta Precedente y Posición de Garante*” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

Bajo Fernández, M, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra las personas*, Madrid 1991, 2º edición.

Bedate Alonso, “Les études a finalité medicale sur lêmbyon”, *Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotecnologies* nº49, año 1997, p.6.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. *El delito de lesiones*. Salamanca 1982, 1º edición.

Boclemann, Paul, *Strafrechtline Untersuchungen*, 1957.

Boix Reig, J y otros, *Derecho Penal, Parte Especial, Código Penal de 1995*, Pamplona 2016, 2ª edición.

Boix Reig, J y otros, *La reforma penal de 1989*, Valencia 1990

Boix Reig, J y otros, *Derecho Penal, Parte Especial, Código Penal de 1995*.Valencia 1996, 2ª edición.

Borillo Daniel, “Derecho y Genética: la Perspectiva Genética”, *Informe Superior del Consejo de Investigaciones Científicas*. Madrid 1994.Diferentes técnicas de diagnóstico prenatal.

Bueno Arús, Francisco “El consentimiento del paciente “, en Martínez Calcerrada y otros, *Derecho Médico*, vol. I Madrid 1986.

Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Barcelona 1989, 1ª edición.

Gisbert Calabuig, José Antonio, y otro, *Tratado de Medicina Legal*, Barcelona, 2018, 7ª edición.

Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José Luis, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia 2019, 6ª edición.

Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José Luis, *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia 1996, 2ª edición.

Carbonell Mateu, Juan Carlos, “Constitución, suicidio y eutanasia”, *Cuadernos Jurídicos*, nº10, 1993.

Carbonell Mateu, Juan Carlos.La Justificación penal, Fundamentos, naturaleza y fuentes, Madrid 1982.

Cardona Llorens, Antonio. *Estudio médico penal de los delitos de Lesiones*.Madrid 1998 edición lit.

Casas Barquero, Enrique, *El consentimiento en el Derecho Penal*, Córdoba 1987, 1ª edición.

Cerezo Mir, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 1990, 3ª edición 1985, 3ª edición.

Cerezo Mir, José, *Estudios sobre la moderna Reforma Penal Española*, Madrid 1993, 1ª edición.

Cerezo Mir, Santiago, “La regulación del aborto en el Proyecto del Nuevo Código Penal Español” en *La Reforma Penal*, Madrid 1982

Cobo del Rosal, M., Vives Antón, TS, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 1999, 5ª edición.

Cobo del Rosal, Manuel, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 1996.

Conde Pumpido, Cándido, *Derecho Penal, Parte General*. Madrid 1990, 2ª edición.

Cuerda Riezu, Antonio, “La unidad del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona 1997.

De Angel Yaguez, Ricardo, “*Wrongful birth, and wrongful life*”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº5, año 1997.

Díez Ripollés, José Luis, “La disponibilidad de la salud e integridad personales”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la vida y la integridad física*, Madrid 1995.

De la Cuesta Arazamendi, José Luis “*Los Llamados delitos de manipulación Genética en el Nuevo Código Penal Español de 1995*”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº5 año 1996

De la Fuente Hurtado, Diego, *Theología reformata*, Hispalis 1689, Dissert.XXII, cap.II.

Del Rosal Blaco, Bernardo, “La regulación de los delitos de Lesiones en el NCP de 1995”, *Consejo General del Poder Judicial, 2ª a 3ª época, nº2 año 1996*.

Farré Trepal, Elena, *La tentativa del delito*, Madrid 2011. 2ª edición.

*Feuerbach, Paul Joham, Anseml Rittervon Lehrbucch des gemeinenem in Deutschland geltenden pelichen Rechts*1,308, 4ª edición.

Flores Mendoza,Fátima “*El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995*”, *Actualidad Penal* n°43.Madrid 1996.

Flores Mendoza,Fátima “*El delito de Lesiones al Feto en el Código Penal de 1995*”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* año 1996

García Arán,Mercedes, López Garrido,Diego, *El Código Penal y la Voluntad del Legislador*, Madrid 1996.

García Marín, Jose María, *El aborto criminal en la legislación y la doctrina, (pasado y presente de una polémica)*, Madrid 1980, 1ª edición.

Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Madrid 1996. 1ª edición.

Gimbernat Ordeig, Enrique”*Diatriba del Nuevo Código Penal*”, *La Ley*, Tomo III, año 1996. Diferencia de la agresión en el feto y en la persona.

Gimbernat Ordeig, Enrique, *Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en Homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor “Honoris Causa”, por la Universidad Complutense*, Madrid 1994.

Gimbernat Ordeig, Enrique, *Ensayos Penales*, Madrid 1999.

Gisbert Calabuig, José Antonio, y otro, *Tratado de Medicina Legal*, Barcelona, 2018, 7ª edición.

Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría Jurídica del delito*, Madrid 1994.

González Cussac, José Luis y otros, *Derecho Penal, Parte Especial, Código Penal de 1995*, Valencia 1997, 2ª edición

González González, Marise, “Las Lesiones Fetales”, Cuadernos Jurídicos Tomo10, año 1993.

Gracia, Diego”Problemas Filosóficos en Genética y Biología”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº3, año 1995.

Gracia Martín, Luis y Escuchurri Aisa, Estrella “Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética”, Valencia 2005, 1ª edición.

Gracia Martín, Luis, Comentarios al Código Penal, Valencia 1997, 1ª edición

Granados Pérez, Carlos, Jacobo López Barja de Quiroga, *Contestaciones al programa de Derecho Penal. Parte Especial para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*. Valencia 1998.

Granados Pérez, Carlos, “Objeto material en los delitos contra las personas”, en *Delitos contra las personas*, Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1999

Günther Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación/ Traducción: Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, J.I.*, Madrid 1995.

Higuera Guimerá, Juan Felipe, *El Derecho Penal y la Genética*, Madrid 1995, 1ª edición. Investigaciones en embriones objeto de carácter terapéutico, diagnóstico.

Hirsh, en *Leipzar Komentar*, nº53.

Huerta Tocildo, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid 1997, 1º edición, p.19.

Huerta Tocildo, Susana, *Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión en el Código Penal de 1995*. Valencia 1997, 1ª edición.

Jacobs, Günther, “El delito imprudente”, Traducción:(Cancio Meliá, Manuel), *Estudios de Derecho Penal*, Madrid 1997.

Jescheck, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, (Traducción: Manzanares Samaniego J.L.,) Madrid 1995, 1ª edición.

Jiménez de Asúa, José Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Buenos Aires, 1984.

Jorge Barreiro, Agustín "La relevancia jurídico penal del consentimiento del paciente en el tratamiento-quirúrgico", *Cuadernos de Política criminal*, nº16, 1982.

Jorge Barreiro, Agustín, *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*. Madrid 1990, 1ª edición.

Kaufmann Armin "Tipicidad y causación en el proceso Contergán", *Nuevo Pensamiento Penal*, nº1 Madrid 1973. Estudia la relación de causalidad entre acción y resultado.

Lacadena Juan Ramón, *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*, Madrid 1981, 1ª edición.

Lacadena Juan Ramón "Una lectura genética de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto", *Dictionaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies*, nº49, año 1997.

Landecho Velasco, Carlos, Molina Blázquez Concepción, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 1996.

Laurenzo Copello, Patricia, *El aborto no punible*, Barcelona 1990, 1ª edición, p.77 a 79.

Latorre Latorre, Virgilio, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia 2021, 23ª edición

Latorre Latorre, Virgilio, "Lesiones al feto", *Mujer y Derecho Penal. Presente y futuro de la regulación penal de la mujer*. Año 1995.

López Barja de Quiroga, Jacobo y otros "Contestaciones al programa de Derecho Penal, Parte Especial para acceso a las carreras Judicial y Fiscal", Valencia 2015.

López Barja, Jacobo "El consentimiento y la esterilización de los incapaces", *Cuadernos de Política Criminal*, año 1991.

López Barja, Jacobo "El consentimiento informado", *Cuadernos de Política criminal*, Año 1995,

Lütter, Hans, *Medicina y Derecho Penal*, Traducción Enrique Bacigalupo, Madrid 1984, 1ª edición.

Lütter, Hans, " *El concepto de muerte en Derecho Penal*", *Medicina y Derecho Penal*, Madrid 1984.

Lütter, Hans, " *La nueva distinción entre anticonceptivos y aborto desde el punto de vista biológico y jurídico-penal*". *Medicina y Derecho Penal*, traducción: (Bacigalupo, Enrique). Madrid 1984.

Manzini, *Trattato di Diritto Penale*, Viii, Milán 1969, 2ª edición.

Martínez Lázaro, Javier "Sida, delincuencia y Derecho Penal", *Problemas del Tratamiento jurídico del SIDA*, *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid 1995.

Martínez Pereda, José Manuel, *La Responsabilidad del Médico y del Sanitario*. Madrid 1990. 1ª edición.

Mezguer. E, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, Munich 1941, 2ª edición.

Mezger Edmund, *Tratado de Derecho Penal I*. Madrid 1.946.

Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 2015, 10ª edición.

Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 1990, 3º edición

Mora Alarcón, José Antonio, *Suma de Derecho Penal y Derecho Especial*, Madrid 1996, 2ª edición.

Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 2021, 23ª edición.

Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia 1995, 10ª edición.

Muñoz Conde, Francisco, Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, García Arán Mercedes, *La reforma penal de 1989*, edit. Tecnos, Madrid 1989.

Octavio de Toledo y Ubieto, E “La reforma del consentimiento en las lesiones”, *Comentarios a la Legislación Penal*, T.XIV, vol I , editit.EDERSA, Madrid 1992 .

Oliva Virgili, Rafael, *Genoma Humano*, Barcelona,1996, 1º edición.

Orts Berenguer, Enrique, *Derecho Penal, Parte Especial*, Código Penal de 1995., Valencia 2019, 8ªedición.

Orts Berenguer, Enrique, *Derecho Penal, Parte Especial*, Códgo Penal de 1995. Valencia 1996, 2º edición.

Peris Riera, Jaime Miguel, *la regulación legal en la manipulación genética*. Valencia 1995.1ª edición.

Queralt Jiménez, Joan Josep, *Derecho Penal Español*, Barcelona 2015, 7ª edición.

Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Madrid 1967.

Quintero Olivares, Gonzalo, y otro, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona 2016, 10ª edición.

Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez Alfonso, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 1998, 18ª edición, p.1107.

Rodríguez Ramos, Luis, López Barja de Quiroga, Jacobo y Cobos Gómez de Linares, Miguel Angel, *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1996, 2ª edición.

Roca Trías, Encarna, “El Derecho Perplejo: los misterios de los embriones”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* nº1 1994. Estudia Informe Warnock, análisis del estatus del embrión.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo, “*El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia*” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, año 1973.

Romeo Casabona, Carlos María, *El médico ante el Derecho*, Barcelona 1997, 1º edición. Técnicas de diagnóstico prenatal en embriones.

Romeo Casabona, Carlos María, *Códigos de Leyes sobre Genética*, Bilbao 1997.

La regulación legal en la manipulación genética.

Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid 1994.

Romeo Casabona, Carlos María, “Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones y relativos a manipulación genética”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* nº2, año 1996.

Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I (Traducción: Luzón Peña, Diego Manuel, Díaz y García Conlledo, Miguel, de Vicente Remesal, Javier), 2ª edición alemana, 1ª edición civitas Madrid 1997.

Ruiz Vadillo, Enrique “*Responsabilidad civil y Penal de los médicos*”, *Derecho y Salud* nº1 vol. III, año 1995.

Saiz Cantero “Unidades didácticas de la UNED”, *Derecho Penal, Parte General*. Madrid 1977.

San Martín H, *Crisis mundial de la Salud*. Madrid 1985, 1ª edición.

Serrano Gómez, Alfonso, *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 2021, 6ª edición.

Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 1995.

Silva Sánchez, Jesús María, *Delito de omisión*, Barcelona 1994, 1ª edición.

Silva Sánchez, Jesús María, *Lecciones de Derecho Penal*, Barcelona 1996 1ª edición.

Sánchez Molero, José y Soler Matutes, Pedro “Consideraciones sobre el delito de manipulación genética”, *La Ley* nº 4280, año 1997.

Sutton, Agneta “A diez años del informe Warnock: ¿Es el recién nacido una persona? *Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica*, nº2, año 1997, p.208 a210.

Tamarit i Sumalla, Josep María, *La reforma del delito de Lesiones*.Barcelona 1990, 1º edición.

Tamarit i Sumalla, Josep Maria y otros, *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Pamplona 1996, 1ª edición.

Torio López, Antonio “Límites político-criminales de delito de comisión por omisión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, año 1984.

Valle Muñiz, José Manuel, *Código Penal y Leyes Especiales*, Barcelona 2019, edición 25ª.

Valle Muñiz, José Manuel y otro “Utilización Abusiva de Técnicas Genéticas y Derecho Penal”, *Revista del Poder Judicial* nº26 Junio 1992. Diferencias entre delito de lesiones al feto y el delito de manipulación genética.

Valle Muñiz, José Manuel y otros, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 1996, 1ª edición.

Valle Muñiz y otro, “Utilización Abusiva de Técnicas Genéticas y Derecho Penal”, *Revista del Poder Judicial* nº26 junio 1992.

Vives Antón, T.S. y otro. *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia 1987, 7º edición.

Vázquez Iruzubieta, Carlos. *Nuevo Código Penal Comentado*. Madrid de 1996. 1ª edición.

“Warnock Repor”, Commmittee of Inquiry in to Human Fertilisation and Embriyology.

Welzel, V, H., *Derecho Penal Alemán, Parte General*, Santiago de Chile 1986, 11ª edición.

Wessels, Johannes, *Derecho Penal, Parte General* (Traducción: Bacigalupo Zapater, Enrique, Buenos Aires 1980, 1ª edición.

Wolter Jürgen, Omisión e Imputación objetiva en el Derecho Penal, (Traducción: Bacigalupo Silvina), Madrid 1994.

Zugaldía Espinar, José Manuel, “*Omisión e Injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo tercero del art.489bis del Código Penal*”, Cuadernos de Política Criminal nº3 año 1984.

