

# Manipulación genética «sensu lato» y Derecho penal: Reflexiones sobre algunos presupuestos dogmáticos

Catalina Peña Guillén

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tesisenxarxa.net](http://www.tesisenxarxa.net)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tesisenred.net](http://www.tesisenred.net)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tesisenxarxa.net](http://www.tesisenxarxa.net)) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

UNIVERSITAT DE BARCELONA  
FACULTAD DE DERECHO

---

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL  
Y CIENCIAS PENALES  
PROGRAMA DE DERECHO PENAL BIENIO 2001 - 2003**

TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTORA EN DERECHO  
PRESENTADA POR  
**Catalina Peña Guillén**

TÍTULO:  
**MANIPULACIÓN GENÉTICA «SENSU LATO» Y DERECHO  
PENAL: REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS PRESUPUESTOS  
DOGMÁTICOS**

DIRECTORA DE LA TESIS:  
**Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo**

Barcelona, febrero de 2009



**DEDICATORIA:**

A mi pequeña Nina y a Jesper.

A mis padres Wilson y Susana.

A mis hermanos Patricio, Juan.

Ami hermana política Anabel.

A mi sobrino Nicolás.

A mis abuelos Carlos y Blanca.

A la memoria de mi abuelita Hortensia.



### **AGRADECIMIENTOS:**

Al Departamento de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, en especial a mi tutora Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo, al Dr. Santiago Mir

Puig y a María Angels Comellas Torres.

A la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Floral

Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad el País Vasco, en especial al Dr. Carlos Romeo Casabona.

Al Instituto Max Planck (Freiburg-Alemania)

A la Escuela de Derecho penal de la Universidad de Aarhus (Dinamarca), en especial a Anette Storgaard y Gorm Toftegaard Nielsen

A mis padres, a Jesper, a Patricio, a Juan y Ariane Oriol.



## ÍNDICE

|                     |    |
|---------------------|----|
| DEDICATORIA.....    | 1  |
| AGRADECIMIENTO..... | 3  |
| ÍNDICE.....         | 5  |
| ABREVIATURAS.....   | 25 |
| INTRODUCCIÓN.....   | 29 |

### PARTE PRIMERA

#### PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS PRELIMINARES

#### CAPÍTULO I

#### EL BIEN JURÍDICO Y LOS DELITOS DE PELIGRO

|  |    |
|--|----|
| 1. Introducción: Teoría del bien jurídico-penal.....                               | 46 |
| 1.1. Evolución dogmática del bien jurídico-penal.....                              | 47 |
| 1.1.1. Principales expositores.....  | 47 |
| 1.1.1.1. El bien jurídico como categoría autónoma.....                             | 48 |
| 1.1.1.2. La naturaleza positiva y la esencia liberal<br>del bien jurídico.....     | 49 |
| 1.1.1.3. Los bienes jurídicos y la prevención de riesgos.....                      | 50 |
| 1.1.1.4. La autorrealización personal como esencia del<br>bien jurídico.....       | 51 |
| 1.1.1.5. El bien jurídico como unidad de función social<br>portadora de valor..... | 51 |
| 1.1.1.6. El bien jurídico y la nocividad social.....                               | 53 |
| 1.1.1.7. El bien jurídico y los procesos de criminalización.....                   | 53 |
| 1.1.1.8. La vigencia de la norma como bien jurídico.....                           | 54 |
| 1.1.2. Otras exposiciones relevantes.....  | 55 |



|  |    |
|--|----|
| 1.1.2.1. La escuela Hegeliana.....   | 55 |
| 1.1.2.2. La protección de intereses.....   | 55 |
| 1.1.2.3. El bien jurídico como situación y estado.....   | 56 |
| 1.1.2.4. Configuraciones metódico-formales del bien jurídico.....                                    | 57 |
| 1.1.2.5. La teoría de protección del bien jurídico.....  | 57 |
| 1.1.2.6. Conexión entre el bien jurídico y el injusto material.....                                  | 58 |
| 1.1.2.7. Lesión del bien jurídico protegido y el desvalor<br>del resultado típico.....               | 58 |
| 1.1.2.8. El bien jurídico como momento motivador de la<br>protección penal.....                      | 59 |
| 1.1.2.9. El bien jurídico como concepto de la relación<br>objetivo-personal.....                     | 59 |
| 1.1.2.10. El objeto de la afección, el bien jurídico y el objeto<br>del bien jurídico.....           | 60 |
| 1.1.2.11. El bien jurídico como relación fáctica de la persona<br>con el objeto del valor.....       | 60 |
| 1. 2. Clasificación de las teorías acerca del bien jurídico.....                                     | 60 |
| 1.2.1. Teorías constitucionalistas.....  | 61 |
| 1.2.1.1. Teorías constitucionalistas estrictas del bien jurídico.....                                | 61 |
| 1.2.1.2. Teorías constitucionalistas amplias.....  | 62 |
| 1.2.2. Teorías sociológicas.....   | 62 |
| 2. Concepto y función del bien jurídico-penal.....   | 63 |
| 3. Modalidades de bienes jurídico-penales: bienes jurídicos<br>individuales y supraindividuales..... | 66 |
| 4. Los bienes jurídico-penales y la Política criminal.....   | 69 |
| 5. Los delitos de peligro y los bienes jurídico-penales<br>supraindividuales.....                    | 72 |
| 5.1. Introducción: La sociedad de riesgo actual.....   | 72 |
| 5.2. Concepto y clases de peligro.....   | 76 |

|  |    |
|--|----|
| 5.3. Lesión y puesta en peligro.....                                     | 79 |
| 5.4. Técnicas de tipificación de los delitos de peligro.....             | 80 |
| 5.5. Los delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto..... | 82 |
| 5.5.1. Los delitos de peligro concreto.....                              | 82 |
| 5.5.2. Los delitos de peligro abstracto.....                             | 83 |
| 5.5.2.1. Reinterpretación de los delitos de peligro abstracto.....       | 85 |
| 5.5.2.1.1. Los delitos de peligro hipotético.....                        | 86 |
| 5.5.2.1.2. Los delitos de peligro concreto-abstracto.....                | 86 |
| 5.5.2.1.3. Los delitos de peligro presunto.....                          | 87 |
| 5.5.2.1.4. Los delitos de peligro obstáculo.....                         | 88 |
| 5.5.2.2. Sobre la legalidad de los delitos de peligro abstracto.....     | 89 |
| 5.5.3. Propuestas de restricción de los delitos de peligro.....          | 92 |

## **CAPÍTULO II**

### **EL CONSENTIMIENTO**

|  |     |
|--|-----|
| 1. Introducción: Teoría general del consentimiento.....  | 98  |
| 1.1. Concepto y clases de consentimiento.....  | 98  |
| 1.2. Evolución histórico-dogmática del consentimiento dentro<br>del ordenamiento jurídico.....   | 100 |
| 1.2.1. Evolución del consentimiento dentro del ordenamiento<br>jurídico en general.....  | 100 |
| 1.2.2. Evolución histórica-dogmática en Alemania.....  | 106 |
| 1.2.3. Evolución histórica-dogmática en España.....  | 112 |
| 1.2.3.1 Defensores de la Teoría diferenciadora.....  | 112 |
| 1.2.3.2. Defensores de la Teoría unitaria.....   | 115 |
| 1.3. Naturaleza jurídica del consentimiento:<br>Fundamentos sobre la eficacia del consentimiento<br>y teorías dogmático-jurídico-penales sobre su sistematización... | 117 |

|  |     |
|--|-----|
| 1.3.1. Teorías sobre la eficacia del consentimiento.....                                 | 119 |
| 1.3.1.1. Teoría del negocio jurídico.....  | 119 |
| 1.3.1.2. Teoría del derecho de autodeterminación del titular.....                        | 119 |
| 1.3.1.3. Teoría de ponderación de principios o valores.....                              | 120 |
| 1.3.1.4. Teoría que cuestiona el principio de unidad del<br>Ordenamiento jurídico.....   | 121 |
| 1.3.1.5. Principios fundadores de las causas de<br>justificación.....                    | 121 |
| 1.3.1.5.1. Teorías monistas.....   | 121 |
| 1.3.1.5.2. Teorías pluralistas.....  | 122 |
| 1.3.1.5.3. Actual Teoría dominante.....  | 122 |
| 1.3.2. Teorías sobre su sistematización.....   | 123 |
| 1.3.2.1. Teoría diferenciadora o dualista.....   | 123 |
| 1.3.2.1.1. Acuerdo.....  | 124 |
| 1.3.2.1.2. Consentimiento en sentido estricto.....                                       | 125 |
| 1.3.2.1.3. Distinciones entre acuerdo y consentimiento.....                              | 126 |
| 1.3.2.1.4. Desarrollo reciente de la Teoría diferenciadora.....                          | 128 |
| 1.3.2.2. Teoría unitaria o de la atipicidad.....   | 132 |
| 1.3.2.2.1. Situación de la Teoría de los elementos negativos<br>del tipo.....            | 132 |
| 1.3.2.2.2. Primeros planteamientos.....  | 133 |
| 1.3.2.2.3. Principal argumentación a favor de la Teoría unitaria.                        | 135 |
| 2. Requisitos del consentimiento: Especial referencia al<br>consentimiento presunto..... | 138 |
| 2.1. Capacidad para consentir.....   | 138 |
| 2.2. Forma de exteriorización del consentimiento.....                                    | 140 |
| 2.3. Objeto del consentimiento.....  | 142 |
| 2.4. Vicios del consentimiento.....  | 143 |
| 2.5. Momento y revocación del consentimiento.....  | 145 |

|  |     |
|--|-----|
| 2.6. Disponibilidad.....   | 146 |
| 2.7. Irrelevancia de la causa y móviles del consentimiento.....  | 146 |
| 2.8. El consentimiento presunto: Contenido y Requisitos.....   | 147 |
| 3. Ámbitos de aplicación del consentimiento.....   | 149 |
| 3.1. Delitos contra los derechos fundamentales.....  | 150 |
| 3.1.1. Homicidio doloso: Especial referencia al suicidio.....  | 150 |
| 3.1.2. Aborto doloso.....  | 151 |
| 3.1.3. Lesiones dolosas: Esterilización de incapaces.....  | 151 |
| 3.1.4. Integridad moral, intimidad y honor.....  | 153 |
| 3.1.5. Delitos contra el patrimonio y la libertad.....   | 157 |
| 3.2. Delitos complejos con la presencia de bienes jurídicos<br>individuales y supraindividuales: Delitos laborales<br>y delitos de prostitución..... | 158 |
| 3.3. Protección de garantías constitucionales: intervenciones<br>estatales sobre derechos fundamentales.....   | 159 |
| 3.4. Delitos imprudentes: Homicidio y lesiones imprudentes.....  | 161 |
| 3.4.1. Homicidio imprudente.....   | 161 |
| 3.4.2. Lesiones imprudentes.....   | 162 |
| 3.4.3. Tratamiento médico arbitrario.....  | 164 |

**CAPÍTULO III**  
**EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DENTRO DE LA**  
**PRÁCTICA MÉDICA**

|  |     |
|--|-----|
| 1. La función del consentimiento informado dentro del tratamiento<br>médico y sus aplicaciones en general..... | 165 |
| 2. La relevancia penal del consentimiento informado.....   | 168 |
| 3. El consentimiento informado: descripción general.....   | 172 |
| 3.1. La historia del consentimiento informado y su evolución.....  | 173 |

|   |     |
|---|-----|
| 3.2. El concepto y la naturaleza del consentimiento informado.....  | 175 |
| 3.3. Los principios éticos del consentimiento informado.....  | 177 |
| 3.3.1. El modelo de beneficencia.....   | 177 |
| 3.3.2. El modelo de autonomía.....  | 178 |
| 3.3.3. El modelo paternalista.....  | 179 |
| 3.3.4. El modelo de justicia.....   | 179 |
| 3.3.5. La aplicación del modelo de conducta médico-paciente<br>dentro de la legislación existente.....      | 180 |
| 3.4. La normativa reguladora del consentimiento informado.....  | 181 |
| 3.4.1. El marco internacional.....  | 181 |
| 3.4.2. El marco estatal.....  | 182 |
| 3.4.3. El marco autonómico.....   | 182 |
| 3.5. Los requisitos del consentimiento.....   | 183 |
| 3.5.1. Las semejanzas entre el consentimiento informado<br>y el consentimiento general.....                 | 183 |
| 3.5.2. Las diferencias entre el consentimiento informado<br>y el consentimiento general.....                | 184 |
| 3.6. El derecho a la información: sus requisitos.....   | 186 |
| 3.6.1. Los tipos de la información.....   | 187 |
| 3.6.1.1. La información como objeto de la consulta o finalidad<br>del acto médico.....                      | 187 |
| 3.6.1.2. La información como parte del tratamiento:<br>la llamada información terapéutica o preventiva..... | 188 |
| 3.6.1.3. La información como presupuesto y/o requisito<br>previo del consentimiento.....                    | 189 |
| 3.6.1.4 El derecho a la información sobre los sistemas de salud..   | 189 |
| 3.6.2. Los requisitos de la información.....  | 189 |
| 3.6.2.1. La información como presupuesto o requisito<br>previo del consentimiento.....                      | 189 |

|   |     |
|---|-----|
| 3.6.2.2. El derecho a no ser informado.....                                       | 190 |
| 3.6.2.3. El alcance de la información.....  | 191 |
| 3.6.3. Las características de la información.....                                 | 192 |
| 3.7. Las excepciones al derecho de prestar el consentimiento.....                 | 192 |
| 3.7.1. La supremacía de intereses superiores.....                                 | 193 |
| 3.7.2. Los casos de urgencia vital.....   | 194 |
| 3.7.2.1. La relevancia de las voluntades anticipadas.....                         | 195 |
| 3.7.2.2. La relevancia de los representantes legales.....                         | 197 |
| 3.8. La negativa prestar el consentimiento.....                                   | 197 |
| 3.9. Los problemas prácticos sobre el consentimiento informado.....               | 198 |
| 3.9.1. La aparición del consentimiento informado.....                             | 198 |
| 3.9.2. Algunas críticas al principio de autonomía.....                            | 199 |
| 3.9.3. Algunos cuestionamientos con respecto a la<br>fundamentación jurídica..... | 200 |
| 3.9.4. El problema de la información.....   | 201 |
| 3.9.5. La capacidad para consentir y sus dificultades.....                        | 201 |
| 3.9.6. Otros problemas.....   | 201 |
| 3.9.7. Algunos casos específicos.....   | 202 |
| 3.9.7.1. La eutanasia.....  | 203 |
| 3.9.7.2. Las huelgas de hambre.....   | 204 |
| 3.9.7.3. Las transfusiones de sangre.....   | 204 |

## **PARTE SEGUNDA**

### **EL BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

#### **CAPÍTULO IV**

### **EL BIEN JURÍDICO-PENAL EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA CONFORME A LA RATIO LEGIS**

## **DE LA NORMA: FUNDAMENTOS GENERALES PARA SU ARGUMENTACIÓN**

|   |     |
|---|-----|
| 1. Antecedentes legislativos en relación al bien jurídico-penal<br>protegido en los delitos relativos a la manipulación genética.....   | 208 |
| 1.1. Anteproyecto de Código penal de 1992 y Proyecto de<br>Ley Orgánica del Código penal de 1992.....   | 208 |
| 1.1.1. Anteproyecto de Código penal de 1992.....  | 208 |
| 1.1.2. Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992.....   | 211 |
| 1.2. Anteproyecto de Código penal de 1994 y Proyecto de<br>Ley Orgánica del Código penal de 1994.....   | 213 |
| 1.2.1. Anteproyecto del Ley Orgánica del Código penal de 1994...  | 213 |
| 1.2.2. Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1994.....   | 215 |
| 1.3. Ley Orgánica del Código penal de 1995.....   | 215 |
| 1.4. Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre que modifica<br>la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre 1995,<br>del Código penal.....   | 221 |
| 2. Análisis del proceso de inclusión de los delitos relativos<br>a la manipulación genética y sus reformas en el ordenamiento<br>español.....   | 224 |
| 3. Consideraciones generales sobre el bien jurídico-penal<br>en los delitos relativos a la manipulación genética.....   | 228 |
| 4. Posiciones doctrinales sobre los bienes jurídico-penales protegidos<br>en los delitos relativos a la manipulación genética.....  | 234 |
| 5. Valoraciones sobre normas, principios y derechos fundamentales,<br>como base para la construcción del bien jurídico-penal,<br>en los delitos relativos a la manipulación genética..... | 237 |
| 5.1. Normas, reglas, principios, valor, principios jurídicos<br>y principio de Derecho.....   | 238 |
| 5.1.1. Normas.....  | 240 |

|   |     |
|---|-----|
| 5.1.2. Reglas y principios.....                                     | 241 |
| 5.1.3. Principio y valor.....                                       | 243 |
| 5.1.4. Principios jurídicos y principios generales del Derecho..... | 244 |
| 5.2. Constitución: valores superiores y derechos fundamentales..... | 247 |
| 5.2.1. Valores superiores.....                                      | 247 |
| 5.2.2. Derechos fundamentales.....                                  | 248 |
| 5.2.3. Dignidad Humana.....   | 251 |
| 5.2.4. Vida.....  | 255 |
| 5.2.5. Libertad.....  | 258 |
| 5.2.6. Igualdad.....  | 260 |

## **CAPÍTULO V**

### **CONSOLIDACIÓN DE UN ÚNICO BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

|  |     |
|--|-----|
| 1. Orientación político-jurídica y los motivos del legislador.....   | 265 |
| 1.1. Orientación político-jurídica.....  | 265 |
| 1.2. Los motivos del legislador.....   | 269 |
| 2. Importancia del proceso de valoración con el fin de construir<br>un bien jurídico-penal único en los delitos relativos a la<br>manipulación genética..... | 271 |
| 3. El bien jurídico-penal considerado en los delitos relativos<br>a la manipulación genética.....  | 281 |
| 4. Aspectos protegidos en los delitos relativos a la manipulación<br>genética « <i>strictu sensu</i> » y « <i>sensu lato</i> ».....                          | 284 |
| 4.1. Aspectos protegidos en los delitos relativos<br>a la manipulación genética « <i>strictu sensu</i> ».....  | 284 |
| 4.1.1. Alteración del genotipo (artículo 159).....   | 285 |



|  |     |
|--|-----|
| 4.1.1.1. Posiciones doctrinarias.....  | 285 |
| 4.1.1.2. Concreción de los aspectos protegidos.....  | 286 |
| 4.1.2. Armas biológicas o exterminadoras de la<br>especie humana. (artículo 160.1.).....   | 288 |
| 4.1.2.1. Posiciones doctrinales.....   | 288 |
| 4.1.2.2. Concreción de los aspectos protegidos.....  | 289 |
| 4.1.2.3. Organismos modificados genéticamente (artículo 349)....   | 292 |
| 4.2. Aspectos protegidos en los delitos de manipulación<br>genética « <i>sensu lato</i> ».....   | 296 |
| 4.2.1. Fecundación de óvulos (artículo 160.2.).....  | 297 |
| 4.2.1.1. Posiciones doctrinales.....   | 297 |
| 4.2.1.2. Concretización de los aspectos protegidos.....  | 297 |
| 4.2.1.3. Referencia a la protección de la vida prenatal.....   | 301 |
| 4.2.2. Clonación humana y selección de raza (artículo 160.3.).....   | 305 |
| 4.2.2.1. Posiciones doctrinarias.....  | 305 |
| 4.2.2.2. Concreción de los aspectos protegidos.....  | 307 |
| 4.2.2.2.1. Creación de seres idénticos por clonación.....  | 310 |
| 4.2.2.2.2. Selección de raza por otros procedimientos.....   | 313 |
| 4.2.3. Reproducción asistida sin consentimiento (artículo 161).....  | 316 |
| 4.2.3.1. Posiciones doctrinarias.....  | 316 |
| 4.2.3.2. Concreción de los aspectos protegidos.....  | 317 |
| 5. La relación entre los bienes jurídicos supraindividuales y bienes<br>jurídicos individuales: unificación del bien jurídico-penal<br>individual y supraindividual en un único bien jurídico-penal<br>de doble dimensión..... | 319 |
| 5.1. Puntualizaciones sobre el término supraindividual con relación<br>a los delitos relativos a la manipulación genética.....   | 319 |
| 5.2. Propuesta de unificación del bien jurídico-penal individual<br>y supraindividual, en un único bien jurídico-penal   |     |

|  |     |
|--|-----|
| de doble dimensión.....  | 321 |
| 5.2.1. El bien jurídico-penal individual y el bien<br>jurídico-penal supraindividual, como punto de discusión<br>dentro del derecho penal.....                                   | 322 |
| 5.2.2. El funcionamiento del sistema como fundamento de la<br>dimensión individual y supraindividual del bien<br>jurídico-penal único.....                                       | 325 |
| 5.2.3. Los principios y los valores constitucionales que originan<br>un bien jurídico-penal único como fundamento de la<br>dimensión individual y supraindividual del mismo..... | 328 |
| 5.2.4. Las dimensiones del bien jurídico-penal único:<br>supraindividual e individual en los delitos relativos<br>a la manipulación genética.....                                | 332 |
| 5.2.4.1. Los delitos relativos a la manipulación genética<br>« <i>strictu sensu</i> ».....   | 332 |
| 5.2.4.1.1. Alteración del genotipo (artículo 159).....   | 332 |
| 5.2.4.1.1.1. Dimensión supraindividual.....  | 332 |
| 5.2.4.1.1.2. Dimensión individual.....   | 333 |
| 5.2.4.1.2. Armas biológicas (artículo 160.1.).....   | 333 |
| 5.2.4.1.2.1. Dimensión supraindividual.....  | 333 |
| 5.2.4.1.2.2. Dimensión individual.....   | 333 |
| 5.2.4.1.3. Selección de raza (artículo 160.3).....   | 333 |
| 5.2.4.1.3.1. Dimensión supraindividual.....  | 334 |
| 5.2.4.1.3.2. Dimensión individual.....   | 334 |
| 5.2.4.2. Los delitos de manipulación genética « <i>sensu lato</i> ».....   | 334 |
| 5.2.4.2.1. Fecundación de óvulos (artículo 160.2).....   | 334 |
| 5.2.4.2.1.1. Dimensión supraindividual.....  | 334 |
| 5.2.4.2.1.2. Dimensión individual.....   | 334 |
| 5.2.4.2.2. Clonación de seres humanos (artículo 160.3).....  | 335 |

|   |     |
|---|-----|
| 5.2.4.2.2.1. Dimensión supraindividual.....   | 335 |
| 5.2.4.2.2.2. Dimensión individual.....  | 335 |
| 5.2.4.2.3. Reproducción asistida sin consentimiento<br>(artículo 161).....  | 335 |
| 5.2.4.2.3.1. Dimensión supraindividual.....   | 335 |
| 5.2.4.2.3.2. Dimensión individual.....  | 335 |
| 6. La titularidad del bien jurídico protegido penalmente en los<br>delitos relativos a la manipulación genética: titularidad y víctima....                                      | 336 |
| 6.1. Titularidad del bien jurídico-penal.....   | 336 |
| 6.1.1. Particularidades que plantea la titularidad en los<br>bienes jurídicos supraindividuales.....  | 336 |
| 6.1.2. Breves reflexiones a partir de la Sentencia del<br>Tribunal Constitucional (53/95).....  | 337 |
| 6.1.3. La titularidad del bien jurídico-penal único<br>en los delitos relativos a la manipulación genética.....   | 339 |
| 6.2. La víctima.....  | 340 |
| 6.2.1. Particularidades que plantea la titularidad en los<br>bienes jurídicos supraindividuales.....  | 340 |
| 6.2.2. La víctima y su relación con la Teoría del delito<br>y con el concepto de bien jurídico-penal.....   | 342 |
| 6.2.3. La víctima en los delitos relativos a la manipulación<br>genética.....   | 345 |
| 7. Análisis de los delitos relativos a la manipulación genética<br>con relación a las técnicas de tipificación: Delito de peligro<br>(abstracto-concreto) y peligro-lesión..... | 347 |
| 7.1. Afectación de la dimensión individual y peligro de la<br>dimensión supraindividual del bien jurídico-penal único.....  | 350 |
| 7.1.1. Clonación reproductiva y selección de raza (artículo 161.2)..  | 350 |
| 7.1.2. Reproducción asistida sin el consentimiento (artículo 162.)...   | 350 |

|  |     |
|--|-----|
| 7.2. Peligro para la dimensión supraindividual del bien jurídico-penal único.....          | 351 |
| 7.2.1. Alteración del genotipo (artículo 159.1).....                                       | 351 |
| 7.2.2. Armas biológicas (artículo 160.1).....  | 351 |
| 7.3. Afección a la dimensión supraindividual del bien jurídico-penal único.....            | 351 |
| 7.3.1. Fecundación de óvulos con fines reproductivos (artículo 161.1).....                 | 351 |
| 7.4. Afección de dimensión individual y supraindividual del bien jurídico-penal único..... | 352 |
| 7.4.1. Alteración del genotipo (artículo 159.1.).....                                      | 352 |
| 7.4.2. Clonación reproductiva y selección de raza (artículo 161.1.)..                      | 352 |
| 8. Criterios para restringir el tipo.....  | 352 |
| 9. La función meramente simbólica del Derecho penal.....                                   | 353 |

## **PARTE TERCERA**

### **ANÁLISIS DEL CONSENTIMIENTO Y DE ALGUNOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN RELACIÓN A LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

#### **CAPÍTULO VI**

##### **APRECIACIONES SOBRE LA UBICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DENTRO DEL DERECHO PENAL**

|  |     |
|--|-----|
| 1. La Teoría del consentimiento: análisis general sobre la doctrina existente..... | 360 |
| 1.1. Análisis crítico sobre los planteamientos originales.....                     | 360 |
| 1.2. Análisis crítico sobre las teorías actuales.....                              | 362 |

|  |     |
|--|-----|
| 2. El consentimiento como institución jurídica: su ubicación dentro del Derecho penal.....   | 367 |
| 2.1. El consentimiento dentro de la Teoría política.....   | 367 |
| 2.1.1. La historia política del consentimiento.....  | 368 |
| 2.1.2. El consentimiento dentro de la Filosofía política: sus principales expositores.....   | 371 |
| 2.2. Consentimiento y democracia.....  | 374 |
| 2.2.1. El consenso y el disenso dentro del sistema democrático: especial referencia a la desobediencia civil.....                        | 379 |
| 2.2.2. Algunos apuntes sobre la democracia moderna y el consentimiento.....  | 382 |
| 3. El consentimiento y su función dentro del <i>Ius puniendi</i> del Estado...   | 384 |
| 3.1. Los criterios doctrinarios generales.....   | 384 |
| 3.1.1. El concepto y los principios limitadores del <i>Ius puniendi</i> .....  | 384 |
| 3.1.2. Teoría de los derechos subjetivos del Estado: anotaciones puntuales sobre su desarrollo y el estado actual de su tratamiento..... | 387 |
| 3.2. La presencia del consentimiento dentro del <i>Ius puniendi</i> : argumentos a favor.....  | 389 |
| 3.2.1. Argumentos de conexión: el consentimiento y su relación con la Teoría política.....   | 390 |
| 3.2.1.1. El consentimiento en los inicios de la sociedad.....  | 390 |
| 3.2.1.2. El consentimiento como instrumento clave dentro de la Teoría del contrato social.....   | 395 |
| 3.2.1.3. El consentimiento dentro del sistema democrático: aciertos y crisis.....  | 396 |
| 3.2.1.4. El consentimiento y la relación entre el Derecho y el poder.....  | 399 |
| 3.2.2. El consentimiento dentro del Derecho penal:   |     |

|   |     |
|---|-----|
| planteamiento general de los argumentos jurídicos.....  | 401 |
| 3.2.2.1. La relación entre el consentimiento y algunos<br>principios jurídicos que limitan al <i>Ius puniendi</i> del Estado..  | 405 |
| 3.2.2.2. Justificación del consentimiento dentro del sistema penal...   | 409 |
| 3.2.3. Desarrollo de los argumentos jurídicos para delimitar<br>el consentimiento como parte del <i>Ius puniendi</i> del<br>Estado y su naturaleza jurídica.....  | 413 |
| 3.2.3.1. Breves anotaciones técnicas a emplearse.....   | 413 |
| 3.2.3.2. El consentimiento dentro de la Constitución.....   | 413 |
| 3.2.3.3. Reformulación de los principios limitadores al<br><i>Ius puniendi</i> .....  | 419 |
| 3.2.3.3.1. Los antecedentes del consentimiento y su carácter<br>de principio extrasistémico dentro del <i>Ius puniendi</i><br>del Estado.....   | 423 |
| 3.2.3.3.2. Finalidad teleológica de los principios del <i>Ius puniendi</i><br>del Estado.....   | 428 |
| 3.2.3.3.3. Clasificación de los principios del <i>Ius puniendi</i><br>del Estado conforme a su naturaleza colectiva<br>y a su naturaleza individual.....  | 432 |
| 3.2.3.3.4. Las principales relaciones sistémicas entre los<br>principios limitadores al <i>Ius puniendi</i> del Estado:<br>especial referencia a la relación sobre el criterio<br>de libertad entre los principios de culpabilidad<br>con los de naturaleza individual..... | 436 |
| 3.2.3.3.5. La importancia de los principios dentro del<br>sistema penal.....  | 452 |
| 3.2.3.4. Los principios de naturaleza individual y su<br>orientación político–jurídica.....   | 452 |
| 3.3. Los efectos jurídicos del consentimiento.....  | 455 |

|   |     |
|---|-----|
| 3.4. La relación del consentimiento con otras instituciones dentro de la Teoría del delito..... | 460 |
|---|-----|

## **CAPÍTULO VII**

### **LOS PRINCIPIOS DE NATURALEZA INDIVIDUAL Y SU RELEVANCIA DENTRO DE LOS DELITOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA**

|  |     |
|--|-----|
| 1. Alcance de los principios del consentimiento y de autonomía de la voluntad dentro de los delitos relativos a la manipulación genética: Planteamiento general y normativa sectorial.....                 | 473 |
| 1.1. La normativa sectorial del consentimiento informado: especial relación a la normativa relacionada con los delitos relativos a la manipulación genética.....   | 480 |
| 1.2. Legislación internacional.....  | 481 |
| 1.3. Legislación nacional.....   | 482 |
| 1.4. Leyes autonómicas.....  | 483 |
| 2. El consentimiento y la libertad de voluntad respecto a los bienes jurídico-penales protegidos dentro de los delitos relativos a la manipulación genética.....   | 485 |
| 2.1. El principio de autonomía de la voluntad en relación a la libertad de disposición y a la libertad de acción de los bienes jurídico-penales y como fundamento del consentimiento...486                 |     |
| 2.2. Algunas particularidades sobre la eficacia del consentimiento y la materialización de la libertad de la voluntad en los bienes jurídico-penales: especial relación a la libertad de disposición...497 |     |
| 2.2.1. Los bienes jurídico-penales sobre los que se puede disponer: la problemática en la disposición de los bienes jurídicos supraindividuales.....   | 498 |

|   |     |
|---|-----|
| 2.2.2. Las diferentes formas de protección de los bienes<br>jurídico-penales.....   | 499 |
| 2.2.3. El empleo de un criterio restrictivo en relación a la protección<br>de los bienes jurídicos dentro de los delitos de peligro.....  | 499 |
| 3. La libertad de disposición del bien jurídico-penal único dentro<br>de los delitos relativos a la manipulación genética: límites y<br>excepciones sobre la libertad de disposición..... | 501 |
| 3.1. Límites a la libertad de disposición.....  | 502 |
| 3.2. Excepciones a las limitaciones sobre la libertad de disposición....  | 505 |
| 3.2.1. El estado de necesidad: ponderación de los bienes jurídicos...505  |     |
| 3.2.2. La calidad de vida como interés colectivo.....506  |     |
| 3.2.3. La disposición del bien jurídico-penal relacionadas a<br>material genético: embriones tempranos o preembriones,<br>células madre y gametos.....                                    | 508 |
| 3.2.3.1. Normativa y jurisprudencia existente.....  | 510 |
| 3.2.3.1.1. Normativa europea.....   | 510 |
| 3.2.3.1.2. Normativa española.....  | 513 |
| 3.2.3.1.3. Jurisprudencia española.....   | 523 |
| 3.2.3.2. Operatividad de la representación legal con fundamento<br>en el principio de analogía: la importancia de los principios<br>de solidaridad y de justicia.....                     | 526 |
| 3.2.3.2.1. La representación legal: características principales.....  | 528 |
| 3.2.3.2.2. La interpretación analógica sobre el material<br>genético.....   | 534 |
| 3.2.3.2.2.1. Las disposiciones objeto de una<br>hipotética interpretación analógica.....  | 534 |
| 3.2.3.2.2.2. Consideraciones generales sobre la analogía.....   | 537 |
| 3.2.3.2.2.3. La aplicación analógica del consentimiento<br>y la representación legal sobre el material genético....   | 539 |



|  |     |
|--|-----|
| 3.2.3.2.2.4. Los principios de justicia y de solidaridad en la aplicación analógica de la representación legal sobre material genético: sus repercusiones sobre la igualdad en la sociedad.....      | 541 |
| 4. Interpretación de <i>lege ferenda</i> del principio del consentimiento y la libertad disposición del bien jurídico-penal único protegido en los delitos relativos a la manipulación genética..... | 546 |
| 4.1. Planteamiento sobre la clase de protección y la aplicación de restricciones a los tipos.....  | 546 |
| 4.2. El consentimiento informado y la libertad de disposición en los delitos relativos a la manipulación genética « <i>strictu sensu</i> »   | 549 |
| 4.2.1. La alteración del genotipo.....   | 549 |
| 4.2.1.1. Cuestiones generales sobre la protección del bien jurídico-penal único en el tipo.....  | 549 |
| 4.2.1.2. Las terapias empleadas en materia genética.....   | 550 |
| 4.2.1.3. La libertad de terapia.....   | 554 |
| 4.2.1.4. La libertad de disposición sobre el aspecto individual del bien jurídico-penal único y el consentimiento informado...   | 555 |
| 4.2.2. Armas biológicas.....   | 557 |
| 4.2.2.1. Cuestiones generales sobre la protección del bien jurídico-penal único en el tipo.....  | 557 |
| 4.2.2.2. La libertad de disposición sobre el aspecto supraindividual del bien jurídico-penal único y el consentimiento.....  | 558 |
| 4.2.3. Organismos modificados genéticamente.....   | 560 |
| 4.2.4. Selección de raza.....  | 561 |
| 4.2.4.1. Cuestiones generales sobre la protección del bien jurídico-penal único en el tipo.....  | 562 |
| 4.2.4.2. La libertad de disposición sobre el aspecto individual y supraindividual del bien jurídico-penal  |     |

|  |     |
|--|-----|
| único y el consentimiento informado.....                                     | 563 |
| 4.3. El consentimiento informado y la libertad de disposición                |     |
| en los delitos relativos a la manipulación genética « <i>sensu lato</i> »... | 566 |
| 4.3.1. Fecundación de óvulos humanos con fines distintos                     |     |
| a la procreación.....  | 566 |
| 4.3.1.1. Cuestiones generales sobre la protección del bien                   |     |
| jurídico-penal único en el tipo.....   | 566 |
| 4.3.1.2. La libertad de disposición sobre el aspecto                         |     |
| individual y supraindividual del bien jurídico-penal único                   |     |
| y el consentimiento informado: relativización de la                          |     |
| protección del embrión humano.....   | 568 |
| 4.3.1.3. Experimentación e investigación científica sobre                    |     |
| embriones humanos y el consentimiento.....                                   | 569 |
| 4.3.2. Creación de seres idénticos por clonación.....                        | 570 |
| 4.3.2.1. Cuestiones generales sobre la protección del                        |     |
| bien jurídico-penal único en el tipo.....                                    | 571 |
| 4.3.2.2. La libertad de disposición sobre el aspecto                         |     |
| individual y supraindividual del bien jurídico-penal                         |     |
| único y el consentimiento informado.....                                     | 571 |
| 4.3.2.3. La problemática de la clonación terapéutica y la necesidad          |     |
| de su legislación.....   | 572 |
| 4.3.3. Reproducción asistida sin consentimiento de la mujer.....             | 574 |
| 4.3.3.1. Cuestiones generales sobre la protección del bien                   |     |
| jurídico-penal único en el tipo.....   | 574 |
| 4.3.3.2. La libertad de disposición sobre el aspecto                         |     |
| individual y supraindividual del bien jurídico-penal único                   |     |
| y el consentimiento informado.....   | 575 |
| 5. Algunas reflexiones relacionadas al principio de autorresponsabilidad     |     |
| y su vinculación con el consentimiento.....                                  | 578 |

|  |     |
|--|-----|
| 5.1. Entre la libertad y la culpabilidad.....  | 579 |
| 5.2. Imprudencia y alcance del tipo en los delitos relativos<br>a la manipulación genética: Especial referencia a la dualidad<br>del tipo imprudente y doloso.....       | 589 |
| 5.2.1. Criterios doctrinales esenciales.....   | 590 |
| 5.2.2. El alcance del tipo en el artículo 159.1.....   | 593 |
| 5.3. La imputación a la víctima: apreciaciones del<br>principio de autorresponsabilidad desde la perspectiva de los<br>delitos relativos a la manipulación genética..... | 596 |
| 5.3.1. Estado dogmático: casos jurisprudenciales,<br>principales expositores y planteamientos más destacados<br>para tratar el tema.....                                 | 599 |
| 5.3.2. El consentimiento informado y el principio<br>de autorresponsabilidad: el inevitable regreso al<br>consentimiento en ciertos tipos de la Parte Especial.....      | 606 |
| 5.3.3. Algunas reflexiones sobre la imputación a la víctima con<br>motivo de los delitos relativos a la manipulación genética.....                                       | 611 |
| <br>Apéndice A. Polémica con relación al empleo del término embrión...   | 623 |
| Apéndice B. Reflexiones sobre el estatuto jurídico del embrión.....  | 626 |
| Apéndice C. Clonación: precisiones terminológicas y técnicas<br>utilizadas.....  | 629 |
| Apéndice D. Proceso para selección de raza: trangénesis.....   | 636 |
| Apéndice E. Polémica en relación a las ventajas y desventajas de<br>los organismos modificados genéticamente (OMGs).....   | 637 |
| Apéndice F. Las células troncales o células madre.....   | 639 |
| Apéndice G. Legislación danesa sobre Biotecnología.....  | 651 |
| CONCLUSIONES.....  | 673 |
| BIBLIOGRAFÍA.....  | 707 |

## ABREVIATURAS

|          |   |
|----------|---|
| AAVV     | Varios autores  |
| ADH      | Anuario de Derechos Humanos   |
| ADPCP    | Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales   |
| AFD      | Anuario de Filosofía del Derecho  |
| AFS      | Archiv für Strafrecht   |
| AM       | AuGustus Magazine (Aarhus Universitet)  |
| AN       | Annual Reporter   |
| añ.      | año   |
| AP       | Actualidad Penal  |
| ap.      | Apartado, apéndice  |
| APC 1992 | Anteproyecto del Código Penal 1992  |
| APC 1994 | Anteproyecto del Código Penal 1994  |
| APSR     | American Politician Science Review  |
| ARSP     | Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie   |
| art. (s) | artículo (s)  |
| AT       | Allgemeiner Teil  |
| BGE      | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Sentencias del Tribunal Supremo suizo)           |
| BGHSt    | Resolución del <i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo Federal alemán)                           |
| BVerfGe  | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán) |
| BOE      | Boletín Oficial del Estado  |
| cap.     | capítulo  |
| CC       | Código Civil  |
| CDJ      | Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial                                   |
| CDJP     | Cuadernos de Derecho Penal y Jurisprudencia Penal   |
| CE       | Constitución Española de 1978   |
| CJ       | Cuadernos Jurídicos   |
| cit.     | citado  |
| com.     | compilador  |
| Coord.   | Coordinación, coordinador   |
| CP       | Código Penal de 1995  |
| CPC      | Cuadernos de Política Criminal  |
| CPI      | Código Penal italiano   |
| D        | Decreto   |
| DJ       | Documentación Jurídica  |
| doc.may. | Doctrina mayoritaria  |
| doc.min. | Doctrina minoritaria  |
| DP       | Doctrina Penal  |
| DPE      | Derecho Penal Español   |
| DP.PG    | Derecho Penal. Parte General  |
| DP.PG    | Diritto Penale. Parte Generale  |
| DP.PE    | Derecho Penal. Parte Especial   |
| DRALE    | Diccionario de la Real Academia de la Lengua española   |
| DT       | Disposición Transitoria   |

|          |   |
|----------|---|
| DUDH     | Declaración Universal de Derechos Humanos   |
| Ed.      | Editorial/Ediciones   |
| ed.(s)   | editor (s)  |
| edic.    | edición   |
| ediz.    | Edizione  |
| edit     | edition   |
| EJBC     | Enciclopedia Jurídica Básica Civitas  |
| EJHG     | European Journal of Human Genetics  |
| ép.      | época   |
| EPC      | Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela                                       |
| fasc.    | fascículo   |
| GG       | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  |
| GS       | Gedächtnisschrift   |
| intr.    | introducción  |
| JuS      | Juristische Schulung  |
| JZ       | Juristenzeitung   |
| JW       | Juristische Wochenschrift   |
| LOCP     | Ley Orgánica del Código Penal   |
| LGS      | Ley 14/1986, General de Sanidad   |
| LH       | Libro Homenaje, Estudios en honor, Estudios a la memoria, Homenaje a...                         |
| LIP      | L'Indice Penale   |
| LL       | Revista Jurídica española La Ley  |
| LO       | Ley Orgánica  |
| LPR      | Law and Philosophy Review   |
| LQC      | La Questione Criminale  |
| mar      | marginal  |
| MDP      | Manual de Derecho penal   |
| MLIR     | Medical Law Internacional Review  |
| MLR      | The Modern Law Review   |
| n.(s)    | nota/notas  |
| núm.     | número  |
| NDI      | Novissimo Digesto italiano  |
| NJIL     | Nordic Journal of International Law   |
| NJW      | Neue Juristische Wochenschrift  |
| NM       | Nature Magazine   |
| Or.      | Orden   |
| o.cit.   | obra citada   |
| OJLS     | Oxford Journal of Legal Studies   |
| OLG      | Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Estado federado de la República Federal de Alemania) |
| OMGs     | organismos modificados genéticamente  |
| párr.    | párrafo   |
| passim   | En diversas partes, en su conjunto  |
| po       | published online  |
| PCP 1992 | Proyecto del Código Penal de 1992   |
| PCP 1994 | Proyecto del Código Penal de 1994   |
| PIDCPO   | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 diciembre 1966                       |

|          |  |
|----------|--|
| PIDESC   | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 diciembre 1966   |
| PJ       | Revista del Poder Judicial   |
| PP       | Parte Primera  |
| PS       | Parte Segunda  |
| PT       | Parte Tercera  |
| Prof.    | Profesor   |
| pról.    | prólogo  |
| QFSPGM   | Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno   |
| rev.     | revizado   |
| RDC      | Rivista di Diritto Civile  |
| RDGH     | Revista de Derecho y Genoma Humano   |
| RDP      | Revista de Derecho Privado   |
| RDPC     | Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED   |
| RECPC    | Revista electrónica de Ciencias penales y Criminología   |
| RFDUM    | Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense  |
| RGSt     | Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo del Reich alemán en causas penales [colección oficial]). |
| RJA      | Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi  |
| RIDPP    | Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale   |
| RPA      | Revista Página Abierta   |
| RP       | Revista Penal  |
| RXG      | Revista Xuridica Gallega   |
| SAN      | Sentencia Audiencia Nacional   |
| (S)SAP   | Sentencia (s) Audiencia Provincial   |
| S. AT    | Strafrecht. Allgemeiner Teil   |
| SJP      | Sentencia Juzgado de lo Penal  |
| S.M      | Su Majestad  |
| SM       | Science Magazine   |
| STC      | Sentencia(s) del Tribunal Constitucional   |
| (S)STEDH | Sentencia(s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos  |
| StGB     | Código penal alemán  |
| STS      | Sentencia(s) del Tribunal Supremo  |
| vol.     | Volumen  |
| t.       | Tomo   |
| TDP      | Tratado de Derecho penal   |
| TDP. PG  | Tratado de Derecho penal. Parte General  |
| TEDH     | Tribunal Europeo de Derechos Humanos   |
| trad.    | traducción   |
| ZStW     | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft  |



# INTRODUCCIÓN

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Para iniciar con el planteamiento del problema que engloba la presente tesis, se trae a colación un caso cotidiano y a la vez complejo, como es el nacimiento de un niño, que se produce a cada minuto en todas partes del mundo. El cuerpo del recién nacido contiene la combinación natural del material genético de sus progenitores. La unión de los gametos que originó su vida, fue precedido por el azar y es prácticamente imposible que se pueda repetir una composición igual, incluso con la participación de los mismos padres, por lo que, este hecho hace que él sea un ser único e irrepetible. Desde los primeros momentos, después del nacimiento, se escucha su llanto y la necesidad de succión se hace presente, estos dos aspectos son indispensables para la supervivencia de esta nueva vida. Mediante la succión, se procura el alimento y su llanto es la forma de comunicar al exterior sus necesidades; con ello, que la satisfacción de las mismas, permite su crecimiento y por ende su supervivencia. Este mecanismo elemental no es extraño, pues se ha repetido durante millones de años en todos los bebés que vienen al mundo, como una muestra del potencial de supervivencia que contiene cada ser humano en sí mismo. Es así, que los niños del paleolítico se valían de la succión y del llanto para sobrevivir. Por lo visto, hay cosas que no cambian, permanecen invariables, en tanto sean necesarias para sostener los procesos vitales y permitir la supervivencia del individuo sobre el planeta. Conjuntamente con los signos de supervivencia que demuestra un recién nacido, la composición genética del nuevo ser, es una infinita rama del genoma humano; su ADN es parte de la información genética de la humanidad y su existencia es clave para conservar la vida, por lo tanto, su relación con los demás miembros de su



especie es indispensable para conservar el genoma humano y permitir la supervivencia de la especie.

2. Los conocimientos que poseemos en la actualidad sobre los mecanismos reproductivos, la transmisión genética de padres a hijos, la evolución de las especies y la posibilidad de manejar la información genética para la cura de enfermedades, se debe al desarrollo indiscutible de la ciencia y de la tecnología. En el campo de estudio, los conocimientos científicos y los avances técnicos, principalmente, vienen de la mano de la Genética y de la Biotecnología.

3. La Genética, como ciencia, se ubica dentro de la Biología y es la encargada del estudio de la herencia y de todo lo relacionado a ella. Constituye uno de los pilares de la Biología, porque trata de explicar las características propias de los seres vivos, mediante la diversidad y la transmisión de los genes de generación en generación. El interés por la Genética se presenta desde la antigua Grecia, pero, sin duda, es a partir del descubrimiento realizado por el monje austríaco Mendel, sobre las leyes básicas de la transmisión de los caracteres hereditarios, que se considera a la Genética como una nueva ciencia, prometedora de avances incalculables dentro del conocimiento de la naturaleza genética del hombre. Aparte de Mendel, han existido grandes científicos que han aportado valiosos conocimientos a la Genética; por nombrar algunos de ellos, se tiene a Lamarck, quien elabora la primera teoría evolucionista y Darwin, el mismo que continúa con esta, añadiendo ideas interesantes al respecto, como es la selección de las especies. Dentro de la Genética humana, a pesar de los problemas investigativos que enfrenta, se producen grandes descubrimientos sobre los genes, enzimas, etc. Por otra parte, la Genética Molecular ha revolucionado el mundo científico, especialmente, con el

descubrimiento del ADN como responsable de la información genética, gracias a los experimentos de Avery, Mae Leod y McCarty. Posteriormente, Watson y Crick descubren la doble hélice del ADN, lo que proporciona un impulso muy importante para la Genética y como consecuencia se crea la Biología Molecular, que ha permitido obtener los conocimientos recientes sobre el genoma humano.

4. A criterio de Muñoz, en su trabajo titulado «Ingeniería Genética en el sector primario y secundario: beneficios y problemas», la Biotecnología es la tecnología que emplea la potencialidad de los seres vivos y su eventual modificación selectiva y programada para la obtención de bienes y servicios. El origen de aquella se remonta a épocas muy antiguas, donde se comienza a elaborar alimentos como la cerveza, el pan, etc. Los diferentes descubrimientos han marcando las etapas de la Biotecnología, y en la actualidad, se cuenta con una moderna Biotecnología que se sustenta en los descubrimientos sobre las estructura del ADN. Su desarrollo se debe a los aportes de varias ciencias y disciplinas, razón por la cual presenta una naturaleza interdisciplinar y pluridisciplinar y, como consecuencia, implica a varios sectores. A su vez, contiene varias técnicas; en este sentido, la ingeniería genética es la rama de mayor incidencia y preocupación dentro de la Biotecnología; la Ingeniería genética, nace en la década de 1970 y comprende un conjunto de técnicas que permite la manipulación de los genes a través de la tecnología del ADN recombinante y la reacción en cadena de la polimerasa.

5. Los sectores influenciados por los avances científicos y técnicos de la genética, la biotecnología y la ingeniería genética, contienen un campo amplio de aplicación. Los avances de la Genética han producido conocimientos considerables sobre el código genético, las mutaciones, los

virus y retrovirus, los priones, clonación, avances sobre el tratamiento de enfermedades, producción de plantas y animales transgénicos, etc. Mientras, que los sectores influenciados por la Biotecnología, son sectores muy importantes y contienen un extenso ámbito de actuación; en este sentido, aquella incluye al sector farmacéutico, sanitario, ganadero, acuicultura, agroalimentario, aborda también la creación de armas biológicas y el sector de reproducción humana. Finalmente, el conocimiento de los genes y su manipulación, han permitido un amplio uso de la Ingeniería genética en terapia génica, en animales y en plantas transgénicas, en biomedicina, en la ganadería, en la agricultura, etc.

6. Frente a estos nuevos avances científicos y tecnológicos, surge una nueva ciencia conocida como Bioética. Esta ciencia forma parte de la Ética, y es la encargada de realizar las valoraciones éticas y morales sobre las implicaciones de la Medicina; precisamente, de este aspecto, proviene su importancia, en cuanto aborda a los problemas conocidos como bioéticos. Los principios que rigen a la Bioética, se inspiran en el Juramento de Hipócrates y en la Medicina clásica, así se cuenta con el principio de no-maleficencia, el principio de beneficencia, el principio de autonomía, el principio de justicia. La jerarquización de estos principios ha ocasionado posiciones, considerándose como parámetro más aceptado el análisis de cada caso en concreto. La Bioética es una ciencia pluridisciplinar, plural y laica. Su fundamento radica en el respeto a los derechos humanos como mínimos aceptados en la mayoría de países.

7. Con relación a estos avances científicos y tecnológicos, descritos muy brevemente, se considera que los ordenamientos jurídicos deben ir a la par de los cambios que se presentan en la sociedad, para conseguir su eficacia como sistema. Ante los cambios que ocasionan los avances tecnológicos,

aunque muchos de los temas suenen todavía a ciencia ficción, es necesario continuar con las pertinentes reflexiones alrededor de sus repercusiones y de la forma como serían abordadas por el Derecho. En este sentido, no lejos de la mente del ser humano, se encuentran acontecimientos relacionados al abuso de la ciencia, producidos en la Segunda Guerra Mundial, razón por la cual, es indispensable la reflexión y evaluación de las aplicaciones científicas, previo a un nuevo uso equivoco de los conocimientos innovadores que provienen de la Genética, Biotecnología, Ingeniería genética y demás ramas afines. Por otra parte, no se puede descartar que estos delitos por ser considerados como delitos de futuro, enarboleden la batalla jurídica en tiempos venideros, y desplacen a delitos que, hoy por hoy, son los más abordados, como es el caso de los delitos económicos; pues, precisamente, el desarrollo inusitado de la Genética y la Biotecnología, como logros incuestionables del saber científico y tecnológico de los últimos tiempos, pueden generar conflictos jurídicos de importancia. En este sentido, se aprecia que como consecuencia de calentamiento global del planeta, en la actualidad, se presta más atención a los delitos contra el medioambiente. Una similar situación puede ocurrir con los delitos relativos a la manipulación genética en lo posterior.

8. Retomando el ejemplo inicial, el planteamiento general se sitúa en sí el Derecho debe intervenir, cuando hechos tan simples como la recombinación genética natural y al azar, que presenta en su composición biológica un recién nacido, la supervivencia de la especie, la preservación del genoma de la humanidad, entre otras cosas, se vean amenazados por la incursión de la Genética y de la Biotecnología. En este sentido, mientras estos procesos sigan produciéndose, tal como lo han hecho a lo largo de los tiempos, se está ante parámetros normales; pero de ser efectuados a voluntad por las manos del ser humano, con una diversidad de finalidades,

el Derecho está llamado a actuar y a establecer los límites legales para que estas actividades puedan desarrollarse sin perjudicar al futuro de la supervivencia de la especie.

9. La intervención del Derecho penal en estos temas, presenta algunas ambivalencias. Por un lado, se ha visto como necesaria la regulación penal de ciertas conductas. Pero por otra parte, se considera que la intervención del Derecho penal, en este campo, es excesiva y va más allá de los principios que limitan las facultades punitivas del Estado, como es el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, y del carácter de *ultima ratio* que contiene. Paralelamente a estos planteamientos, surge otro foco de conflicto, en relación a las técnicas legislativas que se emplean en estos delitos, pues, son aún discutibles doctrinalmente los delitos de peligro y los bienes jurídicos supraindividuales.

10. En el caso de España, el Código penal de 1995, tipifica los delitos relativos a la manipulación genética. Conforme a algunos criterios, estos delitos y otros afines, pondrán a prueba al Derecho penal, en este sentido, ha sido indispensable la expansión del mismo con el fin de contener a estos tipos penales. Conjuntamente con lo anterior, la sociedad de riesgo o sociedad compleja actual, trae consigo el vertiginoso adelanto especialmente científico y tecnológico, con lo que se producen nuevas formas de ataque a bienes jurídico-penales protegidos por el Derecho, inclusive, se introducen nuevos bienes no protegidos con anterioridad. En cuanto a los bienes jurídicos que se protegen en estos delitos, impiden la presencia de una función exclusivamente simbólica, para ello se debe justificar la importancia de estos bienes, con lo cual, su afección amerita la intervención del Derecho penal. Por lo tanto, es de suma importancia determinar cuál o cuáles son los bienes jurídico-penales que se protegen en

estos delitos. Al respecto, la doctrina ha emitido una variedad de criterios sobre el tema.

11. Resulta interesante, analizar los planteamientos de la Bioética y su injerencia en la Política criminal, con el fin último de tipificar ciertas conductas que sean merecedoras de protección penal. La labor de la Bioética y de la política criminal, tienen mayores coincidencias de las que a simple vista se pueden observar, pues de las dos depende una futura protección a los bienes jurídico-penales relacionados a estos delitos, en ocasión de las nuevas formas de ataque que se derivan de los conocimientos científicos y tecnológicos.

12. Una vez ubicados los bienes jurídico-penales que se protegen en los delitos relativos a la manipulación genética, es indispensable analizar la relevancia del consentimiento dentro de estos tipos penales. Es así, que la clase de bien jurídico-penal implicado, permitirá que el titular del bien jurídico-penal pueda disponer libremente sobre el bien. Respeto al problema del consentimiento, es un nuevo reto analizar la eficacia del consentimiento en el material genético (células, tejidos, embriones), pues, es un ámbito en el cual, por primera vez, se lo emplea.

13. Dentro de la Teoría del consentimiento tiene lugar la confrontación entre la Teoría unitaria y la Teoría diferenciadora. La primera manifiesta que el consentimiento únicamente excluye la tipicidad; mientras que la segunda, sostiene que el consentimiento bien puede excluir la tipicidad o ser una causa de justificación. Frente a estos planteamientos doctrinarios, se considera que el problema dogmático del consentimiento en sí no queda resuelto. Por lo tanto, es necesario buscar nuevos caminos, con el fin de

ubicar la verdadera naturaleza jurídica del consentimiento más acorde con el *Ius puniendi* del Estado.

14. El principio de autonomía de la voluntad fundamenta la libertad de disposición de los bienes jurídicos, ante ello, se retorna al tradicional debate sobre la libertad y su relación con el principio de culpabilidad dentro del Derecho penal. Con respecto a estos planteamientos, bien se pueden tener en cuenta a otras alternativas más apegadas al desarrollo de la Física, pues, la imputación de la conducta y del resultado a un individuo, se realiza en base a un hecho que se desarrolla en un tiempo y en un espacio determinado.

15. Conforme a estudios actuales, la conducta de la víctima es relevante para determinar la imputación. Con este objetivo, la mayoría de criterios son partidarios de emplear la Teoría de la imputación, para solucionar el problema de la imputación de la víctima. En el caso de los delitos relativos a la manipulación genética, se puede optar por una alternativa diferente, para ello, se tiene en cuenta que la normativa sectorial reconoce al consentimiento informado, por lo tanto, las víctimas otorgan su consentimiento sobre el acto médico que puede afectar al bien jurídico de su titularidad. Con esta normativa diferente, las soluciones dentro de estos delitos, contienen una vía propia.

## **II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS**

1. Se considera necesario realizar una explicación previa sobre la terminología que se emplea en este trabajo, debido a que algunos términos se prestan a confusión e incluso son discutibles. En el caso en mención, se

encuentra el término manipulación genética (incluido en el título de este trabajo) y su contenido.

2. El término manipulación genética empleado comúnmente en la actualidad, incluso en cuerpos legales, como el Código penal español, es un término muy controvertido, pues, tiene algunas acepciones. En este sentido, el catedrático Lacadena Calero, en su artículo titulado como «Manipulación genética en la especie humana», sostiene que el término manipulación genética, tiene dos acepciones: la primera se refiere a «oponer o manejar con las manos o con cualquier instrumento», y como segunda acepción significa «intervenir con medios hábiles, y a veces arteros, en la política, en la sociedad, en el mercado, etc. Con frecuencia para servir los intereses propios o ajenos». Añade Lacadena Calero que, generalmente, se emplea el término manipulación genética en un sentido peyorativo, pero lejos de esta intención, se debe tener en cuenta que la investigación genética actual ha llegado a una perfección técnica considerable, con lo que se puede manipular genes en un sentido físico, como por ejemplo, el aislamiento de fragmentos de ADN. De igual manera, se pueden manipular físicamente cromosomas, células, etc.

3. Más cercano a establecer el contenido del término manipulación genética, Mantovani, en su artículo «Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela», otorga al término de dos significados: 1). Restrictivo y propio, como aquel que denota una modificación de los caracteres genéticos naturales del patrimonio genético del individuo, mediante la transferencia de segmentos de ácido, portadores de una determinada información genética y 2). Amplio o impropio, que no comporta necesariamente la modificación del patrimonio hereditario, ni la utilización del ADN y que incluye las



manipulaciones de gametos y embriones, así como las técnicas de reproducción asistida, incluyendo simples análisis genéticos, consultas genéticas o diagnósticos, pre o post natales.

4. En el presente trabajo, se considera que el término manipulación genética, presenta un doble contenido, por un lado, puede emplearse en un sentido amplio y por otro, en un sentido estricto. Se entiende por sentido estricto o «*strictu sensu*», a la manipulación de los genes por la recombinación del ADN, mediante el proceso de transgénesis, es decir, por la modificación en la composición de los genes, a través de las técnicas de Ingeniería genética. Mientras que en un sentido amplio o «*sensu lato*», se incluyen a todas las modalidades de manipulación ya sea de genes (transgénesis propiamente dicha), de gametos, de embriones, de células; dentro de esta instancia, también se contemplan a las técnicas de procreación asistida y a la clonación. En concordancia con lo expuesto, Lacadena Calero, en su artículo mencionado en líneas anteriores y conforme a la clasificación que realiza, en lo atinente a la manipulación genética humana (estudia los niveles de organización biológica), el autor sostiene que algunas de las técnicas no tienen que ver en absoluto con la Genética, aunque normalmente (socialmente), podría decirse que se las considere como manipulación genética.

5. De lo examinado, se desprende que el legislador, al regular en un mismo Título: «Delitos relativos a la manipulación genética», se refiere a todas las técnicas de la Biotecnología, no únicamente a las de Ingeniería genética, que comportan una modificación en los genes («*strictu sensu*»), es decir, dentro de este Título se entiende a la manipulación genética en sentido amplio o «*sensu lato*», porque incluye a la reproducción asistida y a la clonación. Por ende, así interpretada la decisión legislativa de tipificar las

conductas pertinentes a la manipulación genética en sentido amplio o «sensu lato», que como se ha manifestado, contiene en sí a la manipulación de genes, en sentido estricto o «strictu sensu», queda justificada la presencia de técnicas como la clonación y la reproducción asistida dentro de un mismo Título.

### **III. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA**

#### **A. OBJETIVOS**

1. Realizar un estudio de los delitos relativos a la manipulación genética desde una perspectiva dogmática. De esta manera, se efectúan consideraciones sobre algunos aspectos como es el bien jurídico que se protege en estos delitos, la relevancia del consentimiento y la imputación de la víctima que otorga su consentimiento informado.
2. Determinar si los delitos relativos a la manipulación genética, por la falta de fallos judiciales hasta el momento, contienen una función exclusivamente simbólica o está justificada su protección penal.
3. Identificar al bien jurídico-penal o a los bienes jurídico-penales en los delitos relativos a la manipulación genética, incluidos en el Título V.
4. Efectuar un estudio del consentimiento dentro de la Teoría política y otras instituciones, con el fin de situarlo adecuadamente dentro del Derecho penal.
5. Analizar sobre la relevancia del consentimiento dentro del material genético (células, tejidos, embriones).

6. Realizar consideraciones generales sobre la imputación de la víctima dentro de los delitos relativos a la manipulación genética.

## **B. METODOLOGÍA**

1. El método empleado en este trabajo es principalmente dogmático y se incluyen reflexiones propias de la Política criminal. Las posiciones que se obtienen, son construcciones dogmáticas que tienen como finalidad reflexionar sobre las consecuencias político criminales que presentan estos delitos. De igual forma, las aportaciones dogmáticas persiguen contribuir con sus reflexiones, al momento de aplicar las disposiciones legales a casos concretos. Por otra parte, la posturas doctrinarias que se sostienen, de por sí, pretenden contribuir a la dogmática-penal en ciertos aspectos concretos.

2. El método general seguido para la culminación de esta tesis doctoral, comienza con una investigación realizada en 2002-2003, titulada «Genética: avances científicos, repercusiones sociales, éticas y jurídicas», que sin ser un estudio jurídico-penal en sí, contiene un análisis general de las técnicas que se emplean en los delitos relativos a la manipulación genética y sus consecuencias. Con esta base científica, se prosiguió en lo posterior, con el estudio dogmático de estos delitos.

3. Con el fin de ubicar a los bienes jurídico-penales que se protegen en los delitos relativos a la manipulación genética, se ha efectuado un análisis de los antecedentes legislativos, con el objetivo de conocer los motivos del legislador y los bienes jurídico-penales que quiere proteger. Como segundo paso, se ha recurrido a la jurisprudencia, pero con respecto a los delitos relativos a la manipulación genética, hasta el momento no existen fallos

que precisen cuál es el bien jurídico-penal que se protege; por lo tanto, como alternativa se presenta la remisión a la sentencia del Tribunal Supremo 53/85 (y otras que fallan en similar sentido). Como tercer paso, se estudia la postura de la doctrina mayoritaria sobre los bienes jurídicos que se protegen en estos delitos. Y, por último, con todos estos elementos, se pretende ubicar de *ratio legis* al bien o a los bienes jurídico-penales, conforme a los siguientes pasos metodológicos: 1). Los propuestos por Mir Puig, en su artículo: «Valoración, normas y antijuricidad penal», así, para el estudio del bien jurídico, se debe proceder a una construcción del bien jurídico-penal de *ratio legis*, en base a la valoración dogmática de valores y principios, que pueden generar consenso; 2). La tesis fundamental de Dworkin, que manifiesta que el Derecho contiene normas y principios; él sostiene, en varias de sus obras, como es el caso del libro titulado: «¿Es el derecho un sistema de reglas?»; 3). La concepción mayoritaria que considera a la Constitución, como el sitio idóneo para la búsqueda de dichos valores y principios.

4. Con el fin de tratar al consentimiento dentro del *Ius puniendi* del Estado, se considera metodológicamente viable seguir un esquema que se inicia con el análisis del consentimiento dentro de la Constitución española, para luego pasar con los fundamentos que de allí se obtuviesen, a elaborar una postura sobre el consentimiento y, en última estancia, los resultados obtenidos analizarlos dentro de la orientación política-jurídica que corresponde. Es así, que en el artículo 1.1. de la Constitución española, se proclama como valores superiores del Ordenamiento jurídico a la libertad, a la justicia, a la igualdad y al pluralismo político, de los que se desprenden principios constitucionales. Con respecto a estos expresados en los valores superiores, determinan los fines teleológicos que persigue el Ordenamiento jurídico y a la par de ser analizados conforme a los fines teleológicos, en su

valoración pueden existir elementos procedentes del sistema de lógica. Con estos criterios metodológicos preliminares, se procede a revisar los principios explícitos e implícitos que aporta el art. 1 de la Constitución, acorde con los pasos de argumentación interpretativa propuestos por Prieto Sanchis, en su obra: «Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico», con lo cual, se realiza el siguiente trabajo: 1). Como punto inductivo, se trae a colación algunas de las normas jurídicas existentes, donde se menciona al consentimiento; 2). En un segundo estamento, dentro de un proceso deductivo y con un matiz netamente teleológico, se determina la finalidad de las disposiciones que se refieren al consentimiento; 3). Se analizan a los principios explícitos e implícitos, con el fin de verificar su relación con el consentimiento; y 4). Se estudia la efectividad del principio al ser aplicado en casos concretos.

5. El alcance de los principios debe ser enmarcados en relación a una orientación político-jurídica determinada, con el objetivo de conocer sus repercusiones. En este caso, se manifiesta que la orientación dentro de la cual se incluyen a los principios de naturaleza individual, es el Estado Social y Democrático de Derecho. Modelo de Estado que contemplan la mayoría de constituciones occidentales.

6. Para la delimitación del principio de autonomía de la voluntad y del principio de autodeterminación, se parte de un análisis gramatical. Y, como límite a los principios y a los derechos que se relacionan con el principio de autonomía de la voluntad, se acoge el criterio dogmático, con el que se plantea la capacidad para disponer sobre los bienes jurídicos.

7. Con el fin de analizar la imputación de la víctima en los delitos relativos a la manipulación genética, con anterioridad se realiza un estudio de la

normativa sectorial. Esto permite deductivamente, delimitar las consecuencias de la disposición sobre el bien jurídico-penal que realiza la víctima, a través del consentimiento informado.

#### **IV. EXPLICACIÓN DE CONTENIDOS**

1. Con el objetivo de conseguir una mejor sistematización de los temas que se abordan, la presente tesis se divide en tres partes. La primera como su título lo enuncia, contiene presupuestos dogmáticos preliminares, con el fin de analizar los conceptos jurídicos que se emplean con posterioridad en el estudio de los delitos relativos a la manipulación genética; aunque, en esta, no se realiza ninguna construcción dogmática propia, se pretende proporcionar una visión general de las posturas doctrinales más importantes, con el propósito de que sirva de información general a quien lea este trabajo. La segunda, contiene el estudio sobre el bien jurídico-penal dentro de los delitos relativos a la manipulación genética. En la tercera, se realiza un estudio de la naturaleza del consentimiento; y, finalmente, en relación al mismo, se estudian otras figuras que tienen injerencia dentro de los delitos relativos a la manipulación genética.

2. La primera parte contiene tres capítulos. En el Capítulo I, se realiza un estudio sobre la doctrina existente sobre el bien jurídico-penal y los delitos de peligro. En el II, se analizan las posturas doctrinales acerca del consentimiento. En el III, se aborda al consentimiento informado, por su importancia para los delitos relativos a la manipulación genética.

3. La parte segunda contiene dos capítulos. En el Capítulo IV, se efectúa un estudio del bien jurídico-penal, para lo cual se parte de los antecedentes legislativos y de los principios que permiten ubicar al bien jurídico-penal

en estos delitos. En el Capítulo V, se realiza una construcción dogmática propia sobre el bien jurídico-penal que se protege en los delitos relativos a la manipulación genética, con un análisis pormenorizado en cada tipo penal.

4. La parte tercera, contiene dos capítulos. En el Capítulo VI, se hace un estudio del consentimiento desde la Teoría política y otras instituciones, con el fin de plantear su ubicación dentro del Derecho Penal; así también, se analiza la relevancia del consentimiento dentro de los delitos relativos a la manipulación genética. En el Capítulo VII, se relaciona al consentimiento con otros principios, como es el de autodeterminación y el de autorresponsabilidad; y se finaliza con algunas reflexiones de *lege ferenda* sobre la imputación a la víctima en estos delitos.

## **PARTE PRIMERA**

### **PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS PRELIMINARES**

#### **CAPÍTULO I**

##### **EL BIEN JURÍDICO Y LOS DELITOS DE PELIGRO**

1. Introducción: Teoría del bien jurídico-penal. 1.1. Evolución dogmática del bien jurídico-penal. 1.1.1. Principales expositores. 1.1.1.1. El bien jurídico como categoría autónoma. 1.1.1.2. La naturaleza positiva y la esencia liberal del bien jurídico. 1.1.1.3. Los bienes jurídicos y la prevención de riesgos. 1.1.1.4. La autorrealización personal como esencia del bien jurídico. 1.1.1.5. El bien jurídico como unidad de función social portadora de valor. 1.1.1.6. El bien jurídico y la nocividad social. 1.1.1.7. El bien jurídico y los procesos de criminalización. 1.1.1.8. La vigencia de la norma como bien jurídico. 1.1.2. Otras exposiciones relevantes. 1.1.2.1. La escuela Hegeliana. 1.1.2.2. La protección de intereses. 1.1.2.3. El bien jurídico como situación y estado. 1.1.2.4. Configuraciones metódico-formales del bien jurídico. 1.1.2.5. La teoría de protección del bien jurídico. 1.1.2.6. Conexión entre el bien jurídico y el injusto material. 1.1.2.7. Lesión del bien jurídico protegido y desvalor del resultado típico. 1.1.2.8. El bien jurídico como momento motivador de la protección penal. 1.1.2.9. El bien jurídico como concepto de la relación objetivo-personal. 1.1.2.10. El objeto de la afección, el bien jurídico y el objeto del bien jurídico. 1.1.2.11. El bien jurídico como relación fáctica de la persona con el objeto del valor. 1. 2. Clasificación de las teorías acerca del bien jurídico. 1.2.1. Teorías constitucionalistas. 1.2.1.1. Teorías constitucionalistas estrictas del bien jurídico. 1.2.1.2. Teorías constitucionalistas amplias. 1.2.2. Teorías sociológicas. 2. Concepto y función del bien jurídico-penal. 3. Modalidades de bienes jurídico-penales: bienes jurídicos individuales y supraindividuales. 4. Los bienes jurídico-penales y la Política criminal. 5. Los delitos de peligro y los bienes jurídico-penales supraindividuales. 5.1. Introducción: La sociedad de riesgo actual. 5.2. Concepto y clases de peligro. 5.3. Lesión y puesta en peligro. 5.4. Técnicas de tipificación de los delitos de peligro. 5.5. Los delitos de peligro concreto y delitos de



peligro abstracto. 5.5.1. Los delitos de peligro concreto. 5.5.2. Los delitos de peligro abstracto. 5.5.2.1. Reinterpretación de los delitos de peligro abstracto. 5.5.2.1.1. Los delitos de peligro hipotético. 5.5.2.1.2. Los delitos de peligro concreto-abstracto. 5.5.2.1.3. Los delitos de peligro presunto. 5.5.2.1.4. Los delitos de peligro obstáculo. 5.5.2.2. Sobre la legalidad de los delitos de peligro abstracto. 5.5.3. Propuestas de restricción de los delitos de peligro.

## **1. INTRODUCCIÓN: TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO**

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Código Penal de 1995, se alude al principio de intervención mínima con una posición antinómica, frente a nuevos delitos que se protegen, los cuales surgen debido a las crecientes necesidades sociales<sup>1</sup>. Las nuevas conductas delictivas acordes con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos por parte del Derecho penal, traen consigo bienes jurídicos que ameritan protección penal. En este sentido, la Exposición de Motivos<sup>2</sup> ante el cambio de valores y principios dentro de la sociedad, advierte que el Derecho penal responde tutelando estos valores<sup>3</sup>.

Por lo tanto, el concepto de bien jurídico tiene una importancia relevante para el Derecho penal. Desde este punto de vista, su tratamiento ha sido, durante varios siglos, motivo de elaboraciones doctrinales con miras a establecer el contenido y el alcance de esta construcción dogmática. En la

---

<sup>1</sup> CP, Actualizado a 31 de diciembre de 2003, Colección de Códigos Básicos, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2004, p. 19.

<sup>2</sup> Ídem.

<sup>3</sup> En similar setintido, Córdova Roda, en «Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima», LL núm. 3, 1996, p. 1333, sostiene que la Exposición de Motivos del CP, se refiere al principio de intervención mínima y al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, bienes pertenecientes a la persona y a la sociedad. Dentro de estos principios, se considera más importante la protección de bienes jurídicos; en este aspecto, el Derecho penal protege bienes personales o sociales que existen en el momento y son dignos de tutela penal frente a los ataques que pueden ser objeto.

actualidad, se tiene en cuenta que con la aparición de nuevas figuras delictivas, en ocasión de la mayor complejidad de la sociedad actual, se ha producido la incursión de nuevos bienes jurídicos o de una nueva valoración de los bienes jurídicos tradicionales, al mismo tiempo, que ocasiona discusiones doctrinales sobre estos aspectos, como acertadamente se menciona en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995, en el momento de hacer referencia al principio de protección mínima dentro del Derecho penal.

## **1.1. EVOLUCIÓN DOGMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO-PENAL<sup>4</sup>**

### **1.1.1. PRINCIPALES EXPOSITORES**

En el siglo XVIII<sup>5</sup>, se dan las delimitaciones preliminares sobre el concepto de bien jurídico, lo que dentro de la Teoría del bien jurídico, se conoce como la «prehistoria» de esta construcción dogmática. Así, el fundamento de la pena se reconoce en la desvaloración de una lesión previa, tomada esta como lesión con relevancia jurídica, cuyo reconocimiento positivo es realizado por autores como Beccaria, Montesquieu y Voltarie, cuyos criterios se sitúan en los presupuestos ideológicos liberales, propios de la Época de las Luces y en los principios jurídico-filosóficos del pensamiento de Kant.

---

<sup>4</sup> Para el tratamiento del tema, se seguirá primordialmente la estructura sistemática y el contenido de los estudios realizados por: Polaino Navarete, *El injusto típico en la Teoría del delito*, Ed. Mave, Corrientes-Argentina, 2000, p. 318 ss.; el mismo, en *DP. PG.*, t. II, Ed. Bosch S. A., Barcelona, 2000, p. 563 ss. y de Hormázabal Malarée, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A (P. P. U.), Barcelona 1991, p. 131 ss.

<sup>5</sup> Vid. Polaino Navarrete, «El injusto típico...», p. 330; el mismo en *DP. PG.*, p. 563.

Posteriormente, a comienzos del siglo XIX<sup>6</sup>, Feuerbach formuló la Teoría de los derechos subjetivos; a su vez, hizo notar que la protección del ordenamiento es la protección de un derecho subjetivo y circunscribió, dentro de lo anterior, a todo derecho privado o individual, para concluir, que el objeto de tutela jurídico descansa en un derecho subjetivo (derecho privado).

En 1834, Birnbaum<sup>7</sup>, a quien, tradicionalmente, se le considera como el creador del concepto y fundador de la Teoría del bien jurídico, en el año citado; sugiere que el bien constituye el objeto protegido por la norma penal, acuñando, al mismo tiempo, el concepto que luego sería denominado como bien jurídico.

Dentro de las consideraciones doctrinales elaboradas de mayor importancia se tienen las siguientes:

#### **1.1.1.1. EL BIEN JURÍDICO COMO CATEGORÍA AUTÓNOMA**

La configuración técnica de la Teoría del bien jurídico como categoría autónoma<sup>8</sup>, encontró como propulsores, a finales del siglo XIX, a Binding y a Von Liszt, quienes dieron un aporte científico relevante al sistema penal, en su aspecto formal y material.

Dentro de la dimensión formal del bien jurídico Binding diseña, en 1872, la Teoría de las normas, en la que distingue normas de prohibición y de mandato. El autor realiza una conexión de la Teoría de las normas con el

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 331; el mismo: *ibíd.*, p. 564.

<sup>7</sup> *Ídem*; el mismo: *Ídem*.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, pp. 332 ss., el mismo, *ibíd.* 565.

bien jurídico y distingue varias clases de lesiones típicas con respecto al objeto de tutela.

La dimensión material fue abordada en 1883 por Von Liszt<sup>9</sup>, mediante la Teoría de la nocividad social, conforme a la cual, la finalidad del Derecho penal es la protección de determinados intereses humanos procedentes del mundo de los valores sociales, los que se denominan bienes jurídicos y se configuran como categorías de valor, reconocidas positivamente. La lesión de los bienes jurídicos, expresa el contenido sustancial del injusto típico, se considera en esta tesis al bien jurídico como un concepto sustantivo, que establece límites al legislador; pero es, a la vez un factor político-criminal de altísima importancia dentro del sistema penal, al tornarse en un concepto-límite entre el Derecho penal y la Política criminal. Sin lugar a duda, la Teoría del bien jurídico alcanza un considerable tratamiento doctrinal. Así, se aplica el criterio que el bien jurídico es un interés protegido, lo que reafirmó la función de la idea de interés dentro del Derecho penal e incluso se constituyó como el centro del concepto sustantivo del bien jurídico. En resumen, esta Tesis entiende al bien jurídico como el interés jurídico por la observación de las normas y el interés jurídico por el objeto de garantía.

#### **1.1.1.2. LA NATURALEZA POSITIVA Y LA ESENCIA LIBERAL DEL BIEN JURÍDICO**

Sina<sup>10</sup>, considera que la categoría conceptual del bien jurídico dentro de la dogmática penal ha permanecido en esencia no aclarada. Sostiene que, en el aspecto valorativo del concepto de bien jurídico, siempre existe: una

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 334; el mismo: *ibíd.* pp. 566-567.

<sup>10</sup> Vid. «Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"», en *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, Bd. 62, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1962, pp. 96 ss.

relación del deber, mientras que un potencial lesionador del mismo estimaría el valor y el concepto de valor constituye en sí un momento de relación. Este reconocimiento responde a la estructura material del concepto de objeto de protección solo de modo parcial; la investigación sobre el tema tiene que ser más bien planteada en el aspecto del ser del bien jurídico. Para poder aproximarse al vínculo relacional del aspecto del ser del objeto de tutela, sería preciso recordar que se determina aquí la conexión de los dos puntos de dicho enlace: la persona (a través de medios de realización de la personalidad, como el Estado y la familia) y el respectivo objeto de relación. Ninguno de esos momentos de referencia, considerados individualmente, integrarían el bien jurídico, sino que este constituiría, precisamente, la relación como tal, en la que resultan protegidas las múltiples vinculaciones vitales de la persona, en los medios de realización de la misma como objetos materiales o ideales apreciables, que representan la riqueza de la realidad humana.

### **1.1.1.3. LOS BIENES JURÍDICOS Y LA PREVENCIÓN DE RIESGOS**

Dentro de la noción de los bienes jurídicos como situaciones de valor preventivas de riesgos, Roxin<sup>11</sup>, pone de manifiesto que en la configuración dogmática del concepto de objeto de tutela, el fin esencial del Derecho penal, que se ha de derivar del Estado, puede solo acreditarse allí donde se asegure a todos los ciudadanos una existencia libre de peligros; así, la justificación de esta tarea resulta inmediatamente del deber estatal de proporcionar garantía a la seguridad de los individuos. Los imprescindibles presupuestos del ser social aparecen concretados en un elevado número de

---

<sup>11</sup>Vid. en «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», en Jus, 6, Jahrgang, Heft 10, Oktober 1966, pp. 377 ss.

estados portadores de valor, que vienen a integrar los bienes jurídicos; dentro de esto, el bien jurídico es entendido como aquellas situaciones portadoras de valor, situaciones delimitadas en el mundo exterior y lesionables por comportamientos externos (la vida, la salud, el patrimonio, la libertad de determinación de la voluntad, la capacidad funcional de los órganos del Estado, etc.); en cambio, conceptos como los de moralidad, bien común, sentimientos populares, ordenamiento ético, dignidad humana general, pudor, no constituyen situaciones claramente tangibles de la manera indicada, y no integran un bien jurídico en el sentido aludido.

#### **1.1.1.4. LA AUTORREALIZACIÓN PERSONAL COMO ESENCIA DEL BIEN JURÍDICO**

Estima Marx<sup>12</sup>, que no se lesionan los bienes jurídicos como tales, sino la disponibilidad de los mismos y por ende, el hablar de lesión del bien jurídico es solo una exigencia simplificadora del lenguaje. Si es cierto que el fin exclusivo y propio del Derecho es la garantía de bienes jurídicos, el momento constitutivo de la calidad delictiva de una conducta debe ser la dirección de la acción de agresión (típica) a aquellos bienes.

#### **1.1.1.5. EL BIEN JURÍDICO COMO UNIDAD DE FUNCIÓN SOCIAL PORTADORA DE VALOR**

---

<sup>12</sup> Vid. en «Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”, Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre», *Annales Universitatis Saraviensis, Rechts und Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung*, Bd. 65, Heymanns Verlag KG, Köln, Berlín, Bonn, München, 1972, pp. 66 ss.

Dentro de este concepto, Rudolphi<sup>13</sup> formula una teoría que constituye una relevante aportación para la delimitación de los aspectos fundamentales del mismo así, considera que los bienes jurídicos cuya tutela compete al Derecho penal no representan categorías de suyo estáticas e inamovibles, sino precisamente son unidades de función social, sin las cuales, no sería posible la existencia de nuestra comunidad social en su peculiar configuración concreta. También estima que para una apreciación de este carácter dinámico, se llega a través de un entendimiento de los singulares supuestos típicos, cuyos bienes objetos de tutela han de ser considerados (vida, salud, libertad, honor, patrimonio...), no en invariable sentido estable, sino en las potencias inmanentes, en las determinadas posibilidades de realización que los mismos entrañan. Así, concluye, que puede constituir la misión del Derecho penal únicamente el asegurar frente a ataques humanos, aquellas circunstancias en las que estriba la pacífica vida social, asentada en la libertad y responsabilidad individuales. El legítimo bien jurídico, garantizado mediante conminaciones penales, está integrado por unidades de función social: estas son necesarias para el mantenimiento de nuestra comunidad en su concreta configuración constitucional y son portadoras de valor social. Este concepto de bien jurídico, construido sobre la base de las decisiones fundamentales de valor y conforme al cual han de interpretarse todos los tipos penales según la línea de interpretación adaptada en la Constitución, a lo largo del desarrollo histórico, unifica los diversos aspectos (metódico-teleológico y liberal), con carácter más o menos unilateral.

---

<sup>13</sup> Vid. en «Die Bedeutung von Verfahrensmängeln für die Tatbestandsmäßigkeit einer eidlichen oder uneidlichen Aussage und einer eidesstattlichen Versicherung i. S. der § 153-156 StGB», en Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Jahrgang 1969, Heft 1, Januar 1969, pp. 140 ss.; el mismo en «Die Verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs», en Festschrift für Honing, Otto, Schawartz & Co., Göttingen, 1970, pp. 162 ss.

### **1.1.1.6. EL BIEN JURÍDICO Y LA NOCIVIDAD SOCIAL**

La nocividad social es la que determina la necesidad de protección penal, con este planteamiento Amelung<sup>14</sup>, considera que constituye un dato significativo de la nueva ciencia jurídico-penal, en orden a la determinación del concepto de daño social, el hecho que la teoría del bien jurídico se ha escindido desde el giro científico-espiritual, en una variante inmaterial y en otra realista; mientras que en una dirección se manifiesta el declive de la teoría penalista orientada según la espiritualización de lo social; por otra vía, pervive la herencia del naturalismo. La exigencia de si el Derecho penal únicamente quiere prevenir daños sociales, debe proteger solo realidades preexistentes es insostenible, resultando, a su vez, en fructífera y plena de sentido una comprensión que determine los bienes como bienes culturales, en cuanto, la misma permite configurar los daños sociales, no como perjuicio de la vida humana en sociedad, sino como contrariedad a la cultura.

### **1.1.1.7. EL BIEN JURÍDICO Y LOS PROCESOS DE CRIMINALIZACIÓN**

Con esta hipótesis, Hassemer<sup>15</sup>, considera que en la praxis, el bien jurídico constituye un lugar casi vacío de contenido, y puede ser rellenado según el resultado que se desee, con tal o cual significado. La teoría del objeto de

---

<sup>14</sup> Vid. en Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1972, pp. 330 ss.

<sup>15</sup> Vid en Theorie und Soziologie des Verbrechens, Ansätze su einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Rechtswissenschaft, Fischer Athenäum Taschenbücher Verlag, Frankfurt am Main, 1973, p. 9, el mismo en «Vorbemerkungen vor §1», en Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §1-21, Hermann Luchterbhand Verlag, Neuwied, 1990, pp. 1 ss., pp. 80 ss.



tutela no ha logrado aún imponer una determinada comprensión, ni concretar una formulación definitiva del mismo. La doctrina del bien jurídico no es chequeada ni corregida por la praxis criminal; una renovación de la historia dogmática presupone que el campo de las teorías sobre el objeto protegido sea observado desde una perspectiva sistemática. Solo así puede esperarse que se descubran las conexiones del bien jurídico con los presupuestos y fines político-criminales, antropológicos, filosófico-estatales y políticos, y que las mismas sean llevadas a una doctrina que comprenda las formulaciones de aquel concepto en la relevancia que el mismo ostenta para la teoría del delito.

El autor, en su investigación, se presenta contrario a una pura construcción teórica de la categoría conceptual del bien jurídico, substancialmente fundamentadora del injusto penal, por el contrario, se propone configurar una doctrina de la criminalización, que sirva de base a la teoría del delito, a través del principio de los bienes jurídicos referidos al ámbito de decisión positiva del legislador ordinario. Los objetos de protección penal, no solo teóricamente influyen de conformidad con los principios constitucionales, en el establecimiento de los límites de las normas incriminadoras, sino que asumen una relevancia fundamental, en orden a la configuración de una Política criminal racional, en la que ha de tenerse presente el correcto empleo de una técnica de garantía asentada sobre la base de la denominada «política de los bienes jurídicos».

#### **1.1.1.8. LA VIGENCIA DE LA NORMA COMO BIEN JURÍDICO**

En la dogmática alemana moderna, Jakobs<sup>16</sup> defiende una configuración de la prevención general positiva, para la cual, la misión de la pena es la garantía de la identidad normativa de la sociedad, es decir, el aseguramiento de la vigencia de la norma; por ende, se sanciona con una pena aquellos delitos que lesionan la validez de la norma; cuando el hecho delictivo es sancionado penalmente se reafirma la validez real de la norma, que ve así, de este modo, asegurada su validez. Para el sistema jakobsiano, solo a través de la norma (expresión de identidad social), se dispensa mediatamente tutela penal a los bienes jurídicos protegidos.

### **1.1.2. OTRAS EXPOSICIONES RELEVANTES**

A más de las concepciones señaladas y al relacionar algunas de ellas al injusto típico con el bien jurídico, se tiene por su importancia, las siguientes:

#### **1.1.2.1. LA ESCUELA HEGELIANA**

Hegel<sup>17</sup> y su Escuela, alegan que el objeto de protección del Derecho es el propio Derecho.

#### **1.1.2.2. LA PROTECCIÓN DE INTERESES**

---

<sup>16</sup> Vid. entre otras obras: La imputación penal de la acción y la omisión, trad. Sánchez-Vera, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, Colombia, 1996, pp. 7 ss. «Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma», trad. Sánchez Vera, RPJ, 3.<sup>a</sup> ép., núm. 49, 1998 ss.; Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, trad. Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996, pp. 15 ss. Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlín, 1991, 2. Asch., Rdn. 1-28, pp. 1 ss.

<sup>17</sup> Vid. cit. Polaino Navarrete, DP. PG, p. 565.

Respecto a la protección de intereses, la doctrina no es uniforme y se han elaborado distintos criterios. Sobre el concepto de interés, Iherin<sup>18</sup>, Hertz<sup>19</sup> y Kessler<sup>20</sup>, sustentan nociones subjetivistas de interés, definidas por la vinculación del objeto a su titular y por la vinculación del bien protegido y del interés subjetivo; Mayer<sup>21</sup>, entiende al bien jurídico como interés de significación cultural; Merkel<sup>22</sup>, considera que el objeto de protección son los intereses de valor social y Von Jhering<sup>23</sup>, fundamenta que el concepto de bien jurídico se asienta en la valoración de los bienes de la colectividad, cuyo aseguramiento constituye el fin del Estado.

### **1.1.2.3. EL BIEN JURÍDICO COMO SITUACIÓN O ESTADO**

Desde el punto de vista de esta doctrina, se sostiene que el bien jurídico es algo útil y portador de valor social y, por ende, sujeto a la protección penal<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> Vid. cit. ibíd., p. 567.

<sup>19</sup> Vid. en *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts*, I. Bd., Hoffmann & Campe, Hamburg, 1880, pp. 55 ss.

<sup>20</sup> En «Rechtsgut, oder rechtlich geschütztes Interesse, oder subjektives Recht? Ein Beitrag zur Lehre vom Objecte des Verbrechens» en *GerS.*, Bd. 39, 1887, pp. 94 ss.

<sup>21</sup> Vid. en Guzmán Dálbora, «Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la teoría de Max Erns Mayer», *RDPC*, núm. 3, 1993, p. 227 ss.

<sup>22</sup> en *Die Lehre vom Verbrechen und Strafe*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1912, pp. 5 ss.

<sup>23</sup> Vid. *Der Zweck im Rect.*, I. Bd. 4. Aufl., Druck und Verlag von Breitkop und Härtel, Leipzig, 1904, p. 345.

<sup>24</sup> Vid. Polaino Navarrete, «El injusto...», pp. 363-367; el mismo: *DP. PG*, pp. 571 ss., se distinguen dos teorías dentro de esta corriente: 1). Tesis idealistas, tienen como precedente a Theodor Reinhold Schütze; su más destacado representante es Oetker; quien considera que la protección de los bienes es un ideal del Derecho, las situaciones que el Derecho protege son espiritualizadas y el bien jurídico es la situación pretendida o aspirada por el Derecho. 2). Tesis realistas, cuyo máximo representante es Heinrich Peral; estas tesis sostienen que el bien jurídico es una situación fáctica existente, estimada útil y amparado por el Derecho.

#### **1.1.2.4. CONFIGURACIONES METÓDICO-FORMALES DEL BIEN JURÍDICO**

Se conoce como configuraciones metódico-formales del concepto del bien jurídico, a una determinada corriente doctrinal de la cual destacan, principalmente, las dos acepciones del concepto: 1. La naturaleza teleológica del bien jurídico y 2. El momento de la lesión del deber como elemento constitutivo del injusto material<sup>25</sup>.

La doctrina dominante en dogmática penal comparada, frente a las concepciones metódico-formales anteriores<sup>26</sup>, sostiene la necesidad de una configuración sustantivo-material del bien jurídico protegido.

#### **1.1.2.5. LA TEORÍA DE PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO**

---

<sup>25</sup> *Ibíd.* pp. 373-404; el mismo: *ibíd.* pp. 574 ss., las teorías que se encuentran en esta corriente son: 1). Teorías del bien jurídico como fin de la norma, defendidas principalmente por la Escuela de Marburg (consideran tener a Beling como precedente), y fueron sostenidas principalmente por Honig, Grünhut, Schwinge y Zimmerl, quienes consideran como postulado fundamental que la esencia del bien jurídico es la ratio legis de la norma. 2). Teorías nacional-socialistas, sostenidas científicamente por la Escuela de Kiel y presentadas por Schaffstein y Dahn, configuran el delito en el marco de un Derecho penal del autor o de la voluntad: la esencia del delito no es apreciada en la incidencia típica sobre los bienes jurídicos, sino constituida por el desvalor jurídico referido al espíritu reprobable del sujeto, las presentes teorías llegan a estimar la existencia de tipos de delito, en los que no se protege ningún bien jurídico.

<sup>26</sup> *Ibíd.*, 405 ss.; el mismo: *ibíd.*, p. 577 ss., dentro de los postulados se tiene: 1). El bien jurídico como el mínimo ético, en este sentido, Hans Welzel, sostuvo que el bien jurídico es el mínimo ético socialmente reconocido, de fundamento jurídico-natural, garantizado por el Derecho penal, y es para el autor la tarea principal del sistema penal no la protección de bienes jurídicos, sino una misión de naturaleza ético-social positiva, que radica en la garantía de los valores ético-sociales de acto, así, solo protegiendo estos elementos en sentido positivo, se provee el aseguramiento de los singulares objetos protegidos. 2). El bien jurídico como esencia valorativa del injusto típico; existe un conjunto inabarcable de teorías sobre el contenido material del concepto del bien jurídico, cuya incidencia lesiva o de peligro integra el componente sustantivo del injusto típico, estas se despliegan en la Dogmática penal durante la segunda mitad del pasado siglo XX, y se mantienen en plena actualidad como delimitadoras de criterios valorativos de referencia inexcusable para la construcción del contenido del injusto en la teoría del delito que se sustenta en los albores del presente siglo XXI.

La lesión de bienes jurídicos como esencia del injusto típico, según la formulación de Baumann<sup>27</sup>, configura la teoría de la protección de bienes jurídicos, constituye el punto de partida y postulado máximo de la doctrina de la antijuricidad.

#### **1.1.2.6. CONEXIÓN ENTRE EL BIEN JURÍDICO Y EL INJUSTO MATERIAL**

Dentro de las concepciones clásica, social y personal del injusto penal, Krauss<sup>28</sup>, destaca con precisión, que el concepto de desvalor del resultado, en contraste con la escasa y defectuosa conexión establecida entre el desvalor de acto, como principio esencial de la teoría final de la acción y el bien jurídico, en cuanto momento que fundamenta el contenido material de la antijuricidad típica. Así, el desvalor del resultado típico descansa en la necesidad de reconocer ciertos bienes y valores merecedores de tutela pena; mientras que el desvalor de acto debe ser ineludiblemente referido a la exigencia de garantía de los bienes jurídicos.

#### **1.1.2.7. LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y EL DESVALOR DEL RESULTADO TÍPICO**

Aquí Krümpelmann<sup>29</sup>, manifiesta, en lo primordial, que el punto central del injusto material, en la doctrina clásica es la lesión de un bien jurídico y con ello se da el desvalor del resultado. Considera que este punto de partida no

---

<sup>27</sup> Vid. «Schuld und Verantwortung», en *Juristenzeitung*, J.C.B. Mohr (Siebeck) Tübingen, Januar 1962, pp. 41 ss.

<sup>28</sup> En «Erfolgsunwert un Handlungsunwert im Utrecht», en *ZSTW*, Bd. 76, 1964, pp. 19 ss.

<sup>29</sup>Vid. «Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff», *Schriften zum Strafrecht*, Bd. 4, Duncker & Humbolt, Berlín, 1966, pp. 68 ss.

ha de ser reputado suficiente para el logro de una sistemática idónea, que tome en consideración los delitos de peligro y la punición de la tentativa, pero si se concibe el momento de la lesividad como la conmoción (afectación típica) de la institución jurídica, tal concepto se deja incluir con facilidad en el sistema legal de los delitos de resultado.

#### **1.1.2.8. EL BIEN JURÍDICO COMO MOMENTO MOTIVADOR DE LA PROTECCIÓN PENAL**

Dentro de este concepto, Mayer<sup>30</sup>, considera que la categoría conceptual de bien jurídico ha de entenderse constituida por los bienes vitales o valores objetivos que son protegidos a través del Derecho penal.

#### **1.1.2.9. EL BIEN JURÍDICO COMO CONCEPTO DE LA RELACIÓN OBJETIVO-PERSONAL**

En conexión con los aspectos formal y material en la configuración del injusto típico, sostiene Tiedemann<sup>31</sup>, que a pesar de encontrarse en la doctrina dominante la orientación de la teoría del delito, a las nociones de la garantía de bienes jurídicos y del desvalor del resultado, en la actualidad se tiende a realizar un enlace dogmático entre la idea de bien jurídico y el pensamiento de deber, sobre todo, con especial referencia a los delitos de omisión por imprudencia.

---

<sup>30</sup> En Strafrecht, Allgemeiner Teil, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1953, pp. 50 ss.

<sup>31</sup> Vid.: «Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einen rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts», Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 27, J.C.B Mohr (Siebeck), Tübingen, 1969, p. 114 ss.

#### **1.1.2.10. EL OBJETO DE AFECCIÓN, EL BIEN JURÍDICO Y EL OBJETO DEL BIEN JURÍDICO**

Considera Schmidhäuser que para un entendimiento del concepto de bien jurídico, se hace necesario distinguir al bien jurídico, del objeto de acción y del objeto del bien jurídico. El bien jurídico tiene como fundamento un concreto objeto al cual, el mismo se refiere. Por ello, son verificables menoscabos, lesiones sustanciales o destrucciones del objeto del bien jurídico, es decir, sobre concretas personas o cosas. Explica el autor, que la noción de bien jurídico, solo es determinable mediante el recurso a la categoría de bien perteneciente a la teoría general del valor. Por su parte, el objeto del bien jurídico es constituido por el singular objeto concreto que se conecta con la pretensión del bien jurídico y puede ser lesionado o puesto en peligro en su existencia. Por último, el objeto de la acción está integrado por la persona o cosa a que se refiere el comportamiento típico, sin poderse hablar aún de bien jurídico.

#### **1.1.2.11. EL BIEN JURÍDICO COMO RELACIÓN FÁCTICA DE LA PERSONA CON EL OBJETO DE VALOR**

En esta línea Otto<sup>32</sup>, considera que como bien jurídico solo puede designarse la relación fáctica de una persona como un objeto, en la más amplia aceptación que es la tutelada por una ley penal.

### **1.2. CLASIFICACIÓN DE LAS TEORÍAS ACERCA DEL BIEN JURÍDICO<sup>33</sup>**

---

<sup>32</sup> «Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes», Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 7. Duncker & Humboldt, Berlín, 1970, pp. 33 ss.

<sup>33</sup> Vid. Hefendehl (ed.), La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007,

Dentro de la evolución doctrinaria de la Teoría del bien jurídico, otros autores<sup>34</sup>, realizan una clasificación agrupando a las diferentes corrientes en teorías constitucionalistas y teorías sociológicas.

### **1.2.1. TEORÍAS CONSTITUCIONALISTAS**

Para estas teorías, el fundamento del bien jurídico se encuentra en la Constitución; el componente del bien jurídico se podría expresar, en la idea de que el texto constitucional es el instrumento idóneo para alcanzar las funciones atribuidas al bien jurídico<sup>35</sup>.

Dentro de estas teorías, se pueden distinguir dos concepciones doctrinales enmarcadas del siguiente modo:

#### **1.2.1.1. TEORÍAS CONSTITUCIONALISTAS ESTRICTAS DEL BIEN JURÍDICO**

Este grupo de teorías, atienden fundamentalmente a los límites por encima del análisis del concepto. Desde este punto de vista, se efectúa una equiparación entre valores, principios constitucionales y bienes jurídicos,

---

passim, algunos artículos interesantes y últimos que tratan sobre los problemas que plantea la teoría del bien jurídico: sus puntos favorables y desfavorables, los modelos alternativos al bien jurídico, la relación entre bien jurídico y Derecho constitucional y la importancia del bien jurídico y la imputación, donde se destaca la similitud de la teoría del bien jurídico con el harm principle anglosajón.

<sup>34</sup> En este aspecto, entre otros: Hormazábal Malarée, «Bien jurídico... », pp. 90 ss.; Méndez Rodríguez, Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense Madrid y Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 14-24; Portilla Contreras, «Principio de intervención mínima y bienes colectivos», CPC, núm. 38, 1989, pp. 725 ss.

<sup>35</sup> Portilla Contreras, «Principio de intervención...», p. 727.



de tal forma, se circunscribe el bien jurídico dentro del marco constitucional, en el intento de dejar relativamente zanjada la cuestión de los límites, a su vez, desembocando en un nuevo análisis positivista, porque toma como punto de referencia la Constitución.

### **1.2.1.2. TEORÍAS CONSTITUCIONALISTAS AMPLIAS**

En relación a estas teorías, se comprende a la Constitución como un marco de referencia para el bien jurídico; sin embargo, no se exige una correspondencia exacta entre bienes jurídicos y valores constitucionales, pero sí, una adaptación genérica de estos a aquellos<sup>36-37</sup>

### **1.2.2. TEORÍAS SOCIOLÓGICAS**

Estas teorías sitúan al bien jurídico dentro del concepto de daño social; así, el principio de dañosidad social se entiende como objetivo fundamental de subsistencia y de desarrollo del sistema social, lo que da como resultado, que sean únicamente objeto de tutela penal: las condiciones necesarias para

---

<sup>36</sup> Méndez Rodríguez, «Los delitos de peligro...», pp. 14 y 17.

<sup>37</sup> Como representantes de estas teorías entre otros: Sax, «Grundsätze der Strafrechtsplege» en *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, 2.<sup>a</sup> ed., Dunkler & Humbolt, Berlín, 1972, p. 911; Rudolphi, «Die Verschiedene Aspekte des Rechtsgustbegriffs», en *Festschrift für Richard M. Honing*, Göttingen Verlag Otto Schawartz & Co, 1970, pp. 162-163; Pulitano, «La teoría del bene giuridico fra Codice e Costituzione», en *LQC*, 1981, pp. 111-121; Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffré ed., Milan, 1983, pp. 161 ss.; Musco, *Bene giuridico e tutele dell'onore*, Giuffré ed. Milán, 1974, pp. 55 ss.; Fiandaca, «Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di política criminale», en *RIDPP*, 1982, p. 57; Bricola, «Teoría General del Reato», en *NDI*, T. XIX, Utet, Turín, 1973, pp. 7-93; en España se tiene a: Escrivá Gregori, «Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución», en *Papers* 13, Barcelona, 1980, pp. 141 -165, González Rus, *Seminario sobre bien jurídico y reforma de la Parte Especial* (Siracusa, 15-18, Octubre 1981), *ADP*, 1982, pp. 705-718.; cit. (s) Hormázabal Malarée, *Bien jurídico...*, pp. 121 ss., y 137.

la conservación de un determinado orden social<sup>38</sup>. Las tesis de esta tendencia se caracterizan por negar los planteamientos liberales, basados en la subordinación de lo social a lo individual y en la legitimación exclusiva de los bienes jurídico-penales, en relación a los valores constitucionales; el concepto clave que se maneja es: el de perjuicio social, en relación también al texto constitucional<sup>39</sup> -<sup>40</sup>

## 2. CONCEPTO Y FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO-PENAL<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Vid. Terradillos Basoco, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», RFDUCM, Madrid, 1981, p. 134.

<sup>39</sup> A más de esto, Portilla Contreras, en «Principio de intervención...», pp. 734-735, y, dentro de la misma exposición, señala que: «En la búsqueda de un concepto material de bien jurídico a través del cual los valores a proteger sean directa y objetivamente determinados, las tesis liberales, iusnaturalistas o de carácter constitucional respondieron, ofreciendo nociones tan amplias que no permiten tan siquiera ex ante, la supresión de los valores de carácter ético, mientras que las sociológicas manifiestan excesiva ambigüedad en el momento de selección de aquellos intereses. Ello es señal inequívoca de que el concepto de bien jurídico, hasta ahora dado, se ha reducido exclusivamente a fines dogmáticos, parece que ha sido incapaz de cumplir con la función de carácter crítico o político-criminal, por lo que se legitima con cualquier intervención putativa estatal...», es preciso ofrecer más bien criterios delimitadores... mediante un procedimiento de carácter negativo (Derecho penal mínimo)...».

<sup>40</sup> Como representantes de esta corriente, entre otros a Durkheim, De la división del trabajo, Schapire, Argentina, 1967, pp. 49 ss. y 199 ss.; Parsons, Sistema social, 2.<sup>a</sup> ed., Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1976, pp. 216 ss.; Merton, Teoría y estructura sociales, México, Fondo de Cultura Económico, 1968, pp. 92 ss.; Luhmann, Sistema jurídico y dogmática jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987; Amelug, Rechtsgüterschutz un Schutz der Gessellschaft, Athenäun Verlag, Frankfurt a M, 1972, pp. 354 ss.; Otto, «Rechtsgutbegriff und Deliktatbestand», en Strafrechtsdogmatiek und Kriminalpolitik, Colonia, Berlín, Bonn, Carl Heymann Verlag, 1971, pp. 2 ss.; Roxin, Problemas Básicos del derecho penal, trad. Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, pp. 21-22; Jakobs, S. AT, De Gruyter ed., Berlín, New York, 1983, pp. 27 ss.; Hassemer, «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale», Dei Delitti e delle Pene 1, 1984, p. 388; Callies, Theorie der Strafe im demokratischen und soziales Rechtsstaat, Frankfurt, 1974, p. 64 ss. y 122 ss.; en la doctrina española, se tiene a: Mir Puig, Introducción a las bases del Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1976, p. 135 ss. De Toledo y Urbieto, Sobre el concepto de Derecho penal, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1981, p. 348 ss.; Gómez Benítez, «Sobre la teoría del bien jurídico (aproximaciones al ilícito) », en RFDUCM núm. 69, 1983, pp. 106 ss.; cit. (s) por Hormazabal Malarée, «Bien jurídico y...», pp. 90-138.

<sup>41</sup> Mir Puig, en Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del «*Ius puniendi*», Estudios penales y criminológicos XVI, Santiago de Compostela 1989, pp. 204 ss., pone de relieve la diferencia entre bien jurídico y bien jurídico-penal, con el fin de limitar el

Si bien el concepto de bien jurídico está de cierto modo enunciado en las teorías señaladas y relacionadas a las mismas<sup>42</sup>, como es el caso del vínculo entre el bien jurídico y el concepto de daño social, por citar un ejemplo. De la copiosa evolución dogmática del bien jurídico (durante siglos), se obtienen elementos que tratan de dotarle de un contenido material y de una fundamentación propia, como también establecer, ¿qué legítima al bien jurídico-penal?, para ser considerado como ese «algo más»<sup>43</sup> protegido por el Derecho penal y qué ocasiona la imposición de una pena, sin olvidar que la pena es el último mecanismo del Ordenamiento jurídico para sancionar ataques que verdaderamente comporten una gravedad relevante al bien jurídico-penal.

---

Ius puniendi del Estado, en base al concepto de bien jurídico; este criterio ha sido acogido por varios autores, así: Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 175; Carbonell Mateu, «Breves Reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos», en «Intereses difusos y Derecho penal», CDJ, Madrid, 1994, p. 12; Luzón Peña, *Curso de DP*, p. 328.

<sup>42</sup>Es necesario, realizar precisiones terminológicas sobre conceptos que se relacionan entre sí: a). Bien jurídico, sustrato del mismo y objeto del delito, en este sentido Mir Puig, *DP.PG*, 6ª edic., Reppertor, Barcelona, 2002, pp. 167-168, sostiene que los bienes jurídicos pueden sustentarse en una realidad materia (vida) o en una realidad inmaterial (honor); pero en ningún caso se identifican conceptualmente con su sustrato: así la realidad de la vida no constituye, un bien jurídico, sino es un mero dato biológico, sin contener ninguna conceptualización axiológica, valorativamente es neutra, sin embargo, dicha realidad de la vida puede contemplarse como una realidad empírica, como un bien, si se atiende a su valor funcional. Aun cuando el bien descansa en una cosa corporal, su concepto no se agotará en el de esta, puesto que requiere ser algo más que ser cosa; el objeto material del delito u objeto de la acción, así en el delito de hurto, el objeto material del delito (objeto de la acción) es la cosa sustraída y el bien jurídico es la propiedad; b). Bien jurídico: norma, tipo legal y ratio legis: sobre esto: Polaino Navarete, «El injusto típico...», pp. 481 ss., afirma que el bien jurídico es el objeto de tutela penal, y constituye una parte de la norma y ha de ser valorado por el tipo legal del delito; el tipo legal, es un mero instrumento del legislador, mediante el cual se delimita el ámbito de conductas con relevancia jurídico-penal; la norma es el contenido de la ley, y por ello, abarca un ámbito más amplio que el reconocido del bien jurídico; la *ratio legis* es la descripción del fin de la norma.

<sup>43</sup> Mir Puig, *DP. PG*, 6ª edic., p. 129.

Para lo que aquí importa y en apego a los criterios analizados, se considera que bien jurídico-penal, es un bien material o un valor inmaterial<sup>44</sup>, cuya titularidad puede ser individual o colectiva<sup>45</sup>, y por la relevancia social que comporta y la dañosidad social que produciría su desacato; su observación es necesaria para el desenvolvimiento del individuo dentro de su vida comunitaria en una sociedad determinada. Los bienes o valores son seleccionados conforme a las necesidades del individuo<sup>46</sup> dentro de su participación en la vida social (Estado Democrático)<sup>47</sup>, y a la vez estas, son elevadas a principios tutelados por la Constitución, a través de la labor del legislador, como representante de los ciudadanos dentro de un sistema democrático. Y es la Carta Magna<sup>48</sup>, la principal fuente material para la formulación de bienes jurídico-penales, dentro del Estado Social y Democrático de Derecho.

No se puede considerar que el bien jurídico-penal debe ceñirse únicamente a una de las corrientes existentes, pues, es loable notar que cada elaboración dogmática, ha aportado elementos necesarios para delimitar la configuración del bien jurídico-penal hasta hoy y, sin duda, por la dinámica de la sociedad actual, aparecerán nuevas consideraciones doctrinarias tendientes a explicar la esencia de ese «algo más», que fundamenta y limita

---

<sup>44</sup> Sobre bienes y valores, Polaino Navarrete, DP. PG, pp. 604-605, señala: «el concepto de bien jurídico se integra esencialmente de dos nociones básicas de paralela relevancia normativo-axiológica: a) Bienes: objetos susceptibles de satisfacer necesidades humanas y socialmente acreedoras de la máxima tutela del Ordenamiento jurídico frente a una eventual lesión o puesta en peligro; b) Valores: atributos ánimo-espirituales de especial trascendencia para la autorrealización de la persona en sociedad dentro de los presupuestos de un orden jurídico de libertad, respeto y colaboración recíprocos».

<sup>45</sup> *Ibíd.*, p. 603.

<sup>46</sup> Terradillos Basoco, «La satisfacción de necesidades...», pp. 125-149.

<sup>47</sup> En este sentido: Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 130.

<sup>48</sup> Al respecto, vid. *infra*, PS, cap. IV, n. 546.

cuestiones de tal relevancia, como es la intervención del Estado, la teoría del delito y de la pena y la existencia misma de la sociedad<sup>49</sup>.

Finalmente, dentro de la explicación que interesa en este trabajo, se debe mencionar las funciones dogmáticas del bien jurídico, así<sup>50</sup>: a). Función sistémica: en el Código penal, es parte de los distintos bienes jurídicos protegidos en cada delito o falta (vida, integridad física, libertad sexual, propiedad, etc.), para su clasificación en los Libros II y III; b). Función como guía de interpretación: una vez determinado el bien jurídico protegido en un delito, la interpretación (teleológica), podrá excluir del tipo respectivo, las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico; c). Función de criterio de medición de la pena: la mayor lesión de un bien jurídico, implica el ataque más peligroso al que le corresponde una pena superior por la gravedad del hecho.

### **3. MODALIDADES DE BIENES JURÍDICO-PENALES: BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES Y SUPRAINDIVIDUALES**

Conforme al principio de lesividad u ofensividad (*nullum crimen sine iniuria*), el postulado central del Derecho penal es la protección exclusiva de bienes jurídicos<sup>51</sup>. Desde el inicio de la teoría del bien jurídico, se

---

<sup>49</sup> Cabe señalar conforme lo apuntado por Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., pp. 166-167, que: «el concepto de bien jurídico es utilizado por la doctrina penal en dos sentidos distintos: a). En el sentido político-criminal (de *lege ferenda*), lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (en contraposición, sobre todo, a los valores solamente morales); b). En el sentido dogmático (de *lege lata*), es el objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate; dentro del sentido dogmático de bien jurídico, como objeto de la tutela jurídica se tiene por ejemplo, la vida, la propiedad, la libertad, el honor, la Administración de Justicia, la seguridad interior del Estado etc., en cuanto el Código penal, castiga determinados ataques contra estos bienes».

<sup>50</sup> Ídem. pp. 169-170.

<sup>51</sup> González Cussac, «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», PJ núm. 28, 1992, pp. 7 ss.

consideró la existencia de bienes jurídicos individuales, que responden al modelo de Estado liberal, luego, con la entrada del Estado social y la participación del ciudadano en la vida política, social, cultural, etc., surgen nuevos intereses que atañen a toda la colectividad<sup>52</sup>. Esta variación que se presenta en la mencionada dualidad de intereses jurídico-penales que se originan en definitiva, en las valoraciones sociales sobre los específicos problemas del mundo del Derecho<sup>53</sup>.

Los intereses colectivos han dado como resultado la creación de un nuevo tipo de bienes jurídicos, y se obtuvieron dos modalidades tradicionalmente conocidas: bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos. Los bienes jurídicos individuales, constituyen los fundamentos mínimos para la existencia del sistema y se refieren directamente al individuo como núcleo elemental, a partir del cual, se construye el sistema social; mientras que los bienes jurídicos de la colectividad<sup>54</sup> son necesarios para el funcionamiento de la sociedad, estos aseguran las bases y las condiciones anteriores y sirven, a los fines individuales, aunque de una forma mediata<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Carbonell Mateu, «Breves reflexiones...», en *Intereses difusos...*, p. 11.

<sup>53</sup> Mata y Martín, *Bienes jurídicos intermedios y Delitos de peligro*, Ed. Comares, Granada, 1997, p. 11.

<sup>54</sup> En un sentido amplio bienes jurídico-penales *supraindividuales*; vid infra., ap. 3.

<sup>55</sup> Con este criterio Doval País, en «Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios», en «Intereses difusos y Derecho penal», CDJ, pp. 27 ss., conforme a su criterio, hace una diferenciación entre los bienes jurídicos tradicionales, de los que son propiamente de nueva generación. Los bienes jurídicos tradicionales, pueden agruparse en tres clases: los públicos (del Estado como institución, en sus diversas manifestaciones y funciones), los individuales (de la persona) y los colectivos con referencia a los individuales (a través de los cuales se garantizan unas determinadas condiciones que aseguran la existencia de los anteriores, como es el caso de la seguridad del tráfico, la salud pública o la seguridad en el trabajo); junto a estos, los bienes jurídicos modernos o de nueva generación, vienen a añadir a las clases anteriores una nueva especie que está integrada por objetos de una naturaleza propiamente difusa (como por ejemplo el orden económico, la ordenación del territorio o el medio ambiente), estos objetos se presenta desligados de los bienes individuales y por ende, es difícil negar que se constituyan en bienes jurídicos colectivos autónomos.

La aparición de los bienes jurídicos colectivos se ha visto acelerada con el desarrollo de las sociedades actuales, principalmente el desarrollo de la ciencia y de la tecnología han traído consigo la presencia de nuevas formas de criminalización, en donde, se encuentran no solo una víctima individual, sino víctimas colectivas, es decir, difusas<sup>56</sup>.

En las últimas décadas, se ha planteado el reconocimiento en el campo penal de un conjunto de intereses con caracterización particular, conocidos desde los trabajos de Sgubbi, como *intereses difusos*, sin que pueda entenderse que exista una perfecta asimilación a los bienes jurídico-penales. Aun, con la pérdida del sentido ideológico inicial de la construcción, la misma no deja de presentar una perspectiva sectorial (no general), con un intrínseco sentido dialéctico entre grupos sociales, no obstante, existe algún sector doctrinal que en cierta medida, identifica intereses difusos con bienes jurídicos colectivos<sup>57-58</sup>.

Se establece el contenido de los bienes jurídicos individuales, con una persona individual en calidad de titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. También se consideran como bienes jurídicos individuales clásicos a la vida, libertad, la integridad física<sup>59</sup>. En este ámbito no se presentan problemas doctrinales, y son estos bienes los que han sido

---

<sup>56</sup> Mata y Martín, «Bienes jurídicos intermedios...», p. 5.

<sup>57</sup> *Ibíd.*, p. 14.

<sup>58</sup> Vid. Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 96., considera que «efectivamente, como denominaciones más empleadas se encuentra: bienes jurídicos difusos o difundidos, colectivos, supraindividuales, universales, intereses generales o colectivos o derechos colectivos o sociales, bienes jurídicos de nueva generación o de nuevo cuño. Estas denominaciones se utilizan indistintamente, haciéndolas equivaler, o bien estableciendo diferencias o matices entre ellas».

<sup>59</sup> Vid. Doval País, «Estructura de las conductas típicas...», p. 28

protegidos por el Derecho penal clásico<sup>60</sup>, el problema se origina con la protección de los bienes jurídicos supraindividuales, cuya legitimación al momento de ser protegidos por el Derecho penal es muy discutida.

#### 4. LOS BIENES JURÍDICO-PENALES Y LA POLÍTICA CRIMINAL

El papel de la Política criminal es erigir los criterios con el fin de elaborar consideraciones sobre fines y valores para el desarrollo de la legislación penal (*lege ferenda*)<sup>61</sup>; por lo tanto, en la actualidad se considera al principio de intervención mínima<sup>62</sup> como una barrera de contención a la actuación del Estado (*Ius puniendi*). Con ello, los bienes jurídicos supraindividuales<sup>63</sup>, para ser considerados como una categoría dentro de los bienes jurídico-penales y, por ende, merecedores de protección penal, en apego a los principios de exclusiva protección de bienes jurídico-penales y de intervención mínima, deben ser valorados y esta acción, en efecto, es

---

<sup>60</sup> Defensores de la protección de bienes jurídicos individuales clásicos, abanderada la Escuela de Frankfurt, con Hassemer y otros.

<sup>61</sup> Vid. Silva Sánchez, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Bosch, Barcelona, 1992, p. 48.

<sup>62</sup> Conforme al principio de intervención mínima, la intervención penal se justifica cuando es absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos, en este sentido: Mir Puig, El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Ed. Ariel, S. A, Barcelona, 1994, p.151; el mismo autor, en DP. PG., pp. 126-127, indica, que el principio de intervención penal mínima, está integrado por el principio de subsidiariedad, según el cual, el Derecho penal ha de ser de *ultima ratio*, el último recurso a emplear por la falta de otros menos lesivos; y por el principio de fragmentariedad, que conlleva la protección contra modalidades de ataque más peligrosas para los bienes jurídico-penales.

<sup>63</sup> En este sentido: Mir Puig, DP. PG. 6ª edic., pp. 128 ss., advierte que como límite del *Ius puniendi* del Estado, se tiene que el Derecho penal se fundamenta en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos dentro de un Estado social y democrático de derecho vinculado a este principio se encuentra el principio de dañosidad o lesividad (*nullum crimen sine iniuria*), según el cual, el Derecho penal trata de evitar lesiones a los bienes jurídicos más importantes.



competencia de la Política criminal, cuya misión se ciñe obviamente al mandato de estos principios.

Sin embargo, la sociedad actual, con sus cambios científicos, tecnológicos, y de otros órdenes, genera nuevas formas de ataque a los bienes jurídicos, cuestión que unida a la presencia de novedosos valores en la sociedad, ha puesto en fricción las decisiones político-criminales con los principios del Derecho penal<sup>64</sup>. Este tema ha sido de gran discusión y lo es aún en los momentos actuales, dando origen a diferentes posiciones, sobre si la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales viola o no, los principios del Derecho penal<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Vid. Santana Vega, «La protección penal...», pp. 27-40, considera que sobre los principios fundadores del Derecho penal y sus perspectivas actuales, existen numerosas críticas, que van desde la propuesta de abolición del Derecho penal y la consecución de algo mejor, a la posición de mantener un equilibrio que evite la fácil huida al Derecho penal o el absentismo ante nuevas formas de criminalidad (Gimbernat); Mir Puig, «El sistema del Derecho penal en la Europa», en Fundamentos de un Sistema europeo del Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1996, p. 26, presenta una perspectiva diferente, considerando que «en los últimos tiempos, dentro de la doctrina española, se ha propuesto que los principios fundadores del Derecho penal, pueden ser utilizados con el fin de unificar el Derecho penal europeo, pues, debería darse un proceso de homogeneización del Derecho penal, en cuanto a las garantías del sistema representadas por los principios, también es necesaria la unificación de un catálogo de los bienes jurídicos protegidos y la manera de efectuar esta protección»; Silva Sánchez, «Aproximación...», Bosch, Barcelona 1992 p. 14, tiene en cuenta respecto a la crisis del Derecho penal: «que tal crisis o tensión permanente, no constituye en sí un fenómeno negativo; al contrario, probablemente es este el motor de la evolución del Derecho penal».

<sup>65</sup> Así se tiene a Roxin, en DP. PG, 2ª ed. Alemana, trad. Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1999, p. 62, que por su parte alega: «debe reflexionarse sobre el hecho de que para el mantenimiento de la vida en nuestro planeta, los «tipos penales referidos al futuro», solo podrán realizar una pequeña aportación. En este campo, junto con convenios internacionales y trabajo informativo para cambiar las mentalidades, tendrá que entrar en juego el instrumental de política social de todo el ordenamiento jurídico. Es decir aunque nos viéramos forzados a ir aquí y allá más lejos de la protección de bienes jurídicos concretos y a proteger jurídico penalmente «contextos de vida» mediante «normas de conducta relativas al futuro», seguiría siendo válido en esa medida el principio de subsidiariedad. No obstante, aquí, se abren paso evoluciones que probablemente cobren gran importancia en el Derecho penal del siglo XXI; pero, a lo sumo conducirán a una cierta relativización, y no a un abandono de la idea de bien jurídico»; Müssig, «Desmaterialización del bien jurídico y de la Política

Sobre la importancia del bien jurídico dentro del injusto, se tiene que la necesidad general y ordinaria de la tutela de los bienes y valores más importantes, conforme a una valoración objetiva de las condiciones de la vida en sociedad, queda en tales casos supeditada al postulado de la conveniencia político-criminal del establecimiento de una sanción de esta índole<sup>66</sup>. El bien jurídico asume particular significado dentro de la Teoría del delito en los planos del injusto típico y de la culpabilidad, por lo que es evidente que en el propio sector de la punibilidad, el bien jurídico adquiere

---

Criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema», CDPJ núm. 11, Año III, 2001, pp. 263 ss., realiza una crítica a la teoría personal del bien jurídico, en el sentido de que se debe tomar en cuenta que la doctrina personal del bien jurídico que critica a una modernización del Derecho penal, en el sentido de su adaptación a la evolución de la sociedad, al cambio social y al predominio vinculado a tal modernización. La problemática de la legitimación del Derecho penal siempre es idéntica a la cuestión de la determinación concreta de la configuración de una sociedad. Por ello, el contenido de una política criminal moderna ha de estar, también en la caracterización normativa de las esferas del sujeto en un mundo complejo por esto, precisamente, también en contraposición con el poder público, ha aprendido con claridad de la teoría personal del bien jurídico; pero, el instrumento de la teoría general del bien jurídico es de poca ayuda en este contexto; por el contrario, aparece como un relicto dogmático que oculta la perspectiva decisiva, la que se fija en la relación directa entre el Derecho penal y la determinación de la concreta configuración de la sociedad; Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», p. 26, al respecto, considera que «La nueva dogmática penal debe de ir en esta dirección y, sin olvidar los principios garantistas, servir a los intereses predominantes de la actual sociedad»; cit. por la autora: Hassemmer, perteneciente a la Escuela de Frankfurt, propone reducir el Derecho penal a un «Derecho penal nuclear», ajustado al estado de derecho aunque sea a costa de la prevención; el mismo autor, en «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», DP, añ. 12, 1989, pp. 282-284, considera que en la concepción de la Teoría personal y el tratamiento práctico de los bienes jurídicos universales, dicha teoría no rechaza la posibilidad de la existencia de bienes jurídicos generales o estatales; pero, funcionaliza estos bienes desde la persona, aceptándose únicamente con la condición de que sirvan a intereses del hombre. Concluye Hassemmer afirmando que quien acepta con generosidad los bienes jurídicos universales, corre el riesgo de aceptar al Derecho penal como *prima ratio*; Stratenwerth, en *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts*, ZStW (105) 1993, pp. 679 s., cit. por Corcoy Bidasolo, en «Delitos de peligro...», p. 26, sobre la protección de bienes jurídicos, propone una nueva vía, en la que para el aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal, sin que ello obedezca a una concepción del Derecho puramente funcionalista, debe ir más allá de la protección de bienes jurídicos anclada en el pensamiento antropocéntrico, protegiendo jurídico-penalmente normas de conducta referidas al futuro, sin retro-referencia a intereses individuales.

<sup>66</sup> En este sentido, Polaino Navarrete, «El injusto típico...», p. 670.

la categoría de referencia con una significativa relevancia que, en ningún caso, se debe prescindir dentro de la consideración de la estructura del delito, toda vez, que con base en la conminación legal de penas y medidas de seguridad, ha de constar la exigencia de garantía jurídica de los bienes y valores de mayor trascendencia en la convivencia social<sup>67</sup> -<sup>68</sup>.

## **5. LOS DELITOS DE PELIGRO Y LOS BIENES JURÍDICO-PENALES SUPRAINDIVIDUALES**

### **5.1. INTRODUCCIÓN: LA SOCIEDAD DE RIESGO ACTUAL**

Los momentos actuales se ven agitados por nuevas figuras provenientes del desarrollo tecnológico, científico, industrial, económico, etc., en suma, el incontenible progreso que ha tenido la humanidad en los aspectos anteriormente señalados, originó lo que se conoce como la *sociedad de riesgo*<sup>69</sup>, concepto implantado por el sociólogo alemán Ulrich Beck (Risikogesellschaft)<sup>70</sup>. Para este autor, la tendencia al desarrollo de la técnica y su incidencia en la organización social, ha posibilitado que se implante un modelo teórico-social global en la organización social, sobre la base de este concepto.

---

<sup>67</sup> *Ibíd.*, p. 659.

<sup>68</sup> Vid. Jescheck, Weigend, TDP, PG, trad. Olmedo Cardenett, 5ª Ed., Granada, 2002, pp. 22, sobre los principios político-criminales: principio de culpabilidad, principio de Estado de Derecho y principio de humanidad.

<sup>69</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, en «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control del riesgo», Política Criminal de Europa, Mir Puig y Corcoy Bidasolo dir.(s)., Atelier, Barcelona, 2004, pp. 27-28, se decanta por el término *sociedad compleja*, en consideración a la complejidad estructural de la sociedad, lo que origina la intervención penal para la prevención de «nuevos riesgos».

<sup>70</sup> Vid. en Risikogesellschaft. Auf dem Weg in andere Moderne, Frankfurt, a. M., 1986, *passim*; el mismo en Risk Society. Towards a New Modernity, Sage Publications, London, Thousand Oask, New Delhi, 1992, *passim*.

La tendencia en la sociedad actual es, sin duda, por una lado, *la esperanza* que conlleva todos los adelantos científicos y técnicos en cuanto a la consecución de un mejor nivel de vida; sin embargo, como otra cara de una misma moneda, se puede apreciar, a su vez, que todos estos progresos ocasionan en la sociedad, *un temor* por lo desconocido, puesto que, se tiene en cuenta que algunos aspectos producidos por estos avances y sus consecuencias, no son conocidos y controlables aún. El temor ocasiona entre otras características de este tipo de sociedad, consecuencias como<sup>71</sup> un sentimiento social de inseguridad; la presencia de sujetos pasivos en la sociedad, en cuanto a un sujeto paciente de los efectos nocivos del desarrollo; la sociedad se identifica más con la víctima del delito; se da un descrédito de otras instancias de protección, como la ética social, el Derecho civil y administrativo<sup>72</sup>.

Ante estas tendencias descritas, se elaboró el concepto de *Derecho penal del riesgo*, vinculado con la existencia de bienes jurídicos supraindividuales y el adelantamiento de la barrera de protección que se les otorga a este tipo de bienes por parte del Derecho penal, precisamente, en base a los riesgos provenientes de las sociedades postindustriales. Sobre este aspecto, viene la divergencia entre el Derecho penal clásico y su función garantizadora, con el nuevo Derecho penal, que protege a estos nuevos y polémicos bienes.

---

<sup>71</sup> Vid. Silva Sánchez, *Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.<sup>a</sup> edic..., revisada y ampliada, Civitas, Madrid, 2001, pp. 28 ss.

<sup>72</sup> En este sentido afirma Hirsch, en Kühne/Miyazawa (n. 53), p. 11, cit. por Gracia Martín, «¿Qué es modernización del Derecho Penal?», en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, LH. al Prof. Doctor Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 359 ss., que dentro del nuevo Derecho penal se suscriben actividades relativas a la tecnología atómica, la informática, la genética, etc.

Ante el llamado Derecho penal del riesgo, propio de una sociedad de riesgo o compleja, se han dado criterios encontrados que señalan sus respectivas características y los problemas que conllevan, la expansión del Derecho penal.

En opinión de Teubner<sup>73</sup>, ante esta cuestión, ha caracterizado como un «trilema regulador» (regulatorisches trilemma) y alude que se pueden producir cambios sociales a través de la intervención jurídica lo que a su vez conduciría a diferentes consecuencias como: a.– La indiferencia recíproca del Derecho y la sociedad, que se puede dar con la voluntad de traducir programas políticos a normas jurídicas; b.– La desintegración social a través del Derecho, que se presentaría cuando el Derecho regulador destruya las normas y procedimientos de la autorregulación social; c.– La desintegración del Derecho, a través de expectativas excesivas de la sociedad, por las exageradas demandas sociales de regulación. Sigue este criterio Herzog<sup>74</sup>, quien considera que el Derecho penal de riesgo, comparte una política que pretende controlar las situaciones de riesgo de la moderna civilización mediante la regulación jurídica, lo que es incompatible con la tradición liberal del Derecho penal, puede repercutir negativamente en la autorregulación social de las situaciones de riesgo y lesionar la autoridad social del Derecho penal, pues, atenta contra los principios fundamentales del Derecho, debido a uno de los límites del control penal de los riesgos sociales, es por consiguiente también, un límite a la política. La expansión de los riesgos sociales corresponde, en la actualidad, a un tipo de política que apenas se plantea descubrir perspectivas de desarrollo social y poner en

---

<sup>73</sup> Teubner, 1984, p. 317, cit. por Herzog, en «Límites del Derecho penal...», pp. 80-81.

<sup>74</sup> Herzog, «Límites del Derecho penal...», pp. 84 ss.; en sentido similar entre otros: Albrecht, «El Derecho penal en la intervención de la política populista», en *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. española), Editorial Comares, Granada, 2000, pp. 473 ss.

marcha determinados proyectos políticos a largo plazo. Los riesgos son tomados en serio, cuando estos, en la realidad o en la conciencia (potencialmente) de los afectados, adquieren dimensiones de crisis y catástrofes. Las directrices típicas de la política son entonces, la exigencia del deber de hacer algo, las reacciones y el auxilio inmediato. Entre los recursos para manejar tales riesgos y crisis, se cuenta cada vez más con el Derecho penal, al cual se exige una intervención más intensa, en atención al grado de dramatización y a la correspondiente exigencia de actuación, con una mayor severidad o una ampliación de los tipos de peligro. La ampliación del Derecho penal sirve, entonces, en el debate político, ante todo como coartada para, de forma rápida, sin grandes planes y con pocos gastos en los presupuestos, demostrar que se es consciente de un determinado problema, y como consecuencia ante tal instrumentación, el Derecho penal sale perjudicado.

Gracia Martín<sup>75</sup>, en un estudio realizado, sostiene que una efectiva modernización del Derecho penal es una exigencia absolutamente necesaria ya desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos pero, sobre todo es exigible e irrenunciable desde puntos de vista éticos y políticos. El proceso de modernización del Derecho penal puede y debe ser definido, como «lucha» por el discurso de criminalidad. El mismo autor<sup>76</sup>, señala como defensores en Alemania, de esta corriente a Kuhlen y Schünemann<sup>77</sup>,

---

<sup>75</sup> Vid: «¿Qué es modernización...?», p. 393.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 351.

<sup>77</sup> Corcoy Bidasolo, en «Límites objetivos y...», en «Política criminal...», p. 29, alega -refiriéndose al criterio de la Escuela de Frankfurt entre otros-, que «estas propuestas, a través de un cambio de etiquetas, lo que promueven es la existencia de tres clases de Derecho penal que se corresponden con tres “clases” de ciudadanos, de primera, de segunda y de tercera. Ello es así porque los ilícitos que se consideran no deben incluirse en el Derecho penal nuclear son conductas que solo pueden ser cometidas por quienes tienen poder y/o dinero. Solo los ciudadanos con capacidad económica y/o en situación de poder, pueden cometer delitos fiscales, delitos societarios, delitos contra el medioambiente, delitos de corrupción... Criterio común entre quienes defienden estas

cuyas argumentaciones demoledoras, en contra de las críticas que se hace a la modernización del Derecho penal, no han sido rebatidas de forma debida. En España, han presentado tesis contrarias a la modernización, Ricardo Mata y Martín, María Isabel Sánchez, Blanca Mendoza Buergo, Silva Sánchez<sup>78</sup>.

## 5.2. CONCEPTO Y CLASES DE PELIGRO

El *concepto de peligro* ha sido motivo de estudio por parte de la doctrina penal, desde los inicios de la Ciencia penal, y es una de las instituciones abordadas con mayor frecuencia<sup>79</sup>. Alrededor de este concepto se generó

---

tesis, es que “en estos casos” no es adecuada la aplicación de penas privativas de libertad, cuando es precisamente “en estos casos” cuando la única sanción que tiene eficacia preventiva es esta».

<sup>78</sup> Silva Sánchez, «La expansión del Derecho penal...», pp. 20, 156 y 162, señala: «Creación de nuevos bienes jurídico-penales, la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penales relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esa tendencia general, a la que se refiere el término «expansión» –al referirse a la tendencia dominante de las legislaciones de incorporar nuevos tipos y la agravación de los ya existentes–. Frente a la expansión, afirma que ...existe,... un espacio de «expansión razonable» del Derecho penal. El espacio de la expansión razonable del Derecho penal de la pena de prisión viene dado por la existencia de conductas que, por sí solas, lesionan o ponen en peligro real un bien individual; eventualmente, cabe admitir lo mismo a propósito de bienes supraindividuales, siempre que sea la conducta del sujeto la que efectivamente los lesione o ponga en peligro real. En este ámbito, además la razonabilidad de la expansión requeriría la plena salvaguarda de todos los criterios clásicos de imputación y principios de garantías. Al margen de lo anterior, puede admitirse resignadamente, la expansión –ya producida– del Derecho penal a ilícitos de acumulación o peligro presunto, esto es a conductas alegadas de la reacción de un peligro real para bienes individuales (e incluso supraindividuales, si es que éstos se conciben con un mínimo rigor). Pero la admisión de la razonabilidad de esta segunda expansión, que viene acompañada de los rasgos de flexibilización reiteradamente aludidos, exigiría ineludiblemente que los referidos ilícitos no recibieran penas de prisión. En la medida en que esta exigencia no es respetada por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, por el momento, la expansión del Derecho penal carece, en mi opinión, de la requerida razonabilidad político-jurídica».

<sup>79</sup> Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», p. 31.

varias teorías<sup>80</sup>, así, se encuentra consolidada en la actualidad, la *Teoría normativa de peligro*.

Sobre el concepto normativo de peligro<sup>81</sup>, se considera que es el único concepto válido en Derecho, una vez superadas las teorías objetivas y subjetivas del peligro; de esta forma, el peligro normativo se concibe como «la probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal», dicha probabilidad supone una seguridad de lesión para que esté legitimada la condición típica de esta conducta. Para la valoración de la probabilidad, se debe tener en cuenta, al momento de elaborar su calificación, de conducta peligrosa: la posibilidad de lesión en el caso concreto, atendiendo a los bienes jurídico-penales puestos en peligro y al ámbito de actividad en donde se desarrolla esa situación (con independencia de la evitación del peligro por parte del autor). Esta situación de peligro, operará como límite a la incriminación de las conductas<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> *Ibíd.*, pp. 31-32; en este sentido Méndez Rodríguez, «Delitos de peligro...», pp. 54 ss. entre de las teorías que se han dado sobre el concepto de peligro se tiene: a). Teorías subjetivas de peligro, sitúan el peligro dentro de la problemática causal, de esto, el peligro nace por el desconocimiento de las leyes causales, existiendo únicamente en la mente del sujeto que tiene una imagen subjetiva, no real del mundo, dicha imagen subjetiva, se basa en la experiencia, la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado; b). Teorías objetivas, parten de que determinadas conductas, poseen como propiedad ser generalmente peligrosas, por cuanto, existe un grado elevado de probabilidad de lesión.

<sup>81</sup> Sobre el tema: Roxin, DP.PG, 2ª edic., pp. 404 ss., quien desarrolla primordial esta teoría es Schünemann.

<sup>82</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», pp. 36 ss.; en este sentido, Méndez Rodríguez, «Delitos de peligro...», pp. 117 ss., concluye, que «respecto al concepto de peligro, no cabe duda de que este es de una naturaleza normativa en cuanto que su objeto de referencia es el bien jurídico. El Derecho penal es competente solo en relación a los estados peligrosos para los bienes jurídicos, que son, a su vez, sintetizados por la norma y objeto de interpretación jurídica. Pero el peligro no es solamente de naturaleza normativa, sino que se basa en una regla de experiencia, de frecuencia que se sintetiza en el tipo penal».



La legitimación del castigo de conductas peligrosas está vinculada al respeto de dichos límites axiológicos, pues solo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa en abstracto, se respetarán los postulados del Estado de Derecho. Como consecuencia de la concepción normativa del peligro, surge la distinción a efectos de imputación, entre la situación de peligro (grado de peligro normativo penalmente relevante) y el juicio de peligro, lo que supondría una nueva limitación garantizadora de la intervención penal<sup>83</sup>.

Al hablar de peligro normativo, se refiere a la calidad del riesgo, y el permitido restringe el ámbito de lo que se comprende como penalmente típico. Por otro lado, el juicio de peligro determina: 1) En un primer nivel, el legislador es quien debe decidir qué riesgos son relevantes, en atención a la gravedad del peligro (grado de probabilidad de lesión) y de la calidad de ese riesgo (bienes jurídicos puestos en peligro y situación en la que se desarrolla ese riesgo) y, en base a ello, determina las modalidades de conducta que considera con suficiente peligrosidad normativa en abstracto para ser objeto de una norma penal; 2) En un segundo nivel, desde una perspectiva dogmática, el aplicador de la ley (espectador objetivo ex ante) debe determinar cuáles, de entre las circunstancias concurrentes (entendiendo también como circunstancias la capacidad del autor, los conocimientos técnico-científicos del momento, el consentimiento de la víctima...), se deberán de tomar en consideración en el juicio sobre el peligro; 3) En un tercer nivel, y desde una perspectiva político-criminal, el aplicador de la ley (espectador objetivo ex ante) deberá valorar el ámbito del riesgo permitido, atendiendo a la utilidad social, condicionantes socio-económicos, alarma social... Todos estos factores son los que forman parte

---

<sup>83</sup> Con este criterio Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», pp. 36 ss.

de ese juicio de peligro normativo que recae sobre la situación de peligro objetiva<sup>84</sup>.

En relación a las *clases de peligro*, se tiene que existen dos tipos primordiales: peligro concreto y abstracto, también se tienen posiciones intermedias que se verán más adelante.

### **5.3. LESIÓN Y PUESTA EN PELIGRO**

Luego de establecer que uno de los principios fundadores del Derecho penal es la exclusiva protección de bienes jurídicos, las formas de ataque a un bien jurídico se pueden diferenciar en dos modalidades<sup>85</sup>: lesión del bien jurídico y puesta en peligro del bien jurídico que, a la vez, dan origen a los delitos de lesión y a los delitos de peligro.

Los delitos de lesión, suponen la realización de una conducta que destruya totalmente o menoscabe gravemente al bien jurídico protegido penalmente. Tal destrucción o menoscabo, debe ser causado por una acción típica sancionada penalmente por la desvaloración que importa, por ejemplo el delito de homicidio<sup>86</sup>.

Por su parte, los delitos de peligro, consisten en exponer al bien jurídico a una situación de riesgo. La permisión o no de este en el seno de la sociedad, conforme a parámetros varios, determina la distinción entre riesgo permitido (socialmente adecuado) y riesgo no permitido (socialmente no adecuado). En los delitos de peligro, no se produce en realidad una lesión material (objetivamente apreciable) a un bien jurídico,

---

<sup>84</sup> *Ibíd.*, pp. 40 ss.

<sup>85</sup> *Vid.* Polaino Navarrete, DP. PG, p. 614.

<sup>86</sup> *Ibíd.*, p. 615.

sino que el objeto de tutela resulta precisamente protegido frente a la mera puesta en peligro, que la conducta típica conlleva<sup>87</sup>. Ejemplo: delitos contra el medio ambiente. Los delitos de peligro se dividen en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto; se abundará en los mismos; posteriormente.

#### **5.4. TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO**

Al margen de la existencia de la técnica de delitos de lesión, como se ha indicado anteriormente, se debe considerar<sup>88</sup>, que frente a la anticipación de la tutela penal, propia de los delitos de peligro, se pueden presentar dos modalidades: a) Lesión-peligro, en estos se toman, de manera inespecífica, los ataques que puedan poner en peligro al bien jurídico protegido. Se forman así, de manera diferenciada, por una parte, los delitos independientes de lesión, y por otra parte, los delitos de peligro frente a conductas dirigidas contra un mismo bien jurídico. b) Casos propios de peligro, en los que el bien jurídico es protegido anticipadamente de una lesión, cuya conducta no necesita, en su descripción típica, ninguna relación a otro interés protegido.

Existe una complementariedad<sup>89</sup> como característica de los bienes jurídico-penales supraindividuales, pues se proyectan sobre otros bienes personales, ocasionándose una pluralidad de bienes jurídicos, en relación al comportamiento punible, lo que origina la incriminación por un ataque a los bienes individuales y a los supraindividuales. En este sentido, la tutela anticipada (de bienes individuales) y complementariedad (en relación a los

---

<sup>87</sup> *Ibíd.*, pp. 615 ss.

<sup>88</sup> Mata y Martín, «Bienes jurídicos intermedios...», p. 42.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 45.

bienes colectivos), no son realidades contrapuestas sino integradoras, contempladas desde ángulos diversos. La confluencia de estos dos aspectos como señala Arzt<sup>90</sup>, no es una realidad contradictoria sino integradora, acorde con lo que representan los bienes jurídicos en el ámbito del Derecho penal, entre cuyas dos especies fundamentales no puede existir una absoluta incomunicación.

*Los delitos lesión-peligro* consisten en la puesta en peligro de dos bienes jurídicos (delitos pluriofensivos de peligro), por ende, en la acción peligrosa, la conducta se proyecta sobre ambos bienes tutelados pero de manera diferenciada. Si se considera que el bien jurídico supraindividual posee un sentido anticipatorio para la protección del bien jurídico individual; de esta manera, se debe entender que la acción alcanza con anterioridad al bien supraindividual (intermedio a consideración de Mata y Martín), y solo después al bien final (individual); esto quiere decir, que nunca podrá hablarse de una misma intensidad en el ataque para ambos bienes, sino que al estar los dos en una relación precedente y posterior, necesariamente la misma debe ser diversa<sup>91</sup>. Doval País<sup>92</sup>, considera que el injusto de los delitos que protegen bienes de esta clase, consistirá en la vulneración de esos determinados presupuestos que sirven a la seguridad del bien jurídico individual, por lo tanto, serán delitos de lesión desde el punto de vista del bien jurídico supraindividual y de peligro con relación al bien jurídico personal, que le sirve de base, por ejemplo<sup>93</sup>, el delito de fraude alimentario (lesión de bien jurídico supraindividual, la salud pública

---

<sup>90</sup> Vid. sobre el tema en Arzt/Weber, *Strafrecht*, BT, I.H. 5, Delikten gegen den Staat, gegen Amtsträger und durch Amtsträger, p. 3 y ss.; el mismo en AAVV. *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, trad. Arroyo Zapatero, Ariel S. A., Barcelona, 1989, pp. 87 ss. y 103 ss.

<sup>91</sup> *Ibíd.*, pp. 55 ss.

<sup>92</sup> Doval País, «Estructura de las...», p. 46.

<sup>93</sup> Mata y Martín, «Bienes jurídicos intermedios...», p. 59.

con la circulación del alimento nocivo en la cadena alimentaría y puesta en peligro para la salud del consumidor).

*Los delitos de peligro-lesión* se producen por la efectiva lesión del bien individual y la puesta en peligro del bien supraindividual. El tratamiento de estos supuestos, a juicio de Arzt<sup>94</sup>, depende de la identidad o diversidad de los bienes jurídicos protegidos en los correspondientes delitos de peligro y de los delitos de lesión. En aquellos delitos en los que exista coincidencia de bienes, el delito de peligro será subsidiario al de lesión, de manera que solo este será aplicable si se ha llegado a la lesión final. Sin embargo, si los bienes jurídicos no son los mismos, en uno y otro delito, se señalaron algunas consideraciones como concurso de normas, concurso de delitos, si es que no hay una valoración autónoma por parte del legislador al respecto. Esto puede suceder con los delitos societarios y con algunos tipos dentro de los delitos relacionados a la manipulación genética<sup>95-96</sup>.

## **5.5. LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO Y LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO**

### **5.5.1. LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO**

Los delitos de peligro concreto, se caracterizan porque este tipo de delitos exige la producción de un peligro efectivo para el bien jurídico protegido penalmente, lo que supone un plus ulterior de la acción y, además, es constitutivo de un elemento del tipo. Los delitos de peligro, se consuman con la creación del peligro concreto que trata de precaver la ley. El injusto

---

<sup>94</sup> Arzt/Weber, Strafrecht, BT, I.H. 5, «Delikten gegen...», pp. 41 y ss., cit. por Mata y Martín, «Bienes jurídicos intermedios...», p. 62.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, pp. 61 ss.

<sup>96</sup> En relación al tema vid. *infra*, PT, cap.VII, ap. 2.2.2.

material se fundamenta, a diferencia de los delitos de lesión, en el concreto peligro para el bien jurídico. La configuración de estos delitos de peligro, vendrá determinada por la naturaleza del bien jurídico protegido, el cual, por su propio carácter general, abarca a una colectividad social en cuanto entidad difusa, y no requiere la afectación de un bien individual para la consumación delictiva, sino la mera situación de peligro del bien en sí, lo que puede afectar a cualquiera de los singulares implicados como portadores copartícipes de él<sup>97</sup>. Mir Puig<sup>98</sup>, afirma, que suele decirse de los delitos de peligro concreto que requieren expresamente la creación de una efectiva situación de peligro (resultado de peligro). El tipo requiere como resultado de la acción, la proximidad de una concreta lesión (que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado). Corcoy Bidasolo<sup>99</sup>, considera que en los delitos de peligro concreto, junto al bien jurídico-penal supraindividual, se protege también de forma inmediata, un bien jurídico-penal individual, exigiéndose en este caso un resultado de peligro para ese bien jurídico. La diferencia entre delitos de lesión y de peligro no se encuentra en la distinta forma de afectación al bien jurídico, sino en la distinta naturaleza del mismo (individual o supraindividual).

### **5.5.2. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO**

En los delitos de peligro abstracto, el peligro no es un elemento constitutivo de la figura del delito, sino un mero motivo del legislador. Se caracterizan estos delitos por la valoración efectuada por el propio legislador, de una presunta situación de peligro, que estima pueda derivarse de la práctica de una conducta para un determinado bien jurídico pero sin producirse en la

---

<sup>97</sup> Vid. Polaino Navarrete, DP. PG, p. 617.

<sup>98</sup> en DP. PG, 6ª edic., pp. 233-235.

<sup>99</sup> en «Delitos de peligro...», p. 373.

realidad efectivamente tal situación de peligro. El delito de peligro abstracto, se consuma con la mera creación de una situación potencial peligrosa, que presuntamente fundamenta una eventual situación de peligro para un bien jurídico, de tal forma, que tal peligro se ha producido en la realidad. La configuración de estos tipos de delitos, se basa en la presunción legal de una eventual situación de peligro e implica una anticipación de la barrera de protección en los tipos legales, anterior a la propia situación de peligro del objeto de protección<sup>100</sup>. En los delitos de peligro abstracto no es preciso, en el caso concreto, que la acción cree un peligro efectivo. Solo sería delito de peligro en el sentido que la razón de su castigo, suponga que es normalmente un peligro. En los delitos de peligro abstracto no se exige como resultado la proximidad de la lesión, sino basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción<sup>101</sup>, salvo prueba que dentro del caso concreto quedo excluida de antemano<sup>102</sup>. Tanto los delitos de peligro concreto y presunto, son verdaderos delitos de peligro, pues exigen que no se excluya previamente todo peligro; por otra parte<sup>103</sup>, en el caso de los delitos de peligro abstracto, se protege únicamente de forma inmediata un bien supraindividual<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> Vid. Polaino Navarrete, DP. PG, p. 618.

<sup>101</sup> Vid. Hirsch, en «Peligro y peligrosidad», ADPCP, 1996, p. 514, considera, que de la deficiente diferenciación que hace la doctrina sobre el peligro de un bien jurídico y una acción peligrosa, surge la confusión que se produce al definir a los delitos de peligro concreto y abstracto, por lo que, simplemente se los debe llamar como delitos de peligro; así, la correcta y fundamental diferencia entre los dos tipos de delitos, es que en los delitos de peligro concreto, existe un peligro transitivo para el bien jurídico, mientras que en los delitos de peligro abstracto, se caracterizan no por el resultado de peligro, sino por la conducta peligrosa, a su vez, siendo los primeros los auténticos delitos de peligro, mientras que los segundos son delitos de peligrosidad (de riesgo).

<sup>102</sup> Vid. Mir Puig, DP. PG. 6ª edic., pp. 233-235.

<sup>103</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», p. 373., considera que la «Teoría general de los delitos de peligro», son delitos con tipos estructuralmente autónomos, y es el elemento común de estos delitos (abstracto y concreto), la protección y lesión de un bien jurídico-penal supraindividual, conjuntamente con la protección mediata o inmediata de un bien jurídico-penal individual, tal como se ha señalado, en el caso de los delitos de peligro concreto y la protección de un bien jurídico-penal supraindividual, en el caso de los delitos de peligro abstracto. Así que la diferencia entre delitos de

### 5.5.2.1. REINTERPRETACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

Conforme a lo explicado por Henckel<sup>105</sup>, en el primer tercio del siglo anterior, para luchar contra las probables perturbaciones, el legislador utiliza dos vías: bien prohíbe la efectiva producción de un peligro y lo eleva a elemento del tipo delictivo (delitos de peligro concreto) o va aún más lejos, y prohíbe sencillamente determinadas acciones u omisiones, debido a que según su parecer, en la mayoría de los casos, conllevan como consecuencias lesiones. El criterio del autor citado tiene asidero en la llamada sociedad de riesgo, razón por la cual, dentro del moderno Derecho penal ha ocasionado la creación de figuras delictivas que protegen bienes jurídicos supraindividuales, a través de la técnica de los denominados delitos de peligro, con el consiguiente adelantamiento de la barrera de protección, por parte de las normas penales. En este sentido y en resumen, la mayoría de críticas<sup>106</sup>, se efectúan en contra de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto.

---

peligro y delitos de lesión no se encuentra en la distinta forma de afectación del bien jurídico, sino en la distinta naturaleza del mismo (individual o supraindividual). La distinción entre delitos de peligro y lesión solo tiene sentido en relación con la naturaleza del resultado en sentido material, según sea de peligro o de lesión, porque el resultado en sentido jurídico es idéntico en todos los delitos: lesión del bien jurídico-penal o, mejor expresado, afectación del bien jurídico-penal ex ante y ex post.

<sup>104</sup> Cerezo Mir, «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», en RDPC, núm.10, julio 2002, p. 66., considera, que el empleo de este término para designar a los delitos de peligro abstracto es inadecuado. En los delitos de peligro abstracto no se presume, ni con una presunción *iuris tantum*, ni *iuris et de iure*, la existencia de un peligro para el bien jurídico. Se castigan solo ciertas conductas, porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro del bien jurídico es únicamente la *ratio legis* de la creación de estas figuras delictivas.

<sup>105</sup> Vid. «Der Gefahrgriff im Strafrecht. Strafrechtliche Abhandlungen», Helf 270, Breslau, 1930, p. 60.

<sup>106</sup> Primordialmente la Escuela de Frankfurt: Hassemer, «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», ADPCP, 1992, p. 235; entre otros: Hefendehl, ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, RECPC 04-14-2002, pp. 12 ss.; Mendoza Buergo, El Derecho Penal en la



Esto ha llevado a que se realicen nuevas consideraciones en torno a los delitos de peligro abstracto, con lo que nacen posiciones intermedias; así tenemos:

#### **5.5.2.1.1. LOS DELITOS DE PELIGRO HIPOTÉTICO**

El concepto de delito de peligro hipotético es abanderado por Torio López<sup>107</sup>, así, dentro de los delitos de peligro abstracto se hallan los de peligro hipotético, denominados de esta forma cuando no comportan un peligro real para el bien jurídico como plus ulterior a la acción. En ellos es necesaria, aunque suficiente, la ejecución de una acción peligrosa, idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido. No es bastante, por ello, la coincidencia formal entre acción y descripción ofrecida por el legislador. Este grupo comprende muy diversas figuras de delito, entre las que se encuentran algunas pertenecientes al centro del Derecho penal. Lo característico en este sector es implicar la posibilidad, no la realidad, del peligro para el bien jurídico protegido. Los delitos de peligro hipotético son delitos de peligro posible, y la imposibilidad de la producción del peligro excluye en ellos la tipicidad<sup>108</sup>.

#### **5.5.2.1.2. LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO-ABSTRACTO**

Shröder<sup>109</sup>, propuso el término delitos de peligro abstracto-concreto, para una serie de delitos que suponen una verdadera combinación de elementos

---

sociedad del riesgo, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 68 y ss.; Herzog, Límites del Derecho penal...», pp. 84 ss.

<sup>107</sup> Vid. en «Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», ADPCP, 1981, pp. 837 ss.

<sup>108</sup> Vid. Polaino Navarrete, DP. PG, p. 619, denomina a los delitos de peligro hipotético, como delitos de peligro intrínseco.

<sup>109</sup> En «Die Gefährdungs-delikte im Strafrecht», ZStW 81, 1969, pp. 18 ss.

provenientes de los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto, y surgen como una clase intermedia respecto a la clasificación tradicional. En estos delitos, la ley no se limita a describir una acción que es típicamente peligrosa; aunque tampoco requiere la producción y consecuente comprobación de un peligro concreto; más bien, la ley requiere que se constate la presencia del peligro; pero en base a criterios generales o mediante abstracciones de algunas circunstancias concretas del caso individual. De este modo, el carácter de peligro abstracto-concreto, vendría explicado por el hecho de que si bien el juez ha de enjuiciar la peligrosidad de la conducta, no basta con constatar la mera realización de esta última; ha de atender a los juicios de experiencia generales y no a un juicio individualizado que tome en cuenta las circunstancias concretas. Bastaría con apreciar las propiedades que hacen apta o idónea la acción, que produce un peligro real al bien jurídico. Sin embargo, esta posición intermedia no ha sido aceptada por la doctrina mayoritaria alemana.

### **5.5.2.1.3. LOS DELITOS DE PELIGRO PRESUNTO**

En el «X Congreso Internacional de Derecho penal»<sup>110</sup>, celebrado en Roma en 1969, se consideró como conclusión, que el sistema de peligro presunto debe ser cuidadosamente dosificado y debe comprobar la posibilidad legal de aportar prueba en contrario para rebatir la presunción, al menos en los casos especiales previstos por el legislador. Jescheck<sup>111</sup>, adopta una posición más cautelosa y afirma que la concurrencia de un peligro concreto no pertenece al tipo de peligro abstracto, así la punibilidad debe quedar excluida. Según una opinión muy extendida, si la producción de un peligro

---

<sup>110</sup> Cerezo Mir, «Los delitos de peligro abstracto...», p. 66.

<sup>111</sup> Vid. en Jescheck-Weigend, DP. PG, 5ª edic., trad. Olmedo Cardenote, Comares, Granada, 2002, pp. 264-26; el mismo autor sobre el tema en TDP. PG., 3ª edic., trad. (s) Mir Puig, Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 258-259.

de los objetos de protección, presupuestos en el tipo, estaba absolutamente excluida, se considera que en los supuestos sobre los cuales, la posibilidad de producción de un peligro contra el objeto de protección está absolutamente excluida, la conducta sigue siendo ilícita, pero la ilicitud desciende por debajo de lo injusto punible; por otra parte, (invocando la opinión de Brehm) excluye de la posibilidad de prueba, a la imposibilidad de la producción del peligro, en todas aquellas normas que desempeñan una función de organización, como las que regulan la seguridad del tráfico.

#### **5.5.2.1.4. LOS DELITOS OBSTÁCULO**

Según Cuesta Pastor<sup>112</sup>, el delito obstáculo constituye una modalidad delictiva, que si bien está cada vez más extendida en los Códigos penales de nuestro entorno cultural, la doctrina mayoritaria no ha reconocido expresamente o en otros casos, no ha prestado la suficiente atención. Se trata de uno de los llamados fenómenos de criminalización anticipada, puesto que se castigan conductas en un momento anterior a la lesión del bien jurídico protegido, incluso antes de que exista un peligro concreto para dicho bien. Se encuentra en un estadio previo a los propios delitos de peligro abstracto, en los que la acción tiene que ser adecuada para la lesión del interés a tutelar (según la teoría de la adecuación respecto a los delitos de peligro abstracto y no con apego a la teoría de la peligrosidad). Como consecuencia, esta técnica supone una seria cortapisa al principio de ofensividad, puesto que implica en cierta medida la tipificación del llamado delito sin ofensa. Así, no se puede confundir la finalidad de la norma con el bien jurídico protegido. Y en este caso, el fin que se persigue es precisamente, el de evitar que se produzca el delito, es decir, prevenirlo.

---

<sup>112</sup> Vid. «Delito obstáculo...», pp. 39 ss.

El delito obstáculo castiga la llamada premisa idónea (término usado por Mantovani y otros autores), es decir, los actos que son necesariamente idóneos para la comisión de un hecho delictivo posterior, que es en última instancia lo que se trata de evitar, por lo que se configuran como un auténtico «obstáculo» con el fin de evitar la producción de los actos delictivos futuros, que son los que realmente dañan el bien jurídico.

Dentro de los delitos de peligro abstracto, a más de las indicadas, existen otras distinciones<sup>113-114</sup>.

### **5.5.2.2. SOBRE LA LEGALIDAD DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO**

Los delitos de peligro abstracto, presentan fricciones con algunos postulados del Derecho penal<sup>115-116</sup>, así:

---

<sup>113</sup> En este sentido, Mendoza Buergo, «Límites dogmáticos...», pp. 52 ss., señala: a. Delitos con «bien jurídico intermedio espiritualizado», se refiere a los delitos de peligro abstracto dirigidos a la tutela de bienes supraindividuales de carácter inmaterial; aunque puedan ser instrumentales respecto a la tutela de bienes finales pertenecientes al individuo, y representan una función de instrumentalización, al decir de Schüemann – cit. por la autora–. Con la expresión de «Acciones en masa o normas con función organizativa», designa Schüemann, a un específico grupo de delitos de peligro abstracto caracterizados por regular conductas que tienen lugar de modo masivo y de las que se conoce su alto grado de peligrosidad, manifiesta en su conexión con frecuentes resultados lesivos o peligrosos para bienes jurídicos penalmente tutelados; b. Delitos por acumulación, («Kumulationstatbeständen»), con esta denominación «...se hace referencia a un supuesto especial de tipos de peligro abstracto, en los que la acción individual que se castiga no muestra siquiera la peligrosidad abstracta que se presume o se considera motivo de la punición de las conductas individuales en los supuestos tradicionales de delitos de peligro abstracto», ...aquí la acción individual no es por sí sola capaz de llegar a afectar al bien jurídico».

<sup>114</sup> Vid. Escrivá Gregori, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 63 ss. analiza otras variantes de peligro.

<sup>115</sup> Se sigue el estudio y los criterios expuestos por Cerezo Mir, «Los delitos de peligro abstracto...», pp. 61 ss.

<sup>116</sup> Vid. Shünemann, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», ADPCP, 1996, p. 199, en relación con el recurso al delito de peligro abstracto en el nuevo Derecho penal, que constituye tal vez la cuestión más

– El principio de prevención, se considera contrapuesto al de precaución. El principio de prevención parte de la previsión o de la previsibilidad, en base a las leyes causales conocidas; mientras que el principio de precaución, parte de la sospecha de los riesgos graves e irreversibles<sup>117</sup>, que puede llevar consigo una actividad determinada, en supuestos en que se desconocen las leyes causales, es decir, donde existe una incertidumbre acerca de los procesos causales que puedan desencadenar dichas actividades. La incertidumbre afecta, en ocasiones, no solo a la relación de causalidad entre la acción y el daño grave e irreversible, sino a la producción del mismo daño y a la cuantificación del riesgo del daño. A este respecto, existen solo presunciones o sospechas basadas generalmente en cálculos estadísticos y probabilidades. Los principales campos de aplicación del principio de precaución serían la protección del medioambiente y de la salud pública, por la incertidumbre del saber científico-causal<sup>118</sup>.

---

polémica, entiende que: «el tránsito desde el delito de resultado clásico hacia el moderno delito de peligro abstracto prácticamente deriva de la naturaleza de las cosas, de modo que hay que admirar con qué intuición el legislador supo desarrollar sin indicación alguna por parte de la ciencia del Derecho penal los delitos de peligro abstracto».

<sup>117</sup> Sobre el principio de precaución, Romeo Casabona, en *Modernas tendencias*, núm.. 70, pp. 104 ss., cit. por Gracia Martín, «Qué es la modernización...», «La Ciencia del...», p. 355., considera que la penetración de este principio en el Derecho penal, dejaría incólumes a la totalidad de los principios y de las garantías penales; no comporta una quiebra o ruptura con algunas categorías fundamentales de la teoría del delito, ni en particular de la concepción y función de la teoría del bien jurídico en el sistema penal, sino que ofrece un complemento de las mismas en lo que debería ser el ámbito de aplicación del principio.

<sup>118</sup> A criterio de Cerezo Mir, «Los delitos de peligro abstracto...», p. 62, el principio de precaución, debería servir solo de base para una ampliación de las responsabilidades civiles y administrativas. En los supuestos de mayor gravedad, por ser más vehemente la sospecha, en virtud de cálculos estadísticos y la trascendencia del posible daño podría recurrirse al Derecho administrativo sancionador. Cree que la simple sospecha, aunque sea vehemente, no puede servir de fundamento para una responsabilidad penal, la conducta no reviste, entonces, gravedad suficiente para constituir un ilícito penal.

– Se ha planteado la ilegitimidad de los delitos de peligro abstracto, en el plano del injusto; así, desde el momento que puede faltar en el caso concreto, el peligro del bien jurídico, se cuestiona su contenido de injusto material; por otra parte, no se considera suficiente para fundamentarlo, con la afirmación de que la acción lleve consigo generalmente el peligro del bien jurídico, pues, se trataría de una presunción *iuris et de iure* irrefragable, de la existencia del peligro<sup>119</sup>.

– En cambio, los delitos de peligro abstracto no plantean problema alguno desde el punto de vista del principio de legalidad, el legislador puede describir la acción prohibida de un modo preciso, como sucede con el caso de la conducción bajo la influencia de sustancias tóxicas, etc.<sup>120</sup>

– Se mantiene una conexión, aunque sea de menor entidad, con el principio de lesividad; en este sentido, el contenido material del injusto en los delitos de peligro abstracto, se cifra en el desvalor de la acción. En la configuración de los tipos de peligro abstracto, se mantiene la referencia a los bienes jurídicos<sup>121</sup>, así, se habla de delitos de peligro abstracto de resultado; pero no se trata de un resultado consistente en la lesión o el peligro concreto del bien jurídico protegido, sino del menoscabo del objeto de la acción<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Ídem.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>121</sup> Ídem.

<sup>122</sup> Cerezo Mir, *Ibid.* pp. 64-65, considera que a su juicio los delitos de peligro abstracto no contradicen el principio de culpabilidad, como estima Roxin y un sector de la moderna ciencia del Derecho penal alemán. Al ser la culpabilidad, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, solo se daría una infracción indirecta del principio de culpabilidad, por falta del objeto de reproche, si en la conducta realizada no pudiera apreciarse un contenido material del injusto. La legitimidad de los delitos de peligro abstracto es cuestionable únicamente desde el punto de vista del contenido del injusto material, desde el momento en que el caso concreto puede faltar no solo el resultado de

### 5.5.3. PROPUESTAS DE RESTRICCIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO

Entre las propuestas que se consideran con el fin de armonizar a los delitos de peligro abstracto con la dogmática existente<sup>123</sup>, se puede apreciar lo siguiente:

Un sector doctrinal alemán y uno español, sugieren que se admita la prueba que en el caso concreto no se dio el peligro del bien jurídico; de esta manera, de acuerdo con la corriente doctrinal, debe considerarse que en los delitos de peligro abstracto se da una presunción *iuri tantum* y no *iuris et de iure* de la existencia del peligro. El mencionado *Acuerdo* sobre el sistema de peligro presunto (Roma 1969) en relación al cuidado, dosificación y el aporte de prueba en contrario para rebatir la presunción, al menos en los casos especialmente previstos por el legislador; sin embargo, si se invierte la carga de la prueba se infringiría el principio *in dubio pro reo* (Cerezo).

Otro sector doctrinal propugna la exclusión del tipo en los delitos de peligro abstracto, a las acciones que respondan al criterio de cuidado objetivamente debido. La acción no sería típica si el sujeto habría adoptado medidas de cuidado o seguridad para evitar el peligro de bienes jurídicos ajenos. Los delitos de peligro abstracto serían conductas imprudentes sin resultado, por así decirlo serían tentativas imprudentes<sup>124</sup>. Roxin, siguiendo

---

peligro del bien jurídico, sino incluso la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*.

<sup>123</sup> *Ibíd.*, pp. 67 ss.

<sup>124</sup> En este sentido Mir Puig, en «Sobre la Punibilidad de la tentativa in idónea en el Nuevo Código Penal», RECPC 03-06 (2001), pp. 12 ss. equipara la tentativa idónea con

a Schünemann, propone excluir del tipo de los delitos de peligro abstracto clásicos (denominación del autor), los supuestos en que el sujeto haya observado en la realización de la acción, las medidas de cuidado que él creía necesarias para evitar la producción del peligro concreto; de esta forma, se tendría en cuenta no la inobservancia objetiva del cuidado, sino el deber subjetivo de cuidado.<sup>125</sup>

En España, Escrivá Gregori, Terradillos Basoco y Mendoza Buergo, proponen exigir la peligrosidad de la acción desde un punto de vista ex ante; es decir (de acuerdo con la concepción de la misma), en el momento que la realización de la acción aparezca como probable, aunque no se trate de una probabilidad matemática. En la producción de la lesión del bien jurídico, en el caso de la conducción bajo el influjo de sustancias, se debería probar dicha influencia, en el momento de comenzar a conducir el vehículo, sin ser preciso que se hubiera producido un resultado de peligro, es decir, que se habría puesto en concreto peligro a un bien jurídico<sup>126</sup>.

Corcoy Bidasolo<sup>127</sup>, considera que muchas de las críticas vertidas en relación con los delitos de peligro, se fundamentan en varios aspectos: su indefinición, la inseguridad jurídica que suponen, la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos (a los que les falta legitimación para ser merecedores de protección penal) y de forma esencial, la falta de referencia

---

el delito de peligro concreto, pues, en la primera se realiza la conducta peligrosa ex ante contra un bien jurídico concreto, en el caso de peligro concreto; en este caso, la conducta es peligrosa y debe dar un resultado de peligro, y se diferencia de la tentativa porque el control del hecho aumenta la peligrosidad; en cambio, dentro del peligro concreto disminuye el peligro. Por otro lado, asimila la tentativa in idónea con el delito de peligro abstracto; así, en la tentativa, el bien jurídico no resulta próximo a la conducta por inexistencia o ausencia del objeto de la acción, mientras que en los delitos de peligro abstracto basta con la peligrosidad de la conducta ex ante.

<sup>125</sup> Vid. Roxin, DP. PG, 2ª edic., pp. 407-410.

<sup>126</sup> Hasta aquí el estudio de Cerezo Mir.

<sup>127</sup> Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», pp. 165 ss.



al resultado. Así, sobre la referencia al resultado, propone que en los delitos que se protegen bienes jurídicos supraindividuales, se debe dar como elemento típico, la afectación del objeto del delito. En cierta forma, esta es un resultado en sentido material, puesto que ex post este objeto resulta efectivamente lesionado, lo que implica concebir a estos delitos como de peligro con resultado de lesión (desde el punto de vista que se protegen bienes jurídicos supraindividuales, en los cuales, no se destruye el bien jurídico). Ello supone introducir un nuevo concepto de resultado material, en donde se produce, efectivamente, la lesión del objeto; pero esa lesión no implica, de forma inmediata la afectación del bien jurídico, al recaer sobre el objeto del delito, no en el sustrato material (objeto material de acción) del bien jurídico penalmente protegido; de esta forma, no se trata únicamente, de la imposibilidad de identificar el resultado material con el bien jurídico, sino, que en esos supuestos además ese «resultado» no es el sustrato material del bien jurídico sino, únicamente un elemento del tipo.

Cuando el resultado no es el sustrato del bien jurídico-penal protegido, la doble imputación ex post se debe realizar de forma inversa que la efectuada en los delitos de resultado (primer juicio de imputación: lesividad de la conducta; segundo juicio de imputación, imputar el resultado a esa conducta lesiva). En los delitos con bienes supraindividuales, primero se deberá imputar el resultado lesivo a la conducta y, luego, se imputará a ese resultado, su idoneidad para afectar al bien jurídico.

La restricción del alcance de los tipos penales en donde se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales<sup>128</sup>, tendrá otras consecuencias como:

---

<sup>128</sup> Recuérdese que para la autora, conforme a la naturaleza de los bienes jurídicos, los delitos de peligro abstracto se relacionan a la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales.

– La equiparación entre la lesión del objeto del delito, en los delitos de peligro, con el resultado propio de los delitos de lesión, dicha situación tiene dos funciones esenciales: por un lado, la lesión del objeto del delito cumple con una función de seguridad jurídica, en un sentido idéntico a la función que cumple el resultado y, por otra parte, posibilita una interpretación restrictiva del tipo penal, acorde con los principios del Derecho penal de intervención mínima, subsidiariedad y última ratio, razón por la cual, no cualquier lesión del objeto del delito implica la lesión del bien jurídico, sino únicamente aquellas especialmente graves y como tales idóneas, para lesionarlo.

– En todos los delitos que se regulan dentro de los sectores de actividad en los que existe una duplicidad sancionadora (manipulación genética), y con todo dicho anteriormente, se puede limitar de forma no arbitraria, la intervención penal a los supuestos especialmente graves y evitar que la mera existencia de una conducta que, aparente o formalmente, realiza el tipo pueda ser merecedora de una sanción penal (en medioambiente se puede perder la función simbólica)<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> *Ibíd.*, pp. 67-68, emplea este ejemplo. en los delitos de manipulación genética (transgénesis), el tipo básico requiere que se manipule el genoma, alterando el ADN, esto sería el resultado, y debe ser imputado a la conducta de manipulación, pero no implica que se haya afectado al bien jurídico-penal protegido, sino que será necesario un segundo juicio para imputar a esta alteración del genoma, su idoneidad para afectar la identidad de la especie humana. Como consecuencia, las alteraciones del genoma que no tengan la posibilidad de reproducirse en otros individuos carecerán de relevancia penal aunque formalmente realicen el tipo. En el caso de manipulaciones genéticas, el genoma tiene la misma función que el resultado (se puede probar objetiva y pericialmente) lo que cumple con la función de seguridad jurídica propia del resultado. Con la exigencia del segundo juicio de imputación, la imputación a ese genoma alterado, de su idoneidad para lesionar la identidad de la especie humana, permite restringir el alcance del tipo penal, ya que con cualquier afección del genoma no se puede lesionar la identidad de la especie humana; así, si el genoma no tiene capacidad para reproducirse no puede afectar a la identidad de la especie humana.



## CAPÍTULO II

### EL CONSENTIMIENTO

1. Introducción: Teoría general del consentimiento. 1.1. Concepto y clases de consentimiento. 1.2. Evolución histórico-dogmática del consentimiento dentro del ordenamiento jurídico. 1.2.1. Evolución del consentimiento dentro del ordenamiento jurídico en general. 1.2.2. Evolución histórica-dogmática en Alemania. 1.2.3. Evolución histórica-dogmática en España. 1.2.3.1 Defensores de la Teoría diferenciadora. 1.2.3.2. Defensores de la Teoría unitaria. 1.3. Naturaleza jurídica del consentimiento: Fundamentos sobre la eficacia del consentimiento y teorías dogmático-jurídico-penales sobre su sistematización. 1.3.1. Teorías sobre la eficacia del consentimiento. 1.3.1.1. Teoría del negocio jurídico. 1.3.1.2. Teoría del derecho de autodeterminación del titular. 1.3.1.3. Teoría de ponderación de principios o valores. 1.3.1.4. Teoría que cuestiona el principio de unidad del Ordenamiento jurídico. 1.3.1.5. Principios fundadores de las causas de justificación. 1.3.1.5.1. Teorías monistas. 1.3.1.5.2. Teorías pluralistas. 1.3.1.5.3. Actual Teoría dominante. 1.3.2. Teorías sobre su sistematización. 1.3.2.1. Teoría diferenciadora o dualista. 1.3.2.1.1. Acuerdo. 1.3.2.1.2. Consentimiento en sentido estricto. 1.3.2.1.3. Distinciones entre acuerdo y consentimiento. 1.3.2.1.4. Desarrollo reciente de la Teoría diferenciadora. 1.3.2.2. Teoría unitaria o de la atipicidad. 1.3.2.2.1. Situación de la Teoría de los elementos negativos del tipo. 1.3.2.2.2. Primeros planteamientos. 1.3.2.2.3. Principal argumentación a favor de la Teoría unitaria. 2. Requisitos del consentimiento: Especial referencia al consentimiento presunto. 2.1. Capacidad para consentir. 2.2. Forma de exteriorización del consentimiento. 2.3. Objeto del consentimiento. 2.4. Vicios del consentimiento. 2.5. Momento y revocación del consentimiento. 2.6. Disponibilidad. 2.7. Irrelevancia de la causa y móviles del consentimiento. 2.8. El consentimiento presunto: Contenido y Requisitos. 3. Ámbitos de aplicación del consentimiento. 3.1. Delitos contra los derechos fundamentales. 3.1.1. Homicidio doloso: Especial referencia al suicidio. 3.1.2. Aborto doloso. 3.1.3. Lesiones dolosas: esterilización de incapaces. 3.1.4. Integridad moral, intimidad y honor. 3.1.4. Delitos contra el patrimonio y la libertad. 3.2. Delitos complejos con la presencia de bienes jurídicos individuales y supraindividuales: Delitos laborales y delitos de prostitución. 3.3. Protección de garantías constitucionales:

intervenciones estatales sobre derechos fundamentales. 3.4. Delitos imprudentes: Homicidio y lesiones imprudentes. 3.4.1. Homicidio imprudente. 3.4.2. Lesiones imprudentes. 3.4.3. Tratamiento médico arbitrario.

## **1. INTRODUCCIÓN: TEORÍA GENERAL DEL CONSENTIMIENTO**

### **1.1. CONCEPTO Y CLASES DE CONSENTIMIENTO**

Con el objetivo de dar un concepto de consentimiento, en primera instancia se debe recurrir al significado gramatical que tiene el término<sup>130</sup>, así, el consentimiento es: «la acción y efecto de consentir», y a su vez, consentir, voz procedente del latín: *consentiré* que significa: «permitir algo o condescender en que se haga».

De una forma general, el término consentimiento en Derecho<sup>131</sup> se entiende como «la manifestación de voluntad expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente». Concretamente, dentro de los contratos de carácter civil, se conoce por consentimiento a: «la conformidad que sobre su contenido expresan las partes».

El sentido de consentimiento contiene un concepto variable en su forma; pero igualitario en su contenido. La diferencia en el concepto formal, depende de la rama de Derecho que se trate; así, se verá más adelante el significado del consentimiento informado.

---

<sup>130</sup> DRALE, 22ª, ESPASA, Madrid, 2001, p. 629.

<sup>131</sup> Vid. Ídem.

Dentro del Derecho penal es necesario partir de un concepto de consentimiento, así, Honig<sup>132</sup> se apega al sentido lingüístico-gramatical y define al consentimiento como: «la expresión de la conformidad de una conducta inminente de otra, que el declarante de su conformidad puede impedir». De estos conceptos se desprende la existencia de dos partes indispensables: por un lado, la presencia de quien consiente sobre algo, lo que jurídicamente se conoce como bien jurídico y, por otra parte, la presencia de quien recibe dicho consentimiento del titular del bien jurídico, ya sea por haberlo pedido o por iniciativa de quien consiente. De la acción que realizan los sujetos inmiscuidos en el proceso del consentimiento, se derivan consecuencias que dentro del ámbito penal pueden tener repercusiones para la Teoría del delito; es así, que el consentimiento se otorga cuando el titular del bien jurídico dispone del bien, en el marco de ciertas circunstancias legítimas que determinan que el autor que ejecuta el hecho no sea imputado por delito alguno<sup>133</sup>.

Junto a las clases de consentimiento que la doctrina se ha esmerado en construir, especialmente en el siglo XX, se puede apreciar que dentro de los planteamientos del Derecho Romano<sup>134</sup> ya existieron intentos de una sistematización por casos y en base a un parámetro definido, como es la diferenciación entre intereses públicos y privados; así, el consentimiento carece de eficacia sobre intereses públicos y es permisible en la esfera privada.

A raíz del pronunciamiento doctrinario, principalmente emitido por la dogmática alemana, se hace una división del consentimiento. En este

---

<sup>132</sup> en *Die Einwilligung dees Verletzten, teil I*, Mannheim, Berlín, Leipzig, 1919, pp. 139.

<sup>133</sup> En similar sentido: Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., pp. 497.

<sup>134</sup> Vid. infra, ap. 1.2.1.

sentido, la sistematización del consentimiento la realiza Geerds<sup>135</sup>, quien en su Tesis doctoral y en obras posteriores, analiza la importancia de la división del consentimiento en dos instituciones diferenciadas y con consecuencias jurídicas propias; así se tiene: al «acuerdo» (*Einverständnis*) y al «consentimiento» (*Einwilligung*)<sup>136</sup>.

Esta división dogmática del consentimiento produce consecuencias jurídicas diferentes; así en los supuestos de acuerdo, opera una exclusión del tipo. Frente a este criterio existe un pronunciamiento unánime por parte de la doctrina mayoritaria por su aceptación; mientras que, en los casos de consentimiento en sentido estricto, se estaría ante una causa de justificación, por lo cual existe disconformidad en la doctrina<sup>137</sup>. Esta diversidad de criterios ha originado varias tesis sobre las consecuencias jurídicas de la sistematización dogmática del consentimiento<sup>138-139</sup>.

## **1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA-DOGMÁTICA DEL CONSENTIMIENTO DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

### **1.2.1. EVOLUCIÓN DEL CONSENTIMIENTO DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN GENERAL**

---

<sup>135</sup> En *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzbuchentwurf*, Diss., Kiel, 1953; en este sentido, Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., pp. 497; Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 517; de la Gándara Vallejo, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Colex, Madrid, 1995, p. 75.

<sup>136</sup> Vid. Polaino Navarrete, «Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad», CPC, núm. 82, 2004, p. 165.

<sup>137</sup> Vid. en este sentido: López Barja de Quiroga, «El Consentimiento en el Derecho penal», Dykinson, Madrid, 1999, p. 8; Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 501.

<sup>138</sup> Vid. Polaino Navarrete, «Alegato...», p. 164.

<sup>139</sup> Vid. infra, ap. 1.3.2.1, ap. 1.3.2.2.

En Derecho Romano, es Ulpiano<sup>140</sup> quien incorpora el principio «*volenti no fin nuria*», traducido como: «lo que se realiza con la voluntad del lesionado no constituye delito»<sup>141</sup>; el antecedente de este principio se encuentra en la obra de Aristóteles: «*Ética a Nicómano*»<sup>142</sup>. En el mismo Derecho Romano se establece dos grupos de casos en los que se admite el consentimiento y en otros en los que no es válido el consentimiento. En el primer grupo de casos<sup>143</sup>, se tiene como válido el consentimiento y como excluyente de la punibilidad los siguientes supuestos: a) En el caso de que el esclavo mata a su amo por petición de este; b) El que vendía a una persona como esclava en contra de su voluntad, recibía una pena establecida en la *Lex Flavia*, por lo que se entiende que las intervenciones contra la libertad de las personas sin consentimiento, eran penadas; pero, al mediar el consentimiento excluían la punibilidad del hecho; c) El consentimiento era válido en los casos de hurto, de esta forma no se configuraba el delito, pues, la falta de consentimiento en el apoderamiento de un objeto contra la voluntad del dueño, implicaba un delito; d) En la quiebra, si se vendían los bienes de la masa con el consentimiento de los deudores, no se configuraba la punibilidad. Como segundo grupo de casos<sup>144</sup>, el consentimiento carece de validez en los siguientes supuestos: a) En los delitos que lesionan la moral y los intereses estatales así; en los delitos que afectan a la integridad corporal con fines inmorales no cabía el consentimiento; por ejemplo: la castración con fines inmorales, donde no se reconocía el consentimiento del eunuco si los fines eran inmorales; b) El consentimiento en el rapto de una

---

<sup>140</sup> Digesto 1, § 50 de iniur. 47, 10. 1.

<sup>141</sup> Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 511.

<sup>142</sup> Vid. ampliamente al respecto: Joski, *Die Einwilligung des Verletzten*, Diss., Erlangen, 1899, p. 12; Shaefer, *Die Einwilligung des Verletzten ibes. bei Körperverletzung*, Diss. Eerlange, 1913. 14; Honig *Die Einwilligung...*, pp. 1 ss.

<sup>143</sup> Vid. Castillo González, *El Consentimiento del Derecho-Habiente en Materia Penal*, Juritexto, San José, Costa Rica, 1998, p. 28; Joski, «Die... », p. 2; Shaefer, «Die...», p. 14; Honig, «Die...», pp. 1 ss.

<sup>144</sup> Vid. Castillo González, «El Consentimiento...», pp. 28-29.



mujer carecía de validez jurídica; c) En los delitos de adulterio el consentimiento del marido no extinguía la punibilidad; d) Era punible la tentativa de suicidio para el soldado que realizaba el hecho con el fin de escapar la guerra.

Del Derecho romano se establecen dos ideas claras y primordiales recogidas en principios que a su vez regulan la situación del consentimiento dentro del Ordenamiento jurídico. Por un lado<sup>145</sup>, el principio mencionado de «*volenti non fin nuria*» ubicado en el propio Digesto dentro de los asuntos concernientes a *nuria*, que significa «acto cometido sin derecho», Este concepto se empleaba para el conjunto de delitos que afectaban a los intereses o a los derechos privados, de los cuales el titular podía disponer; dentro de este ámbito, se tienen a los delitos contra los bienes de los particulares, así; los delitos contra la persona física, los delitos contra el honor, los delitos que lesionan derechos o actividades de la persona; todos los delitos referidos podrían ser justificados por el consentimiento. Y por otra parte<sup>146</sup>, el principio «*privatorum convenio juri publico non derogat*» consagra que en ningún delito, donde se encuentren intereses públicos se puede aceptar el consentimiento.

En suma, por lo que se puede observar, es desde el Derecho romano donde se inicia con la división de casos, en base a intereses privados y públicos, y es en atención a ello que se acepta la validez del consentimiento en los primeros y la negativa en los segundos. Los principios, especialmente el «*volenti non fin nuria*»<sup>147</sup> se han mantenido a lo largo del tiempo y han sido

---

<sup>145</sup> Vid. Fahmy, *Le consentement de la victime*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1971, p. 15; Castillo González, «El Consentimiento...», p. 29.

<sup>146</sup> Vid. Fahmy, «Le consentement...», p. 15.

<sup>147</sup> Roxin, *DP. PG*, 2ª edic., p. 511.

aceptados con algunas limitaciones por los diferentes códigos penales y escuelas de Derecho.

El Derecho Canónico<sup>148</sup>, en respuesta a la sociedad teocrática medieval, limita el consentimiento y la libertad de disposición. Para este Derecho de inspiración bíblica, la vida y la salud eran una emanación divina y, por ende, no se podían disponer libremente de estos bienes; es así, que se castiga la tentativa de suicidio y al tercer participante en el suicidio como homicida. El principio de Derecho romano «*volenti non fit iniuria*» es aplicado, únicamente, en los delitos patrimoniales.

En el período de la Ilustración<sup>149</sup>, a finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX, el consentimiento es abordado por la filosofía de la época. En la Ilustración se afirma la existencia de dos tipos de derechos: a). Derechos inalienables, que son los otorgados al individuo por el simple hecho de nacer, como el derecho a la vida, al honor, etc., estos no podían ser negados al individuo por parte del Estado; pero tampoco se podía disponer sobre ellos, pues, tenían el carácter de indisponibles; b). Derechos alienables, son los que el ser humano adquiriría por el hecho de vivir en sociedad, y le eran otorgados y reconocidos en virtud del contrato social; estos derechos eran de corte privado, y el individuo disponía libremente de ellos.

Junto a lo anterior, se encontraba, en la doctrina de la época<sup>150</sup>, la idea que el consentimiento del individuo se expresaba en la libre disposición de un

---

<sup>148</sup> Vid. con mayor amplitud: Martín de Sobradillo, «La Procréation & la Stérizationn au Point de Vue du Droit Naturel», Universidad de Fribourg, Suisse, 1932, p. 98; Schaefer, «Die...», p. 20; Castillo González, «El Consentimiento...», p. 30; Joski, «Die...», p. 4.

<sup>149</sup> Vid. ..., Castillo González, «El Consentimiento...», p. 32.

<sup>150</sup> *Ibíd.*, p. 33.

derecho, y la lesión a este derecho, por parte de un particular o del Estado, constituía delito<sup>151</sup>.

La doctrina europea, en la primera mitad del siglo XIX<sup>152</sup>, aparte de los fundamentos de la Ilustración, señalados para teorizar el consentimiento, se centró en la discusión de la ubicación que debía tener el consentimiento dentro de los códigos penales. Se consideraba como primera opción, que el consentimiento debía ser regulado en la Parte General o bien, como una segunda alternativa, se introduciría en la Parte Especial, y su resolución operaría dentro de los tipos penales. La doctrina mayoritaria se pronunció por la no regulación en la Parte General. Es así, que el Código penal francés y el Código penal alemán, no insertaron disposiciones relacionadas al consentimiento en su Parte General. El Código francés, a diferencia del alemán, nada dice sobre el problema del consentimiento en las lesiones y en el homicidio, en tanto que el Código alemán contiene disposiciones sobre el consentimiento en el delito de homicidio a ruego (§ 216) y en el delito de lesiones (§ 226<sup>a</sup>), otorgando validez al consentimiento, siempre que no vaya en contra de las buenas costumbres. Como caso contrario de los anteriores, el Código penal italiano de 1930 regula el consentimiento en su Parte General y en la Parte Especial sobre el homicidio consentido y establece que la vida es un derecho indisponible y no media el consentimiento como justificación<sup>153</sup>. A pesar de las diferencias de tipicidad, los tres códigos conceden al consentimiento el efecto de excluir la tipicidad en determinados casos o de antijuridicidad de la acción en otros.

---

<sup>151</sup> Vid. Honig, «Die..», p. 11.

<sup>152</sup> Castillo González, «El Consentimiento...», pp. 32 ss.

<sup>153</sup> Sobre dogmática italiana y consentimiento, vid., infra n. 202.

Dentro de las escuelas de Derecho, el consentimiento sigue al principio «*volenti non fit iniuria*» pero con ciertos matices<sup>154</sup>. Así, la doctrina del Derecho natural, los hegelianos y el Derecho actual solo conceden validez al consentimiento, en la disposición de derechos subjetivos, sobre los cuales se puede disponer libremente, siempre que no afecten a la voluntad objetiva común. Los hegelianos, en concreto<sup>155</sup>, y en base a su propia concepción del concepto material del delito, dejan atrás posturas en demasía rígidas adoptadas en un inicio, para finalmente aceptar la validez del consentimiento, únicamente, ante bienes disponibles, sin que ello vaya en contra de la razón universal, cuyos representantes son el Estado y el Derecho.

La Escuela histórica del Derecho<sup>156</sup> no acepta la influencia del consentimiento sobre la punibilidad y justifica. En la argumentación, que el Derecho penal como manifestación histórica del orden estatal, no puede quedar a merced de la voluntad individual.

La Escuela sociológica del Derecho, al tener al delito como la lesión de intereses, expone que el consentimiento no excluye la infracción de quien actúa<sup>157</sup>.

Al margen de los diferentes planteamientos de las escuelas de Derecho, en la actualidad existe una notoria tendencia, en todas las corrientes doctrinales a fundamentar dentro de la figura del consentimiento, a la libertad de disposición que tiene el titular de un bien jurídico sobre este;

---

<sup>154</sup> Vid. Roxin, DP.PG, 2ª edic., pp. 511-512.

<sup>155</sup> Vid. Casas Baquero, El Consentimiento en el Derecho penal, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987, p. 24.

<sup>156</sup> *Ibid.*, pp. 13-14.; Roxin, DP. PG, 2ª edic., pp. 511-512.

<sup>157</sup> Vid. Honig, «Die...», pp. 32 ss.

dicha facultad es limitada únicamente por los intereses de naturaleza predominantemente social<sup>158</sup>, la tendencia que se indica, como se vio, ha sido recogida desde el inicio del consentimiento como institución jurídica dentro del Derecho romano.

### **1.2.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA-DOGMÁTICA EN ALEMANIA<sup>159</sup>**

La doctrina alemana es, sin lugar a duda, la más prolífera en el tratamiento dogmático realizado sobre el consentimiento e inicia sus planteamientos con la exposición de Zitelmann<sup>160</sup>, quien estudia el consentimiento desde el Derecho Civil y parte de la unión del Ordenamiento jurídico para sostener que el concepto de antijuricidad debe ser el mismo en todo el Ordenamiento, de tal forma que para que una norma prohibitiva en cualquier rama del Ordenamiento tenga efecto de excluir la antijuricidad, debe ser considerada, en todas las ramas, como excluyente de la antijuricidad. Sin embargo, existe como única posibilidad que ciertas causas de justificación sean propias de un sector del Derecho, en este caso del Derecho penal, por tratarse de normas con efectos penales, ya que al darse lo contrario, la infracción sería suprimida. En cuanto al consentimiento<sup>161</sup>, el autor considera que es un acto jurídico y para su eficacia se debe ver si es un acto de carácter negocial; esta característica es su verdadera naturaleza; por lo tanto, el consentimiento excluirá la antijuricidad si se trata de un negocio jurídico del titular del bien dirigido a dicha exclusión sobre un bien del que tiene la facultad de disponer; en este

---

<sup>158</sup> Vid. Casas Baquero, «El Consentimiento...», pp. 24-25.

<sup>159</sup> Vid..., amplia síntesis, y base para la aquí expuesta, en de la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», pp. 13 ss.

<sup>160</sup> Vid. en «AusschlB der Widerrechtlichkeit», Archiv für die civilistische Praxis, t. 99, 1906, pp 6 ss.

<sup>161</sup> *Ibíd.*, pp. 51. ss.

caso, el titular está en ejercicio de un derecho<sup>162</sup>, razón por la que nunca puede cometer un acto antijurídico, y como consecuencia, se excluye la antijuridicidad de la acción en todo el Ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista de Honing<sup>163</sup>, luego de un repaso que realiza de todos los estudios expuestos sobre el consentimiento, concluye que los estudios anteriores tienen como denominador común, buscar la eficacia del consentimiento y la influencia que posee quien consiente sobre el objeto lesionado por una acción antijurídica. De tal forma, que es la naturaleza del objeto lesionado la clave para llegar a la esencia de la eficacia del consentimiento. En este sentido, Honing<sup>164</sup> entra en el estudio del objeto de protección de las normas penales, con referencia al objeto de protección y al objeto de acción, así a su criterio<sup>165</sup>, la única escuela que responde correctamente ante este problema es la sociológica sobre el objeto de protección de la norma, lo que recae en la salvaguarda de la vida comunitaria. Con respecto a la influencia de la Teoría de los bienes e intereses, parte en considerar que esto no se puede aplicar directamente a la eficacia del consentimiento; con ello, el autor<sup>166</sup> opina que las premisas consistentes en formular la eficacia del consentimiento en la lesión de bienes o intereses disponibles no es una solución, sino aplaza el problema para los casos concretos, lo que llevaría a examinar la naturaleza de los singulares delitos.

---

<sup>162</sup> *Ibíd.*, pp. 107 ss.

<sup>163</sup> *Vid.* «Die Einwilligung...», pp. 1 ss.

<sup>164</sup> *Ibíd.*, pp. 29 –108; *vid. infra*, cap. I, Estudio sobre el bien jurídico protegido.

<sup>165</sup> *Ibíd.*, pp. 116 ss.

<sup>166</sup> *Ibíd.*, p. 118.

Luego de un análisis de los delitos<sup>167</sup> propone, para resolver el problema de la eficacia del consentimiento, un análisis lingüístico-gramatical del concepto de consentimiento<sup>168</sup>, con lo que alega, que es necesaria la manifestación de la voluntad, y no es suficiente con una «tendencia de la voluntad». Por otro lado, dentro del consentimiento queda a discreción la tolerancia de la conducta del otro pero tampoco puede darse el consentimiento luego de que haya ocurrido un hecho. Con todo ello, a partir del concepto de consentimiento se entiende como significado jurídico del mismo, que en los casos en que esta figura tiene eficacia, se suprime la necesidad de protección jurídica del objeto y, por lo tanto, excluye el carácter antijurídico de la acción en si misma punible<sup>169</sup>. En definitiva, Honig<sup>170</sup> propone que es eficaz el consentimiento del lesionado, mientras no se resuelva de distinta forma en la Parte Especial, y excluye la punibilidad de las acciones descritas como antijurídicas o una acción contra o sin la voluntad del lesionado, pertenezcan al tipo.

En otros estudios importantes sobre el consentimiento, Mezger<sup>171</sup> realiza su particular análisis desde los elementos subjetivos del injusto. El autor sostiene que para la operatividad de las causas de justificación, se debe atender a dos criterios: al principio de la falta de interés y al principio de interés predominante; en relación a ello, entiende que el injusto siempre produce la lesión de intereses. Ahora bien, dentro del primer principio, se vería amparado como causa de justificación tanto el consentimiento del lesionado, como el consentimiento presunto y la gestión de negocios ajenos.

---

<sup>167</sup> *Ibíd.*, pp. 119 –138.

<sup>168</sup> *Vid.* concepto anteriormente citado, *supra*, ap. 1.1.

<sup>169</sup> *Ibíd.*, pp. 139 ss.

<sup>170</sup> *Ibíd.*, p. 117.

<sup>171</sup> *Vid.* «Die subjektiven Unrechtselemente», en GS, 89, 1924, pp. 270 ss.

Mezger, enfoca al estudio de los elementos subjetivos del injusto y a las causas de justificación, dentro de dos puntos de vista. En primer lugar, concluye que el consentimiento necesariamente tiene que ser conocido por el autor para tener eficacia. Para llegar a esta conclusión, analiza otras figuras como el error en el consentimiento, el consentimiento presunto y el consentimiento como negocio jurídico. El resultado de todo ello le indica que la teoría que se debe profundizar y aplicar, en el caso del consentimiento, es la llamada Teoría de la dirección de la voluntad, por ser el mismo interés creado por la dirección de la voluntad del titular del bien, de tal forma que el interés sobre dicho bien, también se pierde por la dirección de la voluntad, sin que sea relevante que el consentimiento se preste de forma expresa o mediante actos concluyentes (que son dos cuestiones distintas). En segundo lugar<sup>172</sup>, realiza un estudio del consentimiento como un hecho requerido por el autor o un hecho que se ha llevado a cabo objetivamente, para lo cual es de real importancia el resultado conseguido; Mezger, en este sentido y para fundamentar como elemento subjetivo del injusto, se apega a que el hecho ha sido requerido por el autor, y no el resultado que puede producirse muy posteriormente a la actuación del mismo; de esta manera, también se puede justificar al consentimiento en los delitos imprudentes. Como caso y ejemplo concreto, se tienen a las actividades curativas<sup>173</sup>, en donde el consentimiento se ve

---

<sup>172</sup> *Ibíd.*, pp. 278 ss.

<sup>173</sup> *Ibíd.*, pp. 282 ss., en relación al tratamiento curativo o terapéutico Mezger acepta el consentimiento como causa de justificación, siempre que se otorgue con fines terapéuticos, de esta forma, no se puede examinar el consentimiento en este campo, sino a los elementos subjetivos y no con respecto a los elementos objetivos, es decir, como justificación en la finalidad terapéutica, lo que el autor denomina una ampliación del ámbito de aplicación del consentimiento o de una causa de justificación autónoma. Como finalidad terapéutica, entiende toda finalidad de carácter diagnóstica, profiláctica y cosmética, por lo que es importante que se denomine el «bien individual del paciente»; para el efecto, es menester que toda intervención se produzca por el interés del otro y el autor obra, sin lugar a dudas con un ánimo de curar.



ampliado más allá de su esfera habitual, siempre y cuando los intereses generales lo justifiquen.

Sobre el consentimiento presunto<sup>174</sup>, el autor considera que la exclusión del injusto se fundamenta en que el consentimiento del lesionado excluye la antijuricidad del hecho; este consentimiento efectivo puede ser sustituido de una forma eficaz por el consentimiento presunto y para solventar las dudas sobre el tema, se debe mirar a la dirección de la voluntad del lesionado.

En relación a los negocios ajenos como causa de justificación, Mezger<sup>175</sup> advierte que este presupuesto no es una causa de justificación autónoma, sino, únicamente comparte los principios generales del consentimiento y del consentimiento presunto.

Von Hippel<sup>176</sup>, al referirse al consentimiento, divide los casos en tres grupos: a). En los delitos en los que la acción se realiza contra o sin la voluntad del lesionado, ocasionando falta de tipicidad; b). En los delitos específicos, en donde la propia Ley, expresamente, se refiere al consentimiento y c). En los delitos en los que el consentimiento debe ser analizado con apego al significado y a la protección del bien jurídico. Con respecto a los bienes jurídicos, el autor manifiesta que donde hay un interés privado opera el consentimiento y excluye la antijuricidad; pero donde existen intereses de terceros y públicos no tiene relevancia el consentimiento y, por ende, no queda excluida la tipicidad, pues, solo se puede disponer sobre los intereses privados. Conforme a su criterio, existen

---

<sup>174</sup> *Ibíd.*, pp. 288 ss.

<sup>175</sup> *Ibíd.*, pp. 294.

<sup>176</sup> Vid. en *Deutsches Strafrecht*, t. II: *Das Verbrechen. Allgemeine Lehren*, 1930, pp. 243 ss.

bienes jurídicos sobre los cuales se puede disponer; pero otros no son disponibles, y aun de los que se puede disponer, el hecho no debe ir en contra de la ley y de las buenas costumbres.

Con relación al caso más complicado, como es el consentimiento en las lesiones, Von Hippel<sup>177</sup> mantiene que el consentimiento es eficaz y excluye la antijuricidad, siempre que no se atente contra las buenas costumbres.

Sobre la figura de gestión de negocios ajenos, el autor<sup>178</sup> no considera que se pueda tratar únicamente de negocios jurídicos, sino cualquier caso en el que se atiendan asuntos ajenos. En este contexto, entre otros casos se encuentra la intervención médica, cuando no se puede obtener el consentimiento del paciente. Para la gestión de negocios ajenos es un requisito muy importante el actuar en interés del dueño, conforme a su voluntad efectiva o presunta, mientras que no se atente contra la ley y las buenas costumbres, Von Hippel finaliza con la consideración que esta figura es subsidiaria al consentimiento, y se la tendría como causa de justificación únicamente cuando no medie el consentimiento efectivo; sin embargo, este principio presentaría sus excepciones en casos concretos<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> *Ibíd.* pp. 245 ss.

<sup>178</sup> *Ibíd.* pp. 249 ss.

<sup>179</sup> *Ibíd.* pp. 257 ss., Von Hippel hace un estudio profundo sobre la actividad médica, en referencia a la actuación conforme a la *lex artis* y en discordancia con la misma. De esta forma, en las actuaciones médicas realizadas sin conformidad a la *lex artis* se estaría ante acciones objetivamente antijurídicas y punibles, como el homicidio o las lesiones imprudentes y el consentimiento, en este caso, no tendría papel alguno para validar la acción. Ahora bien, si se ha actuado conforme a la *lex artis*, la acción también se ubica dentro del tipo de lesión; pero, en este caso, es conforme a Derecho, aún en el caso que se den resultados no favorables. Que la actividad médica sea conforme a Derecho, se fundamenta, primordialmente, en que es una actividad aprobada por el Estado, y por otro lado, el actuar del médico se realiza siempre por el interés y conforme a la voluntad presunta del paciente. Sobre los experimentos médicos realizados en seres humanos con fines investigativos, serían conforme a Derecho, únicamente si contienen requisitos específicos como que se trate de un trabajo científico serio que se lleve a cabo por personas con conocimientos sobre el tema, que se evite cualquier sufrimiento superfluo,

### 1.2.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA-DOGMÁTICA EN ESPAÑA.

El Código penal español no menciona al consentimiento como una causa de justificación dentro del artículo 8; pero, sí alude a este instituto jurídico en algunas disposiciones de la Parte Especial.

Ante ello, la doctrina española históricamente ha tratado al consentimiento justamente en relación con los tipos penales en donde de una forma expresa se refieren al consentimiento y cuyo efecto sería la exclusión de la tipicidad<sup>180</sup>, Los problemas en torno al consentimiento se han dado primordialmente dentro del tratamiento médico y de las lesiones deportivas, a partir de lo cual, se han presentado doctrinarios defensores de la Teoría diferenciadora<sup>181</sup> y, por otro lado, no se ha hecho esperar los planteamientos de autores españoles que defienden la Teoría unitaria del consentimiento<sup>182</sup>. Estos planteamientos siguen vigentes dentro de la dogmática española hasta la actualidad; aunque con diferencias en las argumentaciones defendidas<sup>183-184</sup>.

#### 1.2.3.1. DEFENSORES DE LA TEORÍA DIFERENCIADORA

---

y, por último, debe darse el consentimiento sobre las lesiones que puedan resultar, lo que excluye al consentimiento otorgado por representantes legales.

<sup>180</sup> Vid. Jiménez de Asúa, TDP IV, 3.<sup>a</sup> ed. Lozada, Buenos Aires, 1976, ap. 1434

<sup>181</sup> Vid. Cobo del Rosal, Del Rosal, Rodríguez Morrullo, Derecho Penal español, PE, Los autores, Madrid, 1962, pp. 437.

<sup>182</sup> Vid. una mayor explicación de estas teorías, infra. ap. 1.3.2.2.

<sup>183</sup> En este sentido, De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», pp. 58 – 59.

<sup>184</sup> Un debate dogmático similar se dio en el caso del «*versari in re illicita*», así, Torio López, «*Versari in re illicita*» y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio, ADPCP, 1970, pp. 17 ss.; Cerezo Mir, «El *versari in re illicita* y el párrafo tercero del artículo 340 bis, A, del Código penal español», en «Problemas actuales de las ciencias penales», L H, al Prof. Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970; García Vitoria, «cuestiones sobre la naturaleza del caso fortuito y la Reforma de 1983», AAVV, en Estudios penales en memoria del Prof. Fernández-Albor, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, pp. 340 ss.

Dentro de los autores que exponen su argumentación dentro de esta teoría y apoyan la misma, se encuentran los siguientes:

Cobo del Rosal y Vives Antón<sup>185</sup> sostienen que el consentimiento obra como causa de justificación, cuya cobertura formal se encuentra en el ejercicio legítimo de un derecho, este último referido en el Código penal como causa de justificación en el artículo 8 y, en definitiva, lo que vendría a justificar la lesión del bien jurídico es precisamente el ejercicio legítimo de la profesión. Dentro de esto, no se le otorga al consentimiento una cualidad de justificar por sí mismo el hecho, sino en medida de que vaya acompañado por el ejercicio de la profesión conforme al Ordenamiento jurídico, es decir, que dicha profesión tenga un reconocimiento legítimo. En definitiva, del consentimiento se deriva un derecho para realizar el hecho típico; pero a la vez, y al sepultar la mera consideración del consentimiento como un negocio jurídico, se considera que no es necesaria una declaración expresa, a no ser que la misma Ley lo requiera<sup>186</sup>.

Rodríguez Devesa<sup>187</sup> fundamenta al consentimiento y a su eficacia como una causa de justificación y lo hace dentro del principio de ausencia de interés, al respecto indica que el consentimiento del titular de un bien jurídico disponible, es decir, sobre el cual tiene el derecho de disponer, excluye la antijuricidad del hecho.

---

<sup>185</sup> Vid. en DP.PG, 3.<sup>a</sup> ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1990, pp. 375 ss.

<sup>186</sup> Mir Puig, DP, PG, 6.<sup>a</sup> edic., pp. 501, critica la conducción de la reconducción del consentimiento al ejercicio de un derecho, oficio o cargo (art. 20, 7.<sup>o</sup> CP), basándose en el caso del curandero que sin tener un título profesional, efectúa una intervención quirúrgica exitosa con el consentimiento del paciente, así, incurriría en el delito de lesiones o de coacciones, por lo que estima que en este caso se debería castigar únicamente el delito de intrusismo.

<sup>187</sup> Vid. en DP, PG, 8.<sup>a</sup> ed. El Autor, Madrid, 1981, p. 486.

Cerezo Mir<sup>188</sup> considera al consentimiento como una causa de justificación, y lo fundamenta dentro del principio de ponderación de intereses o del principio del interés preponderante; así afirma que el consentimiento tiene carácter de causa de justificación, siempre y cuando, el derecho otorgue prelación al valor de la libertad de la actuación de la voluntad, frente al desvalor de la acción y al desvalor del resultado, que vendría a ser la lesión del bien jurídico<sup>189</sup>.

Casas Baquero<sup>190</sup>, al seguir el planteamiento anterior, estima que el consentimiento opera como causa de justificación, cuando se produce una colisión entre el principio de autonomía de la voluntad, la libertad personal y el bien jurídico, por lo tanto, se debe considerar al consentimiento como causa de justificación con base en la voluntad del titular del bien jurídico disponible. En conclusión, el consentimiento es una causa de justificación, y a la vez es un consentimiento relevante por la ponderación de bienes o valores, es decir, la ponderación entre la libertad de autodeterminación del titular del bien jurídico, con el bien jurídico concretamente lesionado<sup>191-192</sup>.

Quintero Olivares<sup>193</sup>, a más de afirmar que el consentimiento excluye la tipicidad y es una causa de antijuricidad, suma el hecho de que también puede ser considerado como una causa de exclusión de la antijuricidad.

---

<sup>188</sup> Vid. en «El Consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación» AAVV, LH. a Rodríguez Devesa I, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Universal de Educación a Distancia, 1989, pp. 213.

<sup>189</sup> Vid. infra, ap.1.3.1.3, la posición adoptada se basa en la argumentación de Noll.

<sup>190</sup> Vid. en «El Consentimiento...», pp. 35 ss.

<sup>191</sup> *Ibíd.*, pp. 54 ss.

<sup>192</sup> En contra, entre otros: de la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», p. 60, critica a los planteamientos tanto de Cerezo Mir como de Casas Baquero, y los califica de poco convincentes, debido a que el valor social, para proteger bienes jurídicos individuales, se fundamenta precisamente en garantizar las condiciones mínimas de la libertad del individuo, de esta forma es problemático ver una colisión y ponderación entre la libre disposición y el bien jurídico protegido.

<sup>193</sup> en «El Consentimiento en Derecho Penal español», CDJ, 1993, pp. 7 ss.

Para decir lo último, se fundamenta en que existen casos en los que el consentimiento determinaría la inexigibilidad de otra conducta; cita como ejemplo al delito de allanamiento de morada, que desembocaría con el enfrentamiento entre el propietario y el morador y se derivaría la no exigibilidad de cierta conducta a un tercero dentro del conflicto.

Finalmente, Romeo Casabona<sup>194</sup> considera que la eficacia del consentimiento se fundamenta en la relación que tiene el sujeto pasivo con la naturaleza de los bienes titulados; es así, que la disposición de determinados bienes jurídicos, por parte de su titular, es un acto de disposición que realiza a través del consentimiento; de esta forma sería de establecer cuáles son los efectos jurídicos que plantea el consentimiento jurídico relevante que, en algunos casos, junto al bien jurídico se protege la libertad de disposición y, como consecuencias, en estos se produciría una exclusión del tipo; pero, en otros casos, la voluntad del sujeto pasivo no constituye un elemento del tipo; en este supuesto, se estaría ante una causa de justificación<sup>195</sup>.

### **1.2.3.2. DEFENSORES DE LA TEORÍA UNITARIA**

En relación al Derecho español, Mir Puig<sup>196</sup> afirma que es posible admitir la eficacia del consentimiento, cuando el tipo lo requiera expresa o

---

<sup>194</sup> Vid. en El Consentimiento en las lesiones, en el proyecto de Código penal de 1980, CPC, núm. 17, 1982, pp. 275 ss.; el mismo en El médico y el Derecho penal, La actividad curativa, (licitud y responsabilidad penal), Bosch, Barcelona, 1981, pp. 275 ss.

<sup>195</sup> En contra, Segura García, en El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 60 ss., en resumen, considera que el argumento de Romeo Casabona conduce a aceptar delitos pluriofensivos, donde se protegería, por un lado, la libertad de disposición y por otro, el propio sustrato materia del bien jurídico, y a su criterio, en todos los casos, la existencia de la voluntad del titular del bien jurídico vendría a impedir la lesividad de la conducta, por ende, el hecho no tiene relevancia penal.

<sup>196</sup> Vid. en DP. PG., p. 501.

tácitamente, como sucede en los casos de «acuerdo»; pero, es más problemático admitir al consentimiento como causa de justificación, por no ser previsto como tal dentro del Código penal, excepto el consentimiento justificante que señala el tipo de lesiones (artículo 156). Sin embargo, pueden quedar justificadas las conductas típicas que, en base al artículo 10 del Código penal, aparezcan como una forma del libre desarrollo de la personalidad de quien consiente en el hecho, razón por lo que en algunos casos, el mismo principio constitucional determinaría la imputación del hecho sobre el que consciente y la falta de imputación objetiva de quien actúa amparado en el consentimiento<sup>197</sup>.

Bacigalupo Zapater<sup>198</sup>, se pronuncia que, en definitiva, la protección penal se produce cuando se está protegiendo al bien jurídico; en este caso, importa la lesión al bien jurídico como ámbito de dominio del sujeto pasivo, y no el sustrato material, lo que en definitiva excluye la tipicidad del hecho.

López Barja de Quiroga<sup>199</sup>, defensor de esta teoría, luego de realizar un breve estudio del bien jurídico, concluye que siempre se tendrá en cuenta la libertad de la persona como núcleo del sistema constitucional sin excluir ciertos límites que se pueden colocar a la libertad, y esto es lo que en definitiva fundamenta a los bienes disponibles, su disposición y el tratamiento del consentimiento como una causa de antijuricidad.

---

<sup>197</sup> En contra de la argumentación propuesta por el autor: de la Gándara Vallejo «Consentimiento...», p. 61, Bacigalupo Zapater, «El Consentimiento del lesionado en los delitos contra la vida y la integridad física» CPJ, núm. Especial XII, pp. 147 ss. considera que esta argumentación no fundamenta el consentimiento como exclusión del tipo, sino solo como una causa de justificación; es más, es discutible que el consentimiento no guarde analogía con las demás causas de justificación, al contrario el consentimiento se puede reconducir al principio de interés preponderante.

<sup>198</sup> Vid. en Principios de Derecho español, 5ª edic., Akal, Madrid, 1998, p. 200.

<sup>199</sup> Vid. en «El Consentimiento... », pp. 6 y 13.

A juicio de Polaino Navarrete<sup>200</sup>, no se debe admitir la idea de que ante el acuerdo, el consentimiento deje inmune la lesión típica, tanto en el acuerdo como en el consentimiento, el riesgo realizado por un tercero presupone sobre todo, el derecho de autodeterminación del sujeto, en ambos casos: en el acuerdo y en el consentimiento se afectaría a la tipicidad de la acción. Esto se fundamenta en el hecho de que es el sujeto quien, dentro de su propio ámbito de autonomía, dispone de los bienes que son de su titularidad, y al otorgarse un consentimiento válido, excluiría *ad initio*, cualquier incidencia lesiva de su propio ámbito de organización.

Segura García<sup>201</sup> considera que la solución se encuentra en el ámbito de la atipicidad y no de la antijuricidad. Dentro de la tipicidad penal, resulta primordial la fundamentación del injusto y, por ende, la delimitación de lo que es penalmente relevante para el Derecho penal<sup>202</sup>.

### **1.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO: FUNDAMENTOS SOBRE LA EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO Y TEORÍAS DOGMÁTICO-JURÍDICO-PENALES SOBRE SU SISTEMATIZACIÓN**

---

<sup>200</sup> Vid. en «Alegato a favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad», CPC, núm. 82, 2004, pp. 197-198.

<sup>201</sup> Vid en «El Consentimiento...», pp. 106.

<sup>202</sup> De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», pp. 45 ss. en un estudio amplio de la dogmática italiana sobre el consentimiento, señala que es importante indicar que al contrario de la legislación alemana y de la legislación española, en el ordenamiento italiano se contempla al consentimiento dentro de las causas de justificación, tal como indica el art. 50 CPI; a pesar de ello, la doctrina italiana también mantiene los casos de acuerdo «accordo» y consentimiento «consenso», e indica que lo expuesto en el CP es para los casos de consentimiento como causa de justificación pero no para el consentimiento previsto como elemento constitutivo del delito, donde se excluiría la tipicidad del hecho.



Sin dejar de lado la evolución de la Teoría del consentimiento, pues, la disconformidad doctrinaria que se presenta lo convierte en una institución en constante evolución, se hará relevancia a otros aspectos importantes para el tratamiento del consentimiento. Así, dentro de un marco general, se trata de ubicar la eficacia del consentimiento sobre la disposición de bienes jurídico-penales, dependiendo del tipo de Estado al que se suscriba cada legislación, de tal forma que, en Estados de corte totalitarista, la disposición sobre bienes jurídico-penales será nula o casi nula y, por el contrario, en estados con una concepción liberal, se otorgará mayor relevancia a la libertad del individuo para disponer sobre bienes jurídico-penales, cuya protección siempre ha sido función del Estado. En relación a lo dicho, se plantea que el problema del consentimiento esta relacionado al *Ius puniendi* del Estado y al cuestionamiento de si el Estado debe seguir con la protección de bienes jurídicos, cuando es el mismo titular quien renuncia a dicha protección, razón por la cual, el problema del consentimiento estaría relacionado con los problemas de los límites del *Ius puniendi*<sup>203</sup>, incluso, últimamente se ha sostenido que este principio tiene entre sus límites, a la autodeterminación del ciudadano sobre los bienes jurídicos de los que puede disponer, con lo que se daría relevancia a la voluntad del titular y al concepto de bien jurídico<sup>204</sup>.

Como primera parte en este apartado, se hará alusión al fundamento material de la relevancia del consentimiento, especialmente en relación a la Teoría del negocio jurídico inicial y a los principios a los cuales el consentimiento puede responder, propios de las causas de justificación. Y en una segunda parte, se enuncian las teorías principales sobre la

---

<sup>203</sup> Vid. sobre el tema, Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., pp. 107 ss.

<sup>204</sup> Conforme a ello, entre otros: López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 33 ss; Segura García, «El Consentimiento...», pp. 42 ss; Casas Baquero, «El Consentimiento...», pp. 19 ss.

sistematización del consentimiento y la posible ubicación dentro de la Teoría del delito como causa de justificación y como exclusión del tipo, por menor que ya se vio a lo largo de la misma evolución del consentimiento como institución. De tal manera, que en este apartado se pretende dar una brevísima panorámica de las teorías que han tratado de justificar la eficacia del consentimiento como institución dentro del Derecho penal.

### **1.3.1. TEORÍAS SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO**

**1.3.1.1. TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO.** Esta teoría elaborada por Zitelmann<sup>205</sup>, aparece en 1909 y es sin duda, uno de los primeros intentos argumentativos en buscar la eficacia del consentimiento. La Teoría sostiene que el consentimiento es un negocio jurídico en el cual el autor del negocio actúa amparado en un derecho propio y revocable, así queda excluida la antijuricidad del hecho, tanto en el Derecho civil como en el Derecho penal.

**1.3.1.2 TEORÍA DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DEL TITULAR.** Esta teoría, en sustitución de la anterior, señala que el titular del bien jurídico protegido por el Derecho y amparado por el derecho de autodeterminación, puede renunciar a dicha protección por parte del Ordenamiento; igualmente, puede facultar a un tercero para que intervenga sobre el bien. Esta consideración también se denomina como ausencia de interés o renuncia sobre el bien jurídicamente protegido por parte del titular del mismo<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> Vid. en «AusschlB...», pp. 207 ss; supra, ap. 1.2.2.

<sup>206</sup> Entre otros: Honig, «Die Einwilligung...», pp. 116 ss.; Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89, 1924, pp. 270 ss.; Lenckner, ZStW 72, 1960, p. 453; Maurach, Deutsches Strafrecht, AT, 3ª edic., 1965, p. 283; Welzel, Das Deutsche

**1.3.1.3. TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS O VALORES.** Frente a las teorías anteriores, Noll sostiene que la eficacia del consentimiento radica en la ponderación de intereses o valores, y excluye la antijuricidad del hecho cuando la libertad de disposición del titular resulta ser el interés o valor preponderante<sup>207</sup>. El autor considera que el consentimiento es una causa de justificación supralegal, es decir, aquellas con las que el juez colma lagunas legales, y es propio de este tipo de causas de justificación aparecer formalmente antijurídicas; pero desde un punto de vista material y de interpretación teleológica no son antijurídicas<sup>208</sup>.

La contribución más relevante del autor, radica en las observaciones que realiza de las teorías anteriores y sobre las que fundamenta la eficacia del consentimiento, de esta manera, es crítico con la renuncia de la protección del titular del bien jurídico y del hecho de que se pueda renunciar sobre ciertos bienes y no sobre otros y, a su criterio, la afirmación de bienes disponibles y no disponibles es carente de significado. Por otro lado, también critica la necesidad de conducir al consentimiento a un principio de ausencia de interés<sup>209</sup>. Concluye, que el problema del consentimiento, radica en la valoración subjetiva que tiene el lesionado y la valoración objetiva de la ley; por ende, las posibilidades del consentimiento de ser eficaz como causa de justificación, depende del acercamiento que se haga a la valoración subjetiva que tiene el lesionado, es decir, sus motivos y fines, y a la valoración objetiva de la ley<sup>210</sup>.

---

Strafrecht, 11.<sup>a</sup> edic., 1969, p. 95, Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, pp 17 ss.

<sup>207</sup> En este sentido: de la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», p. 68.

<sup>208</sup> Vid. Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten, 1995, pp. 2 ss.

<sup>209</sup> De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», p. 69.

<sup>210</sup> Vid. Noll, «Übergesetzliche...», p. 56 ss.

**1.3.1.4. TEORÍA QUE CUESTIONA EL PRINCIPIO DE UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.** Esta corriente, cuyo máximo expositor es Günter, quien sostiene que los presupuestos del consentimiento penal no tienen que ser los mismos que los que se presentan en el Derecho civil<sup>211</sup>, así, propone la existencia de una especial antijuricidad penal, por lo que divide las causas de justificación en dos grupos: el primero excluiría la tipicidad, en la que se encuentra el consentimiento presunto y, en el segundo, se encontrarían las causas de justificación que contienen una aprobación jurídica general, como la legítima defensa y el estado de necesidad<sup>212</sup>.

**1.3.1.5. PRINCIPIOS FUNDAMENTADORES DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.** Hasta el momento, no se ha conseguido establecer una sistematización provechosa de las causas de justificación, en parte debido a que los factores que conducen a la exclusión de la tipicidad del hecho son varios y las causas de justificación provienen de todo el Ordenamiento jurídico<sup>213</sup>. Sin embargo, la doctrina ha intentado encontrar principios supraordenadores de las causas de justificación, como también hallar y formular nuevas causas, pues, dentro de este marco han surgido diversas teorías<sup>214</sup>.

**1.3.1.5.1. TEORÍAS MONISTAS.** Dentro de estas, la más destacada fue defendida principalmente por Zu Dohna en Alemania, y De Marisco en

---

<sup>211</sup> De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», p. 71.

<sup>212</sup> Vid. Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, edic., Sciengifiche Italiane, 1996, p. 24.

<sup>213</sup> *Ibíd.*, p. 43.

<sup>214</sup> Vid. Rodríguez Morullo, «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuricidad» en AAVV, *Estudios penales*, L.H. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 512.

Italia. El primero pretendía sistematizar las causas de justificación con la consigna del «medio justo para un fin justo». De esta forma, determinada acción podía entenderse dentro de este principio como una orden de protección para la cultura social<sup>215</sup>.

**1.3.1.5.2. TEORÍAS PLURALISTAS.** Para estas, es de real importancia la defendida por Mezger, quien estima que las causas de justificación se derivan de dos principios: a) El principio de ausencia de interés, al amparo de este el titular del bien jurídico renuncia a la protección que el Ordenamiento otorga al bien, y es aquí donde se encuentra el consentimiento y b) El principio de interés preponderante, indica que el bien de mayor valor prevalecerá sobre el bien de valor menor; este principio fundamenta la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento del un deber, cargo u oficio<sup>216-217</sup>.

**1.3.1.5.3. ACTUAL TEORÍA DOMINANTE.** La tendencia actual es la renuncia a las teorías monistas y la exposición en forma de catálogo abierto de las causas de justificación, al margen de reagruparlas por finalidades comunes. Para la dogmática actual, es imposible señalar un único principio fundamentador de las causas de justificación; junto a ello, se señala que algunas causas obedecen a la suma de varios principios<sup>218</sup>.

---

<sup>215</sup> Vid. De Marisco: DP. PG, Nápoles, 1969, pp. 105 ss.

<sup>216</sup> Vid. Rodríguez Morullo, «Consideraciones...», p. 512.

<sup>217</sup> Jakobs, S. AT, Berlín-New York, 2.<sup>a</sup> edic. 1991, 11/3, en adhesión a la Teoría pluralista, reconoce tres principios y hacia estos reconduce las causas de justificación: el principio de responsabilidad (o también de la determinación de las condiciones) por parte de la víctima de la agresión, el principio de definición del interés de la víctima de la agresión misma y el principio de solidaridad.

<sup>218</sup> Vid. Rodríguez Morullo, «Consideraciones...», p. 512.

Concretamente, sobre el principio de ausencia de interés, ya indicado en las teorías pluralistas y que fundamenta al consentimiento<sup>219</sup>, también se le conoce como principio de autodefinición de intereses propios<sup>220</sup>, lo que Jakobs<sup>221</sup> denomina como el principio de definición de los intereses por el afectado<sup>222</sup>.

### 1.3.2. TEORÍAS SOBRE SU SISTEMATIZACIÓN

#### 1.3.2.1. TEORÍA DIFERENCIADORA O DUALISTA

La Teoría dualista tiene su origen como se vio en la sistematización realizada por Geerds<sup>223</sup>, el autor, al dividir al consentimiento en acuerdo y consentimiento en sentido estricto, hace que estos contengan dos constelaciones de casos diferentes con consecuencias jurídicas diversas<sup>224</sup>. Dentro de este criterio se encuentra la doctrina mayoritaria alemana<sup>225</sup> y española<sup>226-227</sup>.

---

<sup>219</sup> Ídem.

<sup>220</sup> En este sentido, Baldó Lavilla, Estado de necesidad y legítima defensa, Bosch Ed., Barcelona, 1994, p. 49.

<sup>221</sup> Vid. infra, n. 88.

<sup>222</sup> Vid. supra, PT, cap. VII, sobre el principio del consentimiento en la materia que se estudia en este Trabajo.

<sup>223</sup> Vid. supra, ap. 1.2.2.

<sup>224</sup> Vid. Polaino Navarrete, «Alegato...», p. 164.

<sup>225</sup> Vid. Roxin, DP. PG, 2ª edic., pp. 512 y n. 8, señala como doctrina mayoritaria de acuerdo con la distinción a: Blei, Bockelmann/Volk, Geppert, Jescheck y Jackobs, este último distingue entre acuerdo excluyente del tipo, consentimiento excluyente del tipo y consentimiento justificante. La jurisprudencia alemana, en sentencia BGHSt 23, 3 para el § 236 se refiere al acuerdo como excluyente del tipo y la BGHSt 17, 360 para el § 223, BGHSt 23 3 ss. para el § 185, admite el consentimiento justificante. Más sobre el tema, infra, II, B).

<sup>226</sup> Vid. López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 5, aclara que: «la distinción desde el punto de vista terminológico no es excesivamente convincente, pero, sí resulta adecuada en el orden expositivo»; De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», p. 75, señala, que si bien la doctrina española traduce el término como acuerdo, la terminología así empleada no es la más adecuada, por la que la autora prefiere emplear el término: «conformidad».

### 1.3.2.1.1. ACUERDO

El acuerdo (*Einverständnis*) conlleva la conformidad del afectado<sup>228</sup>. Según el criterio de Geerds y de la doctrina dominante el acuerdo excluye el tipo<sup>229</sup>; así, para llevarse a cabo la acción, el sujeto activo cuenta con la voluntad del sujeto pasivo, por lo que resulta eliminada la tipicidad del hecho<sup>230</sup>.

Los delitos que se refieren a estos casos<sup>231</sup>, van dirigidos contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio se tienen a los delitos contra la libertad, las detenciones ilegales, las coacciones o el allanamiento de morada. Esto ocurre también en los delitos donde no se ataca directamente la voluntad ajena sino otros bienes jurídicos<sup>232</sup>, como es el caso de los delitos patrimoniales, dentro de los cuales existe la voluntad del sujeto pasivo en la entrega de la cosa, por lo que ni tan siquiera se puede configurar el concepto de las modalidades de sustracción: robo y hurto<sup>233-234</sup>.

---

<sup>227</sup> Entre quienes se refieren a la sistematización alemana, se tiene entre otros: Mir Puig, DP.PG., 6ª edic., p. 698; Polaino Navarrete, «Alegato...», p. 164; Casas Baquero, El consentimiento...», pp. 31ss; más sobre el tema vid. supra, ap. 1.2.3.

<sup>228</sup> Vid., DP. PG., 6ª edic., p. 498.

<sup>229</sup> Vid. Roxin, DP. PG., 2ª edic., p. 512.

<sup>230</sup> En este sentido, Mir Puig, DP. PG., 6ª edic., p. 498.

<sup>231</sup> Ídem.

<sup>232</sup> Vid. López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 6.

<sup>233</sup> Vid. Mir Puig, DP.PG., 6ª edic., p. 498, la ley permite en ocasiones reconocer estos casos, debido a que de una forma expresa requieren la manifestación de la voluntad por parte del sujeto pasivo; arts. 202 y 234 del CP; pero es mayor el número de casos, en los que se produce una exigencia implícita, por ejemplo en el delito de detenciones (art. 163 CP); en el mismo sentido, Casas Baquero, «El Consentimiento...», p. 32.

<sup>234</sup> Con igual criterio, Casas Baquero, *Ibíd.*, p. 31, considera que el grupo de casos en los que se encuentran el hurto, la violación o el allanamiento de morada, junto a la protección del bien jurídico se protege la libertad de disposición sobre el bien, y en el otro grupo de casos, lo que se está protegiendo es precisamente la libertad de disposición del bien jurídico como en las detenciones ilegales, coacciones y delitos contra la libertad en general.

Precisamente, por el consentimiento del sujeto pasivo no se lesiona el bien jurídico protegido, lo que ocasiona la exclusión de la tipicidad<sup>235</sup>. Al respecto, existe un criterio unánime por parte de la doctrina mayoritaria<sup>236</sup>.

#### **1.3.2.1.2. CONSENTIMIENTO EN SENTIDO ESTRICTO**

El consentimiento en sentido estricto (*Einwilligung*)<sup>237</sup> es prestado por el portador del bien jurídico, y el hecho de consentir tiene efecto únicamente como causa de justificación; pero no excluye la tipicidad<sup>238</sup>. El grupo de casos que incluyen al consentimiento en sentido estricto, se refieren a la disposición de los bienes jurídicos sobre los que se puede consentir, el consentimiento sobre el hecho no implica que no se de la lesión del bien jurídico<sup>239</sup>.

En esta área se analiza la disposición sobre los bienes jurídicos que tienen un valor autónomo para la colectividad, siempre que sean disponibles, así, el sujeto al consentir no elimina con ello la lesión o puesta en peligro del bien, aquí el consentimiento no operaría excluyendo el tipo, sino en otro estadio, como causa de justificación. En este sentido, se ha centrado la discusión en que en ciertos delitos donde se encuentran valores autónomos de la comunidad, se presenta un conflicto entre la integridad de estos bienes y la libertad de autodeterminación de la persona, y es donde el consentimiento opera como causa de justificación al producirse un mínimo de daño o peligro para el bien<sup>240</sup>.

---

<sup>235</sup> Ídem.

<sup>236</sup> Vid. Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 499.

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 499.

<sup>238</sup> Vid. Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 512.

<sup>239</sup> En este sentido: Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 498; Polaino Navarrete, «Alegato...», p. 165.

<sup>240</sup> Con este criterio, Casas Baquero, «El Consentimiento...», pp. 33-36.



En este grupo de casos se tiene al consentimiento en las lesiones, es así, que en los supuestos de intervenciones quirúrgicas, a pesar de mediar el consentimiento válido y eficaz del sujeto, se produce una lesión del bien jurídico: integridad física. Por ello, se enfatiza que en estos casos obra una causa de justificación, pues, se produce la lesión de un bien jurídico disponible<sup>241</sup>. Al obrar el consentimiento como causa de justificación, es necesario encontrar al principio justificante que se ha tratado de ubicar en la Teoría de negocio jurídico, la ausencia de interés, la ponderación de bienes y la más moderna de ellas: la valoración social<sup>242-243</sup>.

Como criterio muy extendido se sostiene que la eficacia del consentimiento esta en función del bien jurídico que se trate, y se debe determinar en cada tipo penal<sup>244</sup>.

### **1.3.2.1.3. DISTINCIONES ENTRE ACUERDO Y CONSENTIMIENTO**

Las principales diferencias sistematizadas por Roxin<sup>245</sup> que se presentan entre acuerdo y consentimiento, resaltan el carácter predominantemente «fáctico» del acuerdo, frente al carácter prioritariamente «jurídico» del consentimiento, las distinciones derivadas de la diferenciación, tienen especial relevancia para el tratamiento de casos prácticos<sup>246</sup>.

---

<sup>241</sup> Mir, DP. PG, p. 498.

<sup>242</sup> Vid. López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 13; más sobre el tema, infra 3. A).

<sup>243</sup> Vid. Jescheck, TDP, I, cit., p. 516, sobre la valoración social, cit. por López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 13, n. 35.

<sup>244</sup> En este sentido, entre otros: Casas Baquero, «El Consentimiento, pp. 36 –38; Romeo Casabona, «El médico...», p. 405.

<sup>245</sup> Vid. Roxin, DP. PG., 2ª edic., p. 513.

<sup>246</sup> Vid. se sigue la sistematización de diferencias elaborada ibíd, pp. 513 ss., y la mención de estas, efectuada por Polaino Navarrete, en «Alegato...», pp. 170 ss.

– **Manifestación de la voluntad.** El acuerdo trata únicamente sobre la voluntad interna de quien consciente, a pesar de que dicha voluntad no se manifieste exteriormente, mientras que el consentimiento es reconocible por palabras o acciones.

– **Tipo de voluntad.** El acuerdo necesita de la voluntad natural de la víctima (aunque padezca de retraso mental); pero, como requisito para la eficacia del consentimiento, el afectado debe ser mentalmente capaz.

– **Vicios del consentimiento.** En el acuerdo, los vicios de la voluntad como el error, el engaño y la fuerza son irrelevantes, mientras que en el consentimiento, los vicios hacen que es carezca de eficacia.

– **Función de las buenas costumbres.** En lo relacionado al acuerdo, queda de lado la mención a las buenas costumbres; pero el consentimiento se debe otorgar siempre conforme a ellas, es decir, que no vaya en contra de lo que establecen las buenas costumbres<sup>247</sup>.

– **Ubicación sistémica.** En el caso del desconocimiento por parte del autor de la voluntad del portador del bien jurídico, se presenta un planteamiento diferente, por lo tanto, el acuerdo será tomado como una tentativa, porque no se realiza el tipo objetivo, mientras que en el consentimiento se está frente a un delito consumado debido a la existencia del resultado y de dolo por parte del autor.

– **En cuanto al error.** En el supuesto de una aprobación errónea existente por parte de la víctima, el acuerdo excluye el dolo, y en el consentimiento se tiene en cuenta como causa de justificación.

---

<sup>247</sup> Concretamente, la legislación alemana hace referencia a las buenas costumbres.

#### **1.3.2.1.4. DESARROLLO RECIENTE DE LA TEORÍA DIFERENCIADORA**

Últimamente, la Teoría diferenciadora ha ofrecido algunas posturas que variarían los planteamientos originarios expuestos por Geerds, tanto en la dogmática alemana como en la española; es el caso de las consideraciones realizadas por Jakobs y Luzón Peña<sup>248</sup>.

Jakobs<sup>249</sup>, que en un inicio se presenta partidario de la Tesis de Geerds, posteriormente<sup>250</sup>, elabora una sistematización tripartita del consentimiento, como: acuerdo, consentimiento excluyente de la tipicidad y consentimiento excluyente de la antijuricidad.

Dentro del acuerdo<sup>251</sup>, se debe tener en cuenta que el sujeto se encuentra ante un bien jurídico disponible y el consentimiento excluye la tipicidad del hecho, por lo que queda únicamente dentro de la incumbencia de quien consciente. Por otra parte, los ataques típicos a esta clase de bienes, pueden producirse en relación a dos circunstancias: a). El mismo autor destruye el bien sin la voluntad del titular o b), el autor, conduce al titular del bien para que renuncie a él (mediante coerción o engaño). Como consecuencias de estas dos modalidades de ataques, que serán en todo caso una regla general, las mismas variarían por las disposiciones de la Parte especial en cada tipo concreto, de tal forma, que estas especificaciones del tipo, pueden prever en algunos delitos una intervención directa, como el hurto o el robo, en

---

<sup>248</sup> En este sentido, Segura García, «El Consentimiento...», p. 77.

<sup>249</sup> Vid. en S. AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Berlín, Nueva York, 1983, pp. 198 ss.

<sup>250</sup> Jakobs, DP. PG. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de la 2.<sup>a</sup> edic., alemana: Cuello Contreras y Serrano González de Murrillo, Madrid, 1997, pp. 289 ss.

<sup>251</sup> *Ibíd.*, pp. 294 ss.

donde la sustracción debe realizarse directamente por el sujeto activo, mientras que en los otros delitos, se daría una intervención indirecta con la exigencia de un consentimiento condicionado típicamente. Con ello, el otorgamiento de dicho consentimiento de una manera distinta a la prevista por el tipo, excluirían la tipicidad: es el caso del delito de estafa, en el que se excluye la coacción, mientras que en el de extorsión queda excluido el engaño. Únicamente serían en los casos de acuerdo, en los que el consentimiento que excluye el tipo, conforme a las especialidades exigidas en la Parte Especial; aquí, el consentimiento que excluye la tipicidad se vería fundamentado, ya sea: «por el abandono de un bien basado en la voluntad digna de respeto» o porque se «requiere una situación a la que pertenece necesariamente el abandono del bien».

Sobre el consentimiento excluyente de la tipicidad<sup>252</sup>, por una parte, el autor considera que el titular de un bien disponible tiene pleno derecho a disponer sobre este, por ser el titular del mismo, lo que excluye la tipicidad y, por otra, no se estaría dentro del acuerdo, sino del consentimiento, y aquí es la voluntad del titular en lo que en sí es injusto, lo que excluye la valoración negativa del resultado; por ende, se estaría ante un consentimiento excluyente de la tipicidad.

Para abordar el consentimiento como exclusión de la antijuricidad, primero se debe mencionar que Jakobs considera la existencia de bienes disponibles por su titular (patrimonio, propiedad); dentro de este tipo de bienes, también son bienes disponibles por su titular (integridad física, honor, libertad ambulatoria), siempre y cuando sean medios para desarrollarse libremente; pero que no constituyen la base misma de dicho desarrollo, los bienes que el autor denomina como intercambiables. Frente a ello, existen

---

<sup>252</sup> Vid. *ibíd.*, p. 293 ss.

tipos legales que protegen bienes jurídicos que no tienen esta característica de intercambio, en los que el legislador no protege directamente la autonomía del individuo, sino que lo hace indirectamente y de una forma objetivada en el suceder típico, por lo que, lo objetivado (el tipo) puede estar realizado aunque no concurra ninguna vulneración de la autonomía. La utilización de los bienes sin función de intercambio, se emplea de manera excepcional, y su solución no está determinada únicamente por el consentimiento, sino se debe tener en cuenta el contexto en el que se produce la situación, y es en función de ese contexto, que el consentimiento operará excluyendo el tipo o excluyendo la antijuricidad. Por lo anterior, el consentimiento como exclusión de la antijuricidad, solamente tiene operatividad en aquellas situaciones en las que la voluntad del facultado no es suficiente para intervenir sobre sus bienes, sino que debe darse un uso razonable de estos, y aquí, desde el punto de vista de la Teoría de la ponderación, se confrontarían «la importancia social del ejercicio de las posibilidades de disposición» con «el interés general en la conservación de los bienes»; en concreto, por un lado, se ponderaría la puesta en peligro de la existencia general de determinados bienes a través de la inobservancia de las máximas de conducta generalmente esperada y, por otro, la voluntad del autorizado a disponer junto con el uso racional que debe darle al bien. Como consecuencia de la ponderación, y si el motivo a de resultar suficiente, se daría una justificación o, en el peor de los casos, una disminución del contenido del injusto<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup> Como ejemplo ilustrativo, Jakobs señala el caso de la extirpación de un riñón con el consentimiento del donante para la realización de un trasplante, que podría ser fundamentada dentro de un contexto de situación excepcional, caso que difiere de una transfusión de sangre.

Por su parte, Luzón Peña<sup>254</sup> se adhiere a una última e importante corriente doctrinal y sostiene que es necesaria la construcción de una categoría intermedia entre las causas de exclusión de la tipicidad y las de justificación. Para ello, considera que existen dos tipos de causas de atipicidad: las causas de exclusión del tipo indiciario y las causas de exclusión del tipo penal o del injusto penal. Entre las causas que excluyen el tipo indiciario y, por ende, la conducta no es penalmente relevante, se encuentran los que a pesar de responder a la descripción legal no atacan al bien jurídico o lo hacen de una forma mínimamente relevante, de tal forma, que sino se produce ningún indicio de antijuricidad en el tipo, tampoco es necesario continuar en la búsqueda de circunstancias materiales de justificación. Aquí se encontrarían los relacionados a la adecuación social, entre otros, en los que a través del acuerdo o consentimiento, en el lugar en donde el bien jurídico es la libertad de disposición de su titular, como en el delito de hurto, el consentimiento del titular es el libre ejercicio que tiene sobre un derecho patrimonial; por lo tanto, la conducta de un tercero es lícita y opera una causa de exclusión de la antijuricidad o de justificación.

El autor indica que el consentimiento del titular del bien jurídico ocasionaría como resultado una causa de exclusión del injusto penal. Entre los casos comprendidos en esta categoría<sup>255</sup>, Luzón Peña, basándose en la cita conjuntamente del principio de insignificancia, del principio de tolerancia social, de algunos supuestos de adecuación social y de la inexigibilidad penal general, entiende que la conducta consentida si bien no puede considerarse correcta o justificada en los casos de consentimiento no justificante pero penalmente relevantes del titular del derecho, tampoco

---

<sup>254</sup> Vid. en Curso de Derecho penal. PG, pp. 559 ss. el mismo en «Causas de atipicidad y causas de justificación», en AAVV, Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 21 ss.

<sup>255</sup> Vid. en «Curso...», p. 589.

reviste una suficiente gravedad para alcanzar la categoría de ilícito criminal<sup>256</sup>.

### **1.3.2.2. TEORÍA UNITARIA O DE LA ATIPICIDAD**

A partir de los años sesenta se, ha configurando, por la dogmática-penal, una nueva teoría sobre la naturaleza jurídica del consentimiento, en contraposición a la iniciada por Geerds y seguida por la doctrina mayoritaria en general, con los matices realizados por algunos autores. Esta toma el nombre de Teoría unitaria o de la atipicidad, a su vez tiene como primeros planteamientos a las exposiciones de Kientzy y Zipf y, hasta el momento Roxin es el autor que ha realizado la mayor evolución en cuanto a su argumentación.

#### **1.3.2.2.1. SITUACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO**

La Teoría del consentimiento originalmente concebida con una doble función dogmática, sufre un cambio radical en los planteamientos técnicos que tienden a ubicar la relevancia del consentimiento dentro de la tipicidad<sup>257</sup>. Antes de entrar a revisar las exposiciones sobre la Teoría unitaria como tal, es conveniente mencionar a la Teoría de los elementos negativos del tipo que, a simple vista, podría verse suscrita dentro de la Teoría unitaria<sup>258</sup>. Conforme a la Teoría de los elementos negativos del tipo, se sostiene que el tipo está compuesto por dos variantes: a). Por circunstancias que fundamentan al injusto de un tipo de delito, las que

---

<sup>256</sup> Segura González, en «El Consentimiento...», pp. 82 ss., realiza una crítica en contra del planteamiento del autor.

<sup>257</sup> En este sentido, Casas Baquero, «El Consentimiento...», p. 39.

<sup>258</sup> Criterio expuesto por De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», p. 89.

constituiría los elementos positivos y b). Por la ausencia de las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, que integraría los elementos negativos. La existencia de una causa de justificación excluiría tanto la tipicidad como la antijuricidad, que dentro de esta Teoría se encuentran unidos<sup>259</sup>. Conforme a esta Teoría y en relación al consentimiento, se sostiene que el titular de un bien jurídico, al renunciar a la tutela del bien, deja de ser considerado como titular; por lo tanto, no se produce lesión alguna, y la conducta sería atípica. Para esta Teoría, la ubicación del consentimiento, como causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad, ocasionaría consecuencias diferentes en relación a los problemas como el error, la consumación<sup>260-261</sup>, dificultades que se resolverían si se atiende al consentimiento conforme a la Teoría negativa del tipo, pues, en caso de tratarse de exclusión del tipo o de una causa de justificación, al estar incluido dentro del tipo, excluiría siempre la tipicidad<sup>262</sup>.

#### **1.3.2.2.2. PRIMEROS PLANTEAMIENTOS**

Kientzy y Zipf inician la discusión en relación a considerar al consentimiento dentro de la Teoría del tipo; a su vez, dedicaron arduos trabajos al respecto<sup>263</sup>.

---

<sup>259</sup> Vid. en este sentido: Casas Baquero, «El Consentimiento...», p. 39; Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 159.

<sup>260</sup> Casas Baquero, «El Consentimiento...», p. 40

<sup>261</sup> Críticos con esta teoría entre otros: Romeo Casabona, «El médico...», 297 ss., Gómez Benítez, Teoría jurídica del delito. DP. PG, 1.ª edic. Civitas, Madrid, 1984, p. 422; Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 500.

<sup>262</sup> De la Gándara Vallejo, en «El Consentimiento...», pp. 89-90, muestra su interés en aclarar la diferencia entre la Teoría unitaria y la Teoría de los elementos del tipo, e indica que la última engendra con su enfoque dogmático, una absoluta indiferencia en el estudio del consentimiento como instituto jurídico.

<sup>263</sup> *Ibíd.*, p. 91.



Por su parte, Zipf<sup>264</sup>, critica la diferencia entre acuerdo y consentimiento, que a su criterio se trata únicamente de problemas de subsunción e interpretación de los tipos penales; en este sentido, señala que el consentimiento del lesionado, no se centra en un elemento singular del tipo, sino que afecta al ámbito total de la norma penal y, para ello, analiza los casos en que la doctrina mayoritaria señala como causas de justificación. El autor considera que el Ordenamiento confiere la facultad de disponer al titular del bien jurídico –penalmente protegido a su vez, la autorización del titular para lesionar el bien ocasiona que este deje de ser protegido por parte de la norma penal; por consiguiente, se excluye la tipicidad de la acción, siendo únicamente típica la acción en aquellos casos en los que el Ordenamiento jurídico no le conceda la facultad de disponer al titular, es decir, sobre los bienes que son considerados como indisponibles. Esta facultad de consentir otorgada por el Ordenamiento al particular, encuentra un respaldo constitucional dentro de la garantía de la libertad general de acción, conforme al artículo 2 I de la Constitución alemana.

En lo primordial, Kientzy<sup>265</sup> sostiene que la división entre acuerdo y consentimiento, parte de una concepción metodológica dudosa, que responde ante todo a un pensamiento meramente tipológico, antes que a demostrar las funciones que tiene el consentimiento dentro del sistema del delito, porque dichas argumentaciones, únicamente se detienen en las exterioridades de la descripción típica; por lo tanto, las diferenciaciones dadas pueden variar de acuerdo a las arbitrariedades estilísticas del legislador. Al referirse al consentimiento como sistema unitario<sup>266</sup>, el autor considera que es siempre una causa de exclusión del injusto, cuya eficacia

---

<sup>264</sup> Vid. en *Einwilligung und Risikolübernahme im Strafrecht*, 1970, pp. 15 ss.

<sup>265</sup> Vid. en *Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutträgers*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebed), Alemania, 1970, pp. 32 ss.

<sup>266</sup> *Ibíd.* pp. 81 ss.

se encuentra a nivel de tipicidad, y en el caso que se haya otorgado un consentimiento eficaz, el autor interviene en el ámbito de protección del bien jurídico; sin embargo, en este caso no se puede dar la lesión de dicho bien; solo si se actuaría en contra de la voluntad del titular, se daría un hecho punible contra bienes jurídicos disponibles.

### **1.3.2.2.3. PRINCIPAL ARGUMENTACIÓN A FAVOR DE LA TEORÍA UNITARIA**

Conforme a diversos criterios, a Roxin<sup>267</sup>, es a quien se le atribuye la producción de argumentaciones más sólidas con el objetivo de fundamentar que el consentimiento eficaz, siempre debe excluir la tipicidad. Para sostener su posición, se basa en la Teoría del bien jurídico. Con lo dicho, Roxin<sup>268</sup> sostiene que el consentimiento eficaz excluye el tipo, y su argumento decisivo se encuentra en la Teoría liberal del bien jurídico referido al individuo, conforme a la cual, los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo; por lo tanto, al producirse una disposición del mismo por parte del titular, no menoscaba el desarrollo del individuo, sino que más bien, constituye su expresión. El autor enfatiza, que la opinión contraria, confunde el objeto del hecho con el bien jurídico y para él, el efecto excluyente del tipo que presenta el consentimiento tiene una clara base constitucional en la libertad de acción (artículo 2 I, de la Constitución alemana). Como consecuencia, quien consciente imposibilita la lesión simultánea de un bien jurídico del que es su portador y, con ello, no se realiza el tipo. Incluso el autor indica que con la base constitucional de la libertad de acción, de la función del Derecho penal y de la Teoría de

---

<sup>267</sup> En este sentido, entre otros: De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», p. 95; Segura García, «El Consentimiento...», p. 92.

<sup>268</sup> Vid. DP. PG, p. 517 ss.

los bienes jurídicos, el consentimiento no ocasiona un desvalor de resultado<sup>269</sup>.

Roxin<sup>270</sup>, se reafirma en considerar que el consentimiento es un cuerpo extraño dentro de las causas de justificación, y la ponderación de intereses que suele verse no se presenta en el consentimiento, pues, a su entender, se puede apreciar en el consentimiento el principio de ausencia de interés, el cual permite que la voluntad imaginada o supuestamente lesionada en el tipo decaiga en cada caso concreto, razón que indica que es un fundamento no de una causa de justificación, sino precisamente del tipo.

Por otro lado, se presenta crítico con la división que se realiza de los casos de acuerdo y consentimiento<sup>271</sup>, y a su criterio no se puede ver una clara diferencia entre los casos propuestos dentro de estas categorías, lo que señala que aún en los casos hipotéticos del consentimiento justificante, apenas es realizable en las premisas hipotéticas de la Teoría dualista. Y en ciertos casos como la castración, el internamiento, entre otros, se trataría de un cuasiconsentimiento. Finalmente, Roxin manifiesta que es imposible tratar los casos con las mismas reglas por las diferencias que pueden presentarse, debido a que se trata de problemas referentes al tipo; así, los presupuestos divergentes solo pueden resolverse en los correspondientes tipos.

---

<sup>269</sup> Como ejemplo indica la propiedad, que si bien hay un deterioro de la cosa concreta (objeto del hecho), no es en sí un ataque a la propiedad, sino un apoyo a su ejercicio, igual ocurre en las lesiones, en donde el consentimiento eficaz sin restricción, desarrolla la personalidad en el propio tratamiento que se da al cuerpo, es así que el peluquero, el cirujano plástico no menoscaban la libertad del cliente en el trato de su cuerpo, sino que le ayudan en la realización de su imagen corporal.

<sup>270</sup> *Ibíd.* pp. 521.

<sup>271</sup> *Ibíd.* pp. 522 ss.

Es de destacar que el autor señala que los bienes jurídicos cuya lesión se dirigen contra la comunidad<sup>272</sup>, quedan excluidos del consentimiento<sup>273</sup>.

Antes de terminar con el desarrollo muy discutido que ha tenido la evolución del consentimiento, se debe decir que dentro de la doctrina española, una de las principales autoras que defiende esta Teoría es de la Gándara Vallejo; además, es quien hasta el momento ha realizado el estudio más completo sobre consentimiento. De la Gándara Vallejo<sup>274</sup> se inclina por considerar al consentimiento como un instituto unitario, y que actúa como exclusión de la imputación objetiva, esto se deduce por el concepto de bienes jurídicos individuales tanto disponibles como indisponibles, entendiéndose que la verdadera protección penal de estos bienes garantiza el libre desarrollo de su titular.

En resumen y para terminar con el estudio de la evolución dogmática del consentimiento, dentro de la doctrina alemana la que más ha estudiado el tema, la diferenciación dogmática del consentimiento y sus consecuencias jurídicas, han sido motivo de aceptación y críticas<sup>275</sup>. En este sentido, una corriente<sup>276</sup> niega la diferenciación y concuerda en que la existencia de una aprobación eficaz del titular del bien jurídico, excluye el tipo, mientras que otra opinión<sup>277</sup>, continúa con la distinción clásica de acuerdo como exclusión del tipo y de consentimiento como causa de justificación.

---

<sup>272</sup> *Ibíd.*, pp. 526 ss.

<sup>273</sup> *Vid. infra*, PT, cap. VII, ap. 2.2.1, se vuelve sobre ello.

<sup>274</sup> *Vid. en* «Consentimiento...», pp. 171 ss.

<sup>275</sup> *Vid. Roxin, DP. PG, 2ª edic.*, p. 516.

<sup>276</sup> En este sentido: *ibíd.*, n. 19, cit. a: Zipf, Kientzy, Horn, Kaufmann. A, Welzel, Külne, Maurach, Roxin, Rudolphi, Eser, Sax, entre otros.

<sup>277</sup> *Ibíd.* n. 20: Jescheck, Hirsch.

Finalmente, un último sector<sup>278</sup>, niega la construcción de criterios amplios para el consentimiento, que deban tener una validez general.

## **2. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO: ESPECIAL REFERENCIA AL CONSENTIMIENTO PRESUNTO**

El consentimiento en materia penal no cumple con los mismos requisitos que en el Derecho civil, porque en esta área del Derecho se toma como una institución propia del Derecho penal y, por ende, tendrá requisitos acordes y propios a los temas penales; de esta consideración se ha originado la Teoría jurídico-penal del consentimiento<sup>279</sup>. Para la elaboración legislativa del consentimiento, el legislador puede variar los requisitos sobre el consentimiento con relevancia jurídico-penal, dependiendo del caso concreto<sup>280</sup>.

Los requisitos del consentimiento en materia penal están relacionados con la capacidad de disposición del titular del bien jurídico, que engloban la manifestación de la libertad individual para consentir<sup>281</sup>, la forma y el momento en que se debe otorgar el consentimiento para que sea eficaz.

### **2.1. CAPACIDAD PARA CONSENTIR**

Como principal acuerdo sobre la capacidad de consentir en el área penal, se exige que el sujeto posea una capacidad natural de discernimiento, sin ser necesaria la capacidad jurídico-civil negocial para consentir, y es en base a este discernimiento, que el sujeto está en condiciones de analizar el

---

<sup>278</sup> *Ibíd.*, n. 21: Stratenwerth, Artz, Baumann/Weber, Jakobs.

<sup>279</sup> Vid. Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 506.

<sup>280</sup> En este sentido: López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 14.

<sup>281</sup> A criterio de Casas Baquero, «El Consentimiento...», p. 73.

significado y las consecuencias del acto que va a realizar<sup>282</sup>. Se entiende que el sujeto carece de esta facultad en dos circunstancias concretas: por un lado, cuando se presentan situaciones de carácter temporal, como es el caso de la inconsciencia, y por otra parte, cuando las circunstancias son de carácter permanente, como la que se presenta con una enfermedad mental<sup>283</sup>.

Con lo dicho sobre la capacidad de discernimiento, postura actualmente sostenida por la doctrina dominante, no se establece una edad concreta en la que el sujeto pueda consentir; sin embargo, varios autores consideran otras distinciones, como la mayoría de edad civil y penal<sup>284</sup>, y, por otra parte, es la misma ley la que en algunos casos establece la edad. Es así que en los supuestos casos de acuerdo, el legislador establece la edad a partir de la cual el consentimiento puede ser penalmente relevante para excluir la tipicidad, como es el caso del abuso sexual no consentido sobre una persona menor de 13 años<sup>285</sup>; por ende, se establecen límites mayores en la edad; aunque tenga discernimiento natural<sup>286-287</sup>.

En lo que respecta a la legitimación para consentir, el titular del bien jurídico es quien debe consentir, debido a que se trata de un acto de verdadera autodeterminación y expresión de la libertad de decisión individual, razón por la que, el consentimiento se entiende como un acto

---

<sup>282</sup>Vid. Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 507, y en similar sentido, De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», p. 115, Roxin, DP. PG, 2ª edic., pp. 536 ss.

<sup>283</sup> Vid. Barrerio, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, 1990, p. 84.

<sup>284</sup> En este sentido, Bajo Fernández, MDP. PE, Delitos contra las personas, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 161, advierte que el legislador se refiere a un límite de edad en los art. 155 y 156, en donde al no establecerse edad ninguna, permite que se interprete en el sentido de menor de edad civil o menor de edad penal.

<sup>285</sup> López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 15.

<sup>286</sup> Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 507.

<sup>287</sup> Con criterio similar, Casas Baquero, «El Consentimiento...», p. 79.

estrictamente personal<sup>288</sup>, Sin embargo, cuando el titular del bien jurídico carece de capacidad para consentir, el consentimiento puede ser emitido por sus representantes legales, salvo en el caso de los derechos más personales, como la integridad corporal en los que solo el titular puede hacerlo<sup>289</sup>; así se tiene, como regla general y como límites a la capacidad de disponer de los representantes legales, las decisiones personalísimas de tipo existencial o irreversible<sup>290</sup>. En este sentido, concretamente en la legislación española<sup>291</sup>, no se admite la figura de la representación legal para consentir, en los casos de trasplante de órganos, esterilizaciones, cirugía transexual, y en el caso de los menores con incapacidad psíquica, una intervención de este tipo debe contar con la autorización del juez competente.

En definitiva, sobre la posibilidad de consentir por medio de los representantes legales del titular del bien jurídico, en caso de incapacidad o minoría de edad, se debe examinar cada supuesto en concreto con el fin de establecer los requisitos del consentimiento y de la legitimación del mismo<sup>292</sup>.

## **2.2. FORMA DE EXTERIORIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO**

---

<sup>288</sup> Ibero; de la misma opinión: Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 536 ss. De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», p. 113,

<sup>289</sup> Vid. Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 542, el autor alude a la denominación «tipo existencial».

<sup>290</sup> De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», p. 113.

<sup>291</sup> Véase en este sentido: el art. 156 del CP; la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Transplante de Órganos; el RD 2070/1999, de 30 de diciembre, lugar en el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplantes de órganos y tejidos, entre otras leyes.

<sup>292</sup> López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 15-16.

Sobre la manera en la que se debe exteriorizar el consentimiento, se discute doctrinariamente, si es válido el consentimiento que se manifieste de una forma expresa o simplemente que dicho consentimiento exista<sup>293</sup>.

Dentro de ello se han barajado tres teorías; la primera de ellas, conocida como Teoría de la declaración de la voluntad, que tiene como base a la Teoría del negocio jurídico. Según esta Teoría es preciso que el consentimiento se exteriorice y sea conocido por quien actúa, tal como si se tratara de un negocio jurídico. Como contraposición a esta Teoría, surgió la Teoría de la dirección de la voluntad que sostiene que basta que el conocimiento exista para que tenga efectos jurídicos, y no es necesario que quien actúa tenga conocimiento de la manifestación del consentimiento. Frente a la rivalidad suscitada por las teorías anteriores, en la actualidad, la doctrina mayoritaria se apega a la denominada Teoría intermedia, que ha sido mayormente elaborada por Jescheck<sup>294</sup>, lo que interesa es que el consentimiento sea reconocible externamente de alguna manera, sin tener en cuenta los requisitos del Derecho Civil sobre la declaración de la voluntad<sup>295</sup>.

De la forma como debe manifestarse el consentimiento, se deriva una cuestión de igual importancia, que analiza si el autor debe actuar conociendo el consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico, o simplemente puede actuar sin necesidad de conocer dicho consentimiento<sup>296</sup>. Al respecto, se han dado varios planteamientos; dentro

---

<sup>293</sup> *Ibíd.*, p. 17.

<sup>294</sup> Vid. Jescheck, TDP. PG., p.410.

<sup>295</sup> En este sentido, entre otros: López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 16-17; Mir Puig, DP.PG, 6ª edic., p. 507; Roxin, DP.PG, 2ª edic., p. 532 ss.; De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», pp. 115 ss.; Segura García, «El Consentimiento...», p. 135 ss.

<sup>296</sup> López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 17.



de lo más importante se tiene que en los casos de acuerdo, no es preciso que el autor tenga conocimiento del mismo, si este es reconocible externamente; pero, en el caso de consentimiento, quien actúa desconociendo el mismo, sería imputado por tentativa in idónea, a pesar de que no se realice el tipo penal por el consentimiento, en definitiva, quien actúa desconociendo el consentimiento, intenta de una forma in idónea realizarlo<sup>297-298</sup>.

A pesar de lo expuesto, la ley puede pedir que el consentimiento deba manifestarse de forma expresa, como ocurre en el caso de lesiones en los artículos 155 y 156<sup>299</sup>, igual, es el caso del consentimiento que se presta en las actividades sanitarias, conforme a la Ley General de Sanidad<sup>300</sup>.

### **2.3. OBJETO DEL CONSENTIMIENTO**

El objeto del consentimiento es la acción y el resultado, por ser parte esencial del tipo. La referencia del consentimiento al resultado en los delitos dolosos es algo entendible, la dificultad se presenta en los delitos imprudentes, en cuanto a si se puede consentir en acciones y riesgos sin que se consienta al mismo tiempo sobre el resultado<sup>301</sup>.

---

<sup>297</sup>Vid. Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., pp. 507-508, el autor señala en relación al consentimiento justificante, que su desconocimiento plantea la falta del elemento subjetivo de justificación y, a su criterio, se debe aplicar como una eximente incompleta.

<sup>298</sup> En este mismo sentido, Romeo Casabona, «El médico...», p. 344, llega a la misma conclusión sobre la existencia de una tentativa in idónea; también considera que es acertada la exigencia de que quien actúa tenga conocimiento del consentimiento, y no es suficiente con que este concurra, la exigencia del conocimiento del consentimiento es consecuencia de la exigencia de los elementos subjetivos de las causas de justificación.

<sup>299</sup> Vid. Mir Puig, DP. PG., 6ª edic., p. 507.

<sup>300</sup> Sobre el tema, infra, cap. III.

<sup>301</sup> En este sentido, Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 535.

## 2.4. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

El consentimiento se debe otorgar libremente; con ello se entiende que este no puede estar viciado. En este sentido, el consentimiento es un acto verdadero de autodeterminación y, para que sea eficaz, se otorga con apego a la libre decisión del individuo en consentir una lesión a su bien jurídico o no hacerlo<sup>302</sup>. Como criterio general y tradicional, se ha considerado que el consentimiento para ser válido, también requiere que carezca de vicios que afecten a la voluntad, por lo que es ineficaz el consentimiento obtenido mediante violencia, amenaza o engaño<sup>303</sup>; sin embargo, no se aplica la Teoría jurídico –civil de los vicios de la voluntad<sup>304</sup>, ya que en el Derecho penal se debe probar si el consentimiento es eficaz o no, en el mismo momento que se produce la acción<sup>305</sup>.

Frente a la consideración tradicional que la existencia de vicios afectan a la validez del consentimiento, en la actualidad, a raíz de la obra de Arzt, se limitan los vicios del consentimiento por considerarse en algunos casos irrelevantes para la eficacia del mismo; por ende, y como regla general, se tiene que los vicios afectan al consentimiento, siempre y cuando afecten al significado, alcance o renuncia del bien jurídico, esto debido a que en determinadas condiciones, el consentimiento no sería una verdadera expresión de la libertad de acción individual, lo que en la práctica debería ser analizado respecto a cada tipo concreto<sup>306</sup>. En términos generales<sup>307</sup>, en el caso de la coacción excluye siempre la validez del consentimiento; pero

---

<sup>302</sup> Casas Baquero, «El Consentimiento...», p. 77.

<sup>303</sup> *Ibíd.*, p. 85.

<sup>304</sup> Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 544; Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 508.

<sup>305</sup> Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 544.

<sup>306</sup> Vid. Segura García, «El Consentimiento...», p. 140,

<sup>307</sup> Mir Puig, DP.PG., 6ª edic., p. 507, en igual sentido, Jecheck, TDP, PG, p. 410; Casas Baquero, «El Consentimiento...», p. 86, López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 18.

el error y el engaño, solo lo excluyen si se ha visto afectada la cantidad y calidad de la injerencia consentida. Por lo tanto, no hace ineficaz al consentimiento un error en los motivos o la identidad de la persona a la que se le otorga el consentimiento, cuando esto no tenga una trascendencia considerable, como tampoco el error en una declaración<sup>308-309</sup>. La trascendencia considerable, bien puede ceñirse en torno al bien jurídico y a la libertad de disposición.

En algunas ocasiones, la Ley atribuye validez al consentimiento a pesar de la existencia de cualquier clase de engaño o error, como sucede en el caso de las agresiones sexuales, en donde el consentimiento de la víctima excluye el delito, a pesar de que el consentimiento se haya obtenido por engaño o error, por lo que de existir engaño se dará paso únicamente al delito de abuso sexual, tal como dispone el artículo 183; pero de existir error en el consentimiento de la víctima ni siquiera se contemplará este tipo penal, a no ser que el error sea producto del engaño<sup>310</sup>.

Últimamente, se produjo una interesante postura planteada por Jakobs<sup>311</sup>, quien al tratar sobre la eficacia del consentimiento, concretamente de los vicios del mismo, analiza el problema desde la perspectiva de la Teoría de la autoría y la participación, como resultado obtiene una visión sobre la

---

<sup>308</sup> Vid. Roxin, DP. PG, 2ª edic., pp. 544 ss., también sobre este tratamiento se ha visto abordado por criterios doctrinales y jurisprudenciales distintos; De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», pp. 118 ss.

<sup>309</sup> Sobre el tema, Bacigalupo Zapater, «Principios...», p. 207, en contra de los planteamientos principalmente de especialmente de Jeckheck y Mir, considera que el consentimiento debe carecer de vicios.

<sup>310</sup> En este sentido: Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 508.

<sup>311</sup> Vid. Segura García, «El Consentimiento...», p. 140; De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», pp. 124 ss.

aportación de los intervinientes dentro del delito, en base a un consentimiento viciado<sup>312</sup>.

Finalmente, y con relación a la libertad del consentimiento, se entiende que este debe ser correctamente informado en ciertos ámbitos de actividad; como ejemplo se presentan las intervenciones médicas, en donde quien actúa tiene la obligación de informar al paciente que concederá su consentimiento; por lo tanto, el consentimiento debe ser informado para que sea válido<sup>313</sup>.

## 2.5. MOMENTO Y REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Con respecto al momento y a la revocación del consentimiento no se ha presentado ninguna controversia doctrinal<sup>314</sup>; el consentimiento para que tenga relevancia penal, siempre debe ser presentado con anterioridad a que el sujeto activo realice la acción consentida, de igual forma, el consentimiento se mantiene cuando se ha iniciado la ejecución de la acción<sup>315</sup>. Un consentimiento *a posteriori* a la acción se considera como perdón de la víctima<sup>316</sup>.

Sobre la revocación del consentimiento, este puede ser revocado antes de que se inicie la ejecución de la acción<sup>317</sup>; si la revocación se realiza cuando ha comenzado la ejecución del acto, la revocatoria es válida, de tal suerte, que la conducta del agente dejaría de ser lícita si prosigue con la acción.

---

<sup>312</sup> Vid. infra, cap. III, aps. 3.6 ss, se volverá sobre ello.

<sup>313</sup> López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 18 y 23 ss.

<sup>314</sup> De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», p. 116.

<sup>315</sup> López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 16.

<sup>316</sup> Bacigalupo Zapater, «Principios...», p. 207.

<sup>317</sup> En este sentido, entre otros: López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 16, Casas Baquero, «El Consentimiento...», p. 83; Romeo Casabona, «El médico...», p. 356.

También la acción es lícita y no realiza el tipo hasta el momento en que se produzca la revocación del consentimiento<sup>318</sup>.

## **2.6. DISPONIBILIDAD**

Dentro de la evolución histórica y de las teorías dogmáticas sobre el consentimiento, se ha indicado como indispensable el hecho de que el titular del bien jurídico que realiza el acto de consentir, lo haga sobre un bien disponible, quedan fuera del poder de disposición del titular los bienes supraindividuales, entendiéndose que al titular del bien en ejercicio de su libertad de autodeterminación, le es permitido consentir únicamente sobre bienes individuales<sup>319</sup>.

## **2.7. IRRELEVANCIA DE LA CAUSA Y MÓVILES DEL CONSENTIMIENTO**

Inicialmente, en la legislación española, la causa y los móviles del consentimiento no influyen sobre su eficacia, por lo que es irrelevante que la causa sea inmoral<sup>320</sup>. Al contrario, en la legislación alemana, el consentimiento se ve limitado si va en contra de las buenas costumbres<sup>321</sup>.

Con relación al precio de la acción, el bien sobre el que se consiente debe ser gratuito, y queda excluido el precio y la recompensa por el acto de consentir sobre el bien<sup>322</sup>.

---

<sup>318</sup> Casas Baquero, «El Consentimiento...», pp. 83-85.

<sup>319</sup> Vid. infra, PT, cap. VII, ap. 2.2.1., sobre el tema y su tratamiento.

<sup>320</sup> Casas Baquero, «El Consentimiento...», p. 99.

<sup>321</sup> Roxin, DP.PG, 2ª edic., pp. 514 ss., sobre las buenas costumbres y el consentimiento en la legislación alemana.

<sup>322</sup> Ídem.

## 2.8. EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO: CONTENIDO Y REQUISITOS

El consentimiento presunto se presenta cuando el titular del bien jurídico por diversas circunstancias, tales como la ausencia o la inconsciencia, no puede consentir directamente sobre el bien jurídico, sin embargo, de estar presente o consciente con seguridad prestaría dicho consentimiento, de tal forma que la persona que ejecuta la acción actúa amparada por el consentimiento presunto del titular del bien jurídico<sup>323-324</sup>. Por lo tanto, a criterio de Mezger<sup>325</sup>, quien ha desarrollado con mayor medida la figura del consentimiento presunto, considera que este obra como sustituto del consentimiento real. Dentro del consentimiento presunto<sup>326</sup>, el tercero actúa respetando la voluntad del titular, como ejercicio a su derecho de libertad personal<sup>327</sup>, y no siempre el consentimiento puede ser en beneficio del titular del bien jurídico<sup>328</sup>.

Sobre la naturaleza jurídica del consentimiento presunto, al igual que ocurre con el consentimiento en general, también se han expuesto posiciones contradictorias, entre las dos principales se tiene por un lado,

---

<sup>323</sup> Vid. en este sentido, entre otros: Mir Puig, DP.PG, 6ª edic., pp. 515; Casas Baquero, «El Consentimiento...», p. 103; Barja López de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 18-19.

<sup>324</sup> Ídem, como ejemplos característicos de este tipo de consentimiento, se tiene: la operación que debe practicar un médico a un paciente inconsciente, que de no estarlo, consentiría en la operación, también se presenta el acto de entrar en la casa del vecino forzando la cerradura por un daño en la tubería del agua.

<sup>325</sup> Vid. Mezger, TDP I, RDP, Madrid, 1946, p. 415.

<sup>326</sup> López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 19.

<sup>327</sup> Vid. Casas Baquero, «El Consentimiento...», p. 104.

<sup>328</sup> Sobre el irrestricto respeto a la voluntad del titular, se han dado varios criterios, entre ellos y por citar un par de ejemplos: Jescheck, TDP. PG., trad., Manzanera Samaniego, 4ª edic., Comares, Granada, 1993, p. 4, considera que incluso se deber respetar hasta la «voluntad irracional» del titular del bien jurídico; en contra, entre otros: Bacigalupo Zapater, «Principios...», p. 221, sostiene que la acción debe ser realizada en interés del titular del bien jurídico.

que para algunos autores, a diferencia del consentimiento general, el consentimiento actúa como causa de justificación autónoma<sup>329</sup> y, por otra parte, como estado de necesidad<sup>330</sup>. Aparte de estas posturas, resulta interesante la expuesta por Mir Puig<sup>331</sup>, quien al distinguir sobre la disponibilidad o no del bien jurídico, también argumenta que si se trata de un bien no disponible por el titular, se estaría ante un estado de necesidad (auxilio necesario); pero, si el bien es disponible por el titular del bien jurídico, entonces allí operaría el consentimiento presunto. Actualmente, la doctrina<sup>332</sup> se inclina por considerar al consentimiento presunto como una causa de justificación autónoma, cuyo fundamento se encontraría en el riesgo permitido, tanto si se realiza la conducta en interés del propio titular o en interés de un tercero<sup>333</sup>.

En general, los requisitos del consentimiento presunto son los mismos que en el consentimiento común; debe expresarse en el momento en que ocurre el hecho, el titular del bien jurídico debe ser capaz de consentir, entre otros requisitos<sup>334</sup>. Sin embargo, se considera que lo decisivo para que el consentimiento presunto tenga carácter eximente, es la probabilidad *ex ante* de que el titular consentiría, y aunque contra todo pronóstico el titular no consienta, es decir, no aprueba la intervención *ex post*, esto no deja de eximir<sup>335</sup>.

---

<sup>329</sup>Vid. Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 765.

<sup>330</sup>Vid. por todos, Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal español, PG, II: «Teoría jurídica del delito», Tecnos, Madrid, 1990, pp.

<sup>331</sup>Vid. Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 515.

<sup>332</sup> Con este criterio, Segura García, «El Consentimiento...», p.154.

<sup>333</sup> Vid. Roxin, DP. PG, 2ª edic., pp. 765 ss., con mayor desarrollo sobre este tema y como defensor de este postulado.

<sup>334</sup> Ibid., p. 766.

<sup>335</sup> De este criterio: Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 515.

Para terminar, doctrinariamente se consideraba la existencia del consentimiento putativo<sup>336</sup>, cuando el sujeto actúa en la errónea creencia que concurre el consentimiento. Actualmente, se consideran estos casos como un error de prohibición, puesto, que el error sobre los supuestos objetivos de la causa de justificación excluye el dolo; pero es posible la imputación por un delito imprudente<sup>337</sup>.

### 3. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La importancia que tiene el consentimiento dentro de la Teoría del delito, radica en las aplicaciones que presenta en los tipos penales de la Parte Especial, a más de que casos muy conflictivos se ven involucrados directamente por esta figura. En estos párrafos se dará una visión general sobre los ámbitos de aplicación del consentimiento en la Parte Especial, sin que sea el objetivo del presente trabajo ahondar en ellos<sup>338</sup>.

Como premisa general se sostiene que el consentimiento es ineficaz frente a la disposición de bienes jurídicos supraindividuales<sup>339</sup>; a pesar de esta afirmación, se ha discutido la posibilidad de que el consentimiento sea eficaz en este tipo de bienes jurídicos, siempre que estén protegidos de forma acumulativa y no alternativa<sup>340</sup>. Caso contrario a lo descrito, se presenta en los delitos contra los particulares (derechos fundamentales), en donde el consentimiento prestado por el titular del bien jurídico es eficaz, sin embargo, también en esta área se observan casos en los que es

---

<sup>336</sup> Vid. Casas Baquero, «El Consentimiento...», pp. 111 ss.

<sup>337</sup> Roxin, DP, PG, 2ª edic., pp. 777-778.

<sup>338</sup> Vid. infra, cap. III, únicamente se tratara con mayor amplitud el tema del consentimiento en el tratamiento médico; vid. infra PT, cap. VII, y con la mayor prolijidad posible en los delitos relativos a la manipulación genética.

<sup>339</sup> Vid. infra, PT, cap VIII, ap. 2.2.1.

<sup>340</sup> Vid. Roxin, DP, PG, 2ª edic., pp. 527 ss, vid infra, PT, cap.VIII, ap. 2.2.2, mayor explicación sobre el tema.



discutible la disposición del bien jurídico individual por parte de su titular<sup>341</sup>.

### **3.1. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

#### **3.1.1. HOMICIDIO DOLOSO: ESPECIAL REFERENCIA AL SUICIDIO**

Antes de iniciar con una breve referencia al suicidio en la legislación penal española, es necesario revisar algunas anotaciones sobre la disposición de la vida humana. Al respecto, la doctrina tiene varios planteamientos a pesar de que hasta hoy se considera, en la mayoría de legislaciones, a la vida como un bien jurídico no disponible. Sobre el tema han ganado terreno posiciones doctrinarias que se presentan favorables a la libre disposición del bien jurídico vida por parte de su titular<sup>342</sup>. En España, el derecho a la vida es irrenunciable, se considera ya sea la vida humana y/o la prohibición de matar a otras personas, como bienes que al tener un valor social, van más allá del interés individual o de la libre disposición del titular. En el derecho a la vida, a diferencia de otros derechos fundamentales, su renuncia es irreversible; de este motivo proviene la dificultad por coincidir en argumentos que lleguen a un consenso sobre su libre disposición<sup>343</sup>.

---

<sup>341</sup> Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 508.

<sup>342</sup> Vid. Kaufmann, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», en Avances de la Medicina, Mir Puig (ed.), Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona: PUC, pp. 53 ss., sobre disposición de la vida; Roxin, «La protección de la vida humana mediante el Derecho Penal», en Dogmática y Ley Penal, LH. Prof. Bacigalupo Zapater, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 1189 ss.

<sup>343</sup> Vid. Mir Puig, DP.PG, 6ª edic., pp. 505-506; García Arán, «Eutanasia y disposición de la propia vida», en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ, Madrid, 1995, pp. 14 ss.; Montalbán Avilés, «El derecho a la vida y la disponibilidad sobre la propia vida. Su constitucionalidad», en El consentimiento. El error, CDJ, Madrid, 1993, pp. 113 ss.

Dentro del marco anterior, el Código penal, en el artículo 143, numerales 1, 2, 3; respectivamente, castiga la inducción o auxilio al suicidio y el homicidio pedido por la víctima<sup>344</sup>, por ende, se desprende que la vida no es un bien jurídico disponible dentro de la legislación española, lo contrario ocurre en la legislación alemana<sup>345-346</sup>, de esta forma, se colige que el consentimiento no tiene relevancia dentro de la figura del suicidio, por la no disponibilidad del bien jurídico en juego. Al margen de ello, figuras como el suicidio han permitido el estudio doctrinal de la conducta de la víctima para la imputación del hecho<sup>347</sup>.

### **3.1.2. ABORTO DOLOSO**

El Código penal en los artículos 144 y 145 castiga al aborto sin consentimiento y al aborto con consentimiento, y señala una mayor pena para el aborto sin consentimiento, mientras que en el aborto consentido, la voluntad de la embarazada solo actúa como atenuante, sin eximir la responsabilidad penal. Si al consentimiento de la mujer se le agregan otros factores médicos, eugenésicos u éticos se produce la impunidad de la conducta, siempre y cuando el consentimiento no se presente como una causa de justificación independiente, sino que el conflicto de intereses se produzca por la ponderación de la vida de la madre y la del feto<sup>348</sup>.

### **3.1.3. LESIONES DOLOSAS: ESTERILIZACIÓN DE INCAPACES**

---

<sup>344</sup> Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 508, en estos casos el consentimiento de la víctima, no exime pero si disminuye la penalidad.

<sup>345</sup> Cancio Meliá, La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima «imputación a la víctima», Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 19.

<sup>346</sup> *Ibíd.*, pp. 19 ss., se refiere a la figura del suicidio y a la conducta de la víctima como aspectos importantes para determinar la imputación de la víctima.

<sup>347</sup> *Ídem.*

<sup>348</sup> *Vid. Ibíd.*, p. 509

La esterilización de incapaces ha sido motivo de análisis doctrinarios muy detallados<sup>349</sup>. Entre las principales preocupaciones, se presenta la manera de conseguir la esterilización del incapaz de una forma lícita el problema se presente en este caso por la imposibilidad de obtener un consentimiento eficaz, debido a la existencia de dos circunstancias que vician el consentimiento como el caso de la minoría de edad y la incapacidad. Frente a ello, cabe destacar que las diferentes reformas legales sobre la esterilización han originado, en el actual artículo 156, párrafo 2<sup>350</sup>, que establece ciertas indicaciones, que se deben tomar en cuenta para la esterilización de un menor, cuando este padezca de una deficiencia psíquica grave. En estas circunstancias, se tendrá en cuenta el consentimiento del representante legal y la autorización del juez, quien actuará con apego al criterio rector del mayor interés del incapaz. Como parámetros que debe seguir el juez, se consideran a las indicaciones médicas, eugenésicas y sociales, que en definitiva otorguen una razón lo suficientemente sustentada en el interés del menor para proceder a su esterilización<sup>351</sup>.

En definitiva, se aprecia que en la legislación española se trata el tema con un sistema mixto; por un lado, el consentimiento del menor es sustituido por la voluntad del representante legal y, por otra parte, se debe dar junto con ello la concurrencia de indicaciones que sustenten la medida, con el fin de que proceda la autorización judicial<sup>352</sup>.

---

<sup>349</sup> Vid. sobre el tema: García Arán, «Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en derecho penal español», en Estudios Jurídicos en honor al Prof. Octavio Pérez Vitoria, I, Barcelona, 1983, pp. 251 ss. Silva Sánchez, «La esterilización de disminuidos psíquicos» (Un informe de derecho penal comparado), Barcelona, 1988, pp. 11 ss.; Arroyo Zapatero, «Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización», en EPC, XI, Universidad Santiago de Compostela, 1988, pp. 11; el mismo en «Problemas jurídicos de la esterilización de menores e incapaces», LL núm. 2100, 15-12-88.

<sup>350</sup> En este sentido: López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 65 ss.

<sup>351</sup> Vid. *ibíd.*, pp. 69 ss.

<sup>352</sup> *Ibíd.*, p. 76.

### 3.1.4. INTEGRIDAD MORAL, INTIMIDAD Y HONOR

El delito de integridad moral se castiga en el artículo 173 del Código penal; el tipo castiga a quien infringe un trato degradante a una persona, con lo cual se menoscaba gravemente su integridad moral. Uno de los problemas que se presenta por la imprecisión del Código, es definir exactamente en qué consiste la integridad moral, y lo que se entiende por trato degradante. Se considera que la redacción típica pugna con el mandato de taxatividad dada su excesiva elasticidad y ambigüedad<sup>353</sup>. Pese a los problemas de interpretación, el tipo penal está ligado al artículo 15 de la Constitución, donde se protege a la dignidad humana y a los derechos fundamentales, amparando constitucionalmente el derecho a la vida, a la integridad física y moral, y la prohibición de que en ningún caso un individuo puede ser sometido a tortura, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, los mismos que implican un menoscabo a la integridad moral de la persona<sup>354</sup>. Lo importante en este tipo es el quebrantamiento de la voluntad como presupuesto del delito de atentado contra la integridad moral, lo que plantea la cuestión de si conductas como estas pueden estar contenidas en el delito de coacciones, y si es el sentimiento de humillación un plus protegido en estos delitos y penado en exceso, con lo cual se presenta nuevamente el problema de la autonomía del concepto de integridad moral como bien jurídico autónomo a protegerse dentro del Derecho penal<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> Vid. AAVV, MDP. PE, t. I., Suárez-Mira Rodríguez, Judel Prieto, Piñol Rodríguez (coord.), Civitas, Madrid, 2003, p.122; Muñoz Conde, DP. PE, 13ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 178.

<sup>354</sup> Vid. ídem, estas afirmaciones se realizan con apego a sentencias del Tribunal Supremo.

<sup>355</sup> Vid. Muñoz Conde, DP. PE, 13ª edic., pp. 183.

A simple vista, es discutible la eficacia del consentimiento en estos tipos penales; sin embargo, al ser de suma importancia el quebrantamiento de la voluntad para que el sujeto sea sometido a los actos vejatorios, tratos degradantes y torturas, bien se puede entender, que si de contarse con la voluntad del sujeto pasivo, el hecho sería atípico. En este sentido, los tratos sexuales en los que se emplea diferentes tipos de vejaciones por petición de la persona interesada para su exclusivo placer, carecen de tipicidad por contar con el consentimiento de la persona; se pudiera decir que el consentimiento sería admitido, es más, en la práctica no se castigan este tipo de actos. A pesar de ello, de darse este tipo de tratos por parte de funcionarios, se debería analizar si el consentimiento fue otorgado libremente y no carece de vicios de la voluntad, pues, de producirse algún vicio el consentimiento carecería de valor, a pesar de que existen criterios en contra, sobre todo en el caso de los abusos sexuales<sup>356</sup>.

Sobre los delitos en contra de la intimidad y la propia imagen, el Código penal español de 1995, contempla a estos delitos en el Título XII de su Libro II; sin embargo, por el carácter fragmentario del Derecho penal, se limitan las conductas punitivas con relación a los bienes personalísimos en lo referente al «descubrimiento y revelación de secretos», que es justamente la rúbrica del Capítulo I del mismo Título<sup>357</sup>. En el mismo lugar, el Código incorpora de forma específica, la tutela de una manifestación concreta de la intimidad como es la inviolabilidad del domicilio al que dedica el Capítulo I<sup>358</sup>.

---

<sup>356</sup> Vid. infra. ap. 3.2. caso parecido se presenta en la disposición de la libertad sexual en los delitos de prostitución respecto a la irrelevancia del consentimiento en estos delitos.

<sup>357</sup> En este sentido, Palomo del Arco, «Aspectos procesales de los delitos contra el honor, intimidad y propia imagen», en Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II, CDJ, Madrid, 1999, p. 80.

<sup>358</sup> Ídem.

La normativa procesal relacionada a los delitos sobre el descubrimiento y revelación de secretos, en atención al bien jurídico que se protege, se exige la denuncia como requisito de procedibilidad para que estos delitos sean sancionados<sup>359</sup>. La denuncia debe ser interpuesta por la persona agraviada o por su representante legal, y en el caso de que la persona agraviada sea menor de edad, incapaz o persona desvalida, también puede interponer la respectiva denuncia por el Ministerio Fiscal<sup>360</sup>. A criterio de Morales Prats<sup>361</sup>, existe un vacío en el artículo 191, sobre la facultad del Ministerio Fiscal para poder querellarse en los casos en los que los delitos sean cometidos por medios sofisticados, y pasen inadvertidos por la víctima que no conoce la injerencia sobre su intimidad, así se tiene el caso del abuso informático que, generalmente, es detectado en actividades inspectoras o en diligencias de investigación al margen del conocimiento de la víctima. En todos los casos, una vez cumplida la denuncia, la tramitación del proceso es igual que cualquier delito público<sup>362</sup>.

Con lo visto y por la importancia de los presupuestos de perseguibilidad para la sanción de estos delitos, se considera que el consentimiento presenta una relevancia considerable, pues queda entendido que si el agraviado no realiza ninguna acción, con el fin de proteger sus intereses, consiente en la afeción al bien jurídico protegido como titular del mismo, una muestra de ello es la operatividad del perdón del ofendido o de su representante legal, en el párrafo tercero del artículo 201.

---

<sup>359</sup> El CP establece algunos casos en los que el presupuesto de perseguibilidad es suprimido, así: en los casos de funcionarios públicos que valiéndose de su cargo realizan algunas de las conductas sancionadas en el art. 197, cuando la comisión del delito afecte a una pluralidad de personas y cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales.

<sup>360</sup> Palomo del Arco, «Aspectos procesales...», p. 80.

<sup>361</sup> Vid. en «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio», en Comentarios al Nuevo Código penal, Quintero Olivares dir., Valle Muñiz, coord., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 985 ss.

<sup>362</sup> Palomo del Arco, «Aspectos procesales...», p. 81.

Con respecto a los delitos en contra del honor, cuyas modalidades son las injurias y calumnias, igualmente el concepto jurídico ha sido objeto de muchos criterios<sup>363</sup>. En este sentido se considera que el honor presenta dos conceptos puntuales, desde un sentido objetivo, el honor es la suma de aquellas cualidades que se le atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomienda, y en un sentido subjetivo, el honor es la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio, es decir, la propia estimación<sup>364</sup>.

El consentimiento en este tipo de delitos presenta un interés especial, de tal forma, que la posibilidad de disponer que tiene el individuo de su propio honor se deduce de que el honor subjetivo también es objeto de protección y si se renuncia a este interés de forma voluntaria, mediante el consentimiento a los ataques contra el honor, la conducta dejaría de ser típica, por carecer del atentado a la «propia estimación», esto se confirma por el hecho de que las injurias son perseguibles a instancia de parte<sup>365</sup>.

Finalmente, se puede considerar que en estos delitos, tal como ocurre en los delitos de lesiones entre otros, es importante la disposición del titular de bien jurídico individual, porque en algunos de los casos, a no ser que se haya incurrido en un delito de daños, se exige que la cosa haya sufrido deterioro y únicamente la lesión consiste en la privación del derecho del titular. En este sentido, la entrada consentida por el titular en su domicilio no afecta de una forma penalmente relevante a su derecho a la intimidad, así como la publicación de la imagen de una persona con su

---

<sup>363</sup> Vid. Serrano Gómez, DP. PE, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 285 ss. AAVV, MDP. PE, t. I, p. 175.

<sup>364</sup> Vid. Muñoz Conde, DP. PE, p. 268.

<sup>365</sup> *Ibíd.*, 273.

consentimiento, no lesiona al derecho a la propia imagen, ni afecta a su derecho al honor. Con esto, se considera que es válido para todos los delitos que tutelan bienes jurídicos individuales, la propuesta realizada por Cobos Gómez de Linares para el delito de lesiones, quien afirma que «no se trata de que el consentimiento convierta en atípicos los comportamientos lesivos típicos, sino al revés, cuando no media el consentimiento válidamente emitido, se cometen delitos de lesiones»<sup>366</sup>.

### **3.1.5. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y LA LIBERTAD**

En esta clase de delitos bien se vea afectado el patrimonio, la voluntad de la víctima o sus derechos laborales, siempre están en relación a la disposición que el titular pueda hacer del bien jurídico.

Dentro de los delitos contra el patrimonio (artículos 234 y siguientes), tradicionalmente considerados como casos de acuerdo, ya sea en cualquiera de las modalidades que se realice con la acción, el consentimiento de la víctima impediría la configuración del injusto. Igual, se puede decir de las detenciones ilegales (artículo 163), de los delitos de coacciones (artículo 172) y del allanamiento de morada (artículo 202), en donde la voluntad de la víctima, y su consentimiento evitan que se lesione al bien jurídico protegido<sup>367</sup>; es más, la presencia del consentimiento generará una actividad normal y socialmente aceptable sin interés para el Derecho penal<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup> Vid. Segura García, «El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos contra bienes jurídicos individuales», en «Dogmática y...», t. I, p.864.

<sup>367</sup> En este sentido, Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 504.

<sup>368</sup> Vid. López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p.7.



### **3.2. DELITOS COMPLEJOS CON LA PRESENCIA DE BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES Y SUPRAINDIVIDUALES: DELITOS LABORALES Y DELITOS DE PROSTITUCIÓN**

Últimamente, en este tipo de delitos se ha tratado sobre la relevancia del consentimiento de la víctima. Esta puede ser considerada como cooperadora en el delito, si otorga su consentimiento, por tanto la víctima pasa a ser un elemento que contribuye de forma decisiva en el origen y ejecución del delito. Pero para valorar esta situación, se han producido muchas consideraciones doctrinales, con respecto al hecho de tener presente ciertas circunstancias que rodean a estos delitos, como son la explotación laboral, la pobreza, la marginación, por lo que sería aventurado hablar de un consentimiento eficaz. Por otra parte, también en estos delitos se produce el problema de la disponibilidad de bienes jurídicos supraindividuales, junto a bienes jurídicos individuales susceptibles de un consentimiento eficaz por parte del titular del bien<sup>369</sup>.

En los delitos laborales (artículos 311 y siguientes), el principal problema que concierne al consentimiento es la existencia de bienes jurídicos individuales y bienes supraindividuales, sobre los cuales la doctrina aún discute. Se considera como bien jurídico protegido a los derechos de los trabajadores, a la seguridad, al derecho a crédito entre otros<sup>370</sup>, lo que plantea, el problema en la disposición de bienes jurídicos supraindividuales y la relevancia que tendría el consentimiento. En conclusión, la discrepancia sobre la disponibilidad del bien jurídico, hace irrelevante el

---

<sup>369</sup> Vid. Montero Fernández-Cid, «El Consentimiento de la víctima en los delitos cometidos en el ámbito laboral y en el mundo de la prostitución» en *El Consentimiento. El...*», p. 87 ss.

<sup>370</sup> Vid. Valle Muñoz, Villacampa, «Título XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores», en Quintero Olivares, (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 1450 – 1451.

consentimiento, la doctrina y la jurisprudencia opinan que es irrelevante el consentimiento en estos delitos<sup>371</sup>.

En los delitos relativos a la prostitución (artículos 187 y siguientes)<sup>372</sup>, al consentimiento se lo vincula directamente con el bien jurídico protegido como es la libertad sexual, sin dejar de tener en cuenta los medios abusivos que inducen a que se produzcan estos hechos, especialmente sobre la presencia y abusos de terceros quienes hacen de la prostitución ajena su medio de vida (actividad lucrativa), a través de engaños o situaciones fraudulentas<sup>373</sup> que ocasionan que la víctima disponga de su libertad sexual de una forma viciada, de allí que se estaría ante un consentimiento ineficaz. Sin embargo, se sostiene que pese a ello, no deja de existir el consentimiento de la víctima, por lo que el consentimiento es relevante; aunque también se mantiene que con amparo del consentimiento no se puede dejar pasar por alto las conductas de terceros. Discusión parecida se presenta en los delitos de rufianismo<sup>374</sup>.

### **3.3. PROTECCIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES: INTERVENCIONES ESTATALES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES**

El consentimiento no es únicamente importante dentro de las relaciones entre particulares, sino también entre los particulares y el Estado. Este tipo de relación, al parecer, tendría mayor incidencia dentro del Derecho administrativo, a pesar de ello, la relevancia que presenta el tema para el

---

<sup>371</sup> *Ibíd.*, p. 92 ss.

<sup>372</sup> *Ibíd.*, p. 100 ss.

<sup>373</sup> Como ejemplo se presenta el trabajo de algunos masajistas, camareras, damas de compañía, que detrás de estas formas encubiertas y sugestivas, se encubren la prestación de fines sexuales.

<sup>374</sup> *Ibíd.*, p. 102 ss., más sobre el tema.

estudio penal del mismo radica, por un lado, en las dificultades que ofrece el consentimiento dentro de los delitos cometidos por funcionarios<sup>375</sup> en el Derecho penal de sanciones y en el Derecho penal y, por otra parte, mediante la figura del consentimiento se pueden deducir los principios generales con validez para todo el Derecho público y que, a su vez, sirven para establecer principios especiales dentro de la relación que debe darse entre el Estado y sus ciudadanos<sup>376</sup>.

En resumen y con apego al estudio de la Gándara Vallejo<sup>377</sup>, dentro de las intervenciones estatales, el consentimiento se plantea desde dos perspectivas: como consentimiento mitigador de las intervenciones estatales y como consentimiento sustitutivo de una autorización legal de intervención, este presupuesto se ve limitado por el principio de legalidad y por el principio del Estado social.

En relación al principio de legalidad, la reserva de ley no concede validez al consentimiento dentro de las intervenciones estatales sobre derechos fundamentales; únicamente puede ser admitido cuando el legislador autorice al titular del derecho de una forma expresa. Dentro del mismo principio, también resulta importante la primacía de la ley que plantea la problemática sobre la facultad que tiene el funcionario público para ir más allá de la regulación existente, en el caso de que el ciudadano afectado se muestre de acuerdo vale, pues, en términos generales, este hecho puede suceder mientras que no se vean afectados intereses públicos.

---

<sup>375</sup>Vid. Vázquez-Portomeñe, «El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración Pública» (sobre el bien jurídico protegido en los delitos “del cargo”), en EPC, XXII, Universidad de Santiago de Compostela, 2000, pp. 337 ss., con un estudio sobre este delito.

<sup>376</sup> De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», p. 235.

<sup>377</sup> Vid. *ibíd.*, pp. 235-246, 255-256.

Finalmente, en relación con el principio de Estado social y la incidencia del consentimiento, se tiene que considerar que el Estado social puede crear dependencias que pongan en discusión la voluntad del consentimiento dentro de una intervención sobre un derecho fundamental; frente a este abuso es importante la prohibición de encadenamiento que analiza las ventajas y desventajas por un consentimiento involuntario y, por ende, ineficaz para suplir una autorización legal de la intervención estatal. Dentro del Estado social, de igual forma, se puede producir que el exceso de ofertas y las excelentes prestaciones que se brinden al ciudadano, terminen con el hecho de que este no quiera defender más sus derechos, lo que podría limitarse a través de los principios constitucionales liberales, entre los que se encuentra la garantía de respeto al contenido esencial recogido en el artículo 53.1. de la Constitución de España.

### **3.4. DELITOS IMPRUDENTES: HOMICIDIO Y LESIONES IMPRUDENTES**

#### **3.4.1. HOMICIDIO IMPRUDENTE**

El consentimiento puede operar tanto en los delitos dolosos como imprudentes<sup>378</sup>, en los últimos, el consentimiento presenta algunas inquietudes que tratan de establecer si el consentimiento se puede referir por un lado, al resultado lesivo, a la conducta descuidada o a ambas al

---

<sup>378</sup> En este sentido, entre otros: Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 511; Segura García, «El Consentimiento...», p. 157; en contra: Quintano Ripollés, «Relevancia Consentimiento de la víctima en materia penal», ADPCP, II, 1950, p. 331 que entiende que dentro del consentimiento se debe dar una coincidencia entre la voluntad del autor y del titular del bien jurídico.

mismo tiempo y, por otra parte, se intenta dilucidar si el consentimiento es eficaz en los delitos imprudentes con resultado de muerte<sup>379</sup>.

En el primer planteamiento, se ha considerado que la víctima puede consentir sobre la conducta; pero no en el resultado, como es el caso de la conducción imprudente. En el segundo planteamiento, sobre si el consentimiento exime dentro de los delitos imprudentes con resultado de muerte, se han dado varias apreciaciones; se considera que nadie puede consentir eficazmente en su muerte; sin embargo, lo más conflictivo se presenta en relación a que el consentimiento se otorga únicamente para la conducta imprudente; pero no para el resultado de muerte. Frente ello, se ha respondido de diferentes formas, de tal suerte que se admite la eficacia en las acciones peligrosas para la vida (autopuesta en peligro), por su parte, en el Derecho español, y con base al libre desarrollo de la personalidad se podría justificar a través de un vivir peligrosamente<sup>380</sup>. El homicidio imprudente está regulado en el artículo 142.

### **3.4.2. LESIONES IMPRUDENTES**

El consentimiento en las lesiones ha presentado mucha conflictividad en las disposiciones dadas por el legislador, aparte de que por sí, el consentimiento encierra una problemática particular dentro de las lesiones<sup>381</sup>.

---

<sup>379</sup> Vid. Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 511.

<sup>380</sup> *Ibíd.*, pp. 511– 512.

<sup>381</sup> En este sentido: López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 57; Mir Puig, DP. PG., 6ª edic., p. 509.

Las constantes reformas, en relación al consentimiento dentro de las lesiones<sup>382</sup>, desembocaron en la existencia del polémico artículo 428, el cual no admitía la relevancia del consentimiento lo que produjo, a su vez, una gran polémica en la doctrina española, especialmente sobre temas relacionados al consentimiento dentro del sistema del delito, al bien jurídico en los delitos de lesiones, a su disponibilidad y a la constitucionalidad misma de dicho artículo<sup>383</sup>.

El actual Código penal de 1995 ha resuelto, en parte, el problema suscitado en sus artículos 155 y 156; así, mientras que el primer artículo atenúa la responsabilidad penal, siempre y cuando el consentimiento sea válido, en el artículo 156 concede al consentimiento otorgado válidamente eximir la responsabilidad penal, solo en los casos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual<sup>384</sup>. Los principales problemas que plantea la reforma son considerar únicamente a estos casos en donde el consentimiento tiene su eficacia; pero se debe entender que no son los únicos; por otra parte, el precepto excluye la eficacia del consentimiento presunto, al señalar en forma específica los requisitos que debe tener el consentimiento para ser válido, lo que traería dificultades especialmente en los trasplantes de órganos y al final, al referirse este precepto a situaciones manifestadas expresamente, otros conflictos no mencionados, como los

---

<sup>382</sup> Vid. Mir Puig, DP. PG., 6ª edic., pp. 509-510; Segura García, «El Consentimiento...», pp. 22 ss., sobre las reformas y las variaciones legislativas.

<sup>383</sup> En este sentido y con argumentos en relación a dichos supuestos, entre otros: Vid. Gimbertat Ordeig, Adiciones a Quintano, Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal, I, Madrid, 1972, pp. 795-796; Berdugo Gómez de la Torre, El delito de lesiones, Salamanca, 1982, pp. 72 ss.

<sup>384</sup> López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 59-60,

relacionados al tratamiento médico se pueden resolver por otra vía, es decir, conforme a las reglas de la Teoría del consentimiento<sup>385</sup>.

Respecto a las lesiones en los deportes ha sido de igual forma un asunto discutido<sup>386</sup>, pero se puede concluir que dentro del tipo de lesiones, el consentimiento tiene como límites al riesgo permitido y a las acciones socialmente adecuadas, por lo que, aquí es importante atender a las reglas de cada deporte en concreto<sup>387</sup>.

### **3.4.3. TRATAMIENTO MÉDICO ARBITRARIO**

Dentro del tratamiento médico, el consentimiento presta mucho material de discusión, por ser una de las ramas con mayor aplicación, principalmente, en cuanto a la manifestación de la voluntad del paciente frente al profesional y a la terapia que puede optar.

En general, en este ámbito se presentan casos conflictivos, tales como la eutanasia, la huelgas de hambre, las transfusiones de sangre y el aborto de las menores e incapaces<sup>388</sup>.

---

<sup>385</sup> López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 59-60, en este caso se encuentra el tratamiento médico que se resuelve por otra vía a la expuesta en el Código Penal, como es el consentimiento informado.

<sup>386</sup> Estudio en este sentido, Montero Fernández-Cid, «El consentimiento en las lesiones deportivas», en «El Consentimiento. El...», pp. 61 ss., entre otros.

<sup>387</sup> Vid. López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 61 ss.

<sup>388</sup> Vid. infra, cap. III, ap. 397 ss, una breve mención sobre el tema.

## **CAPÍTULO III**

### **EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DENTRO DE LA PRÁCTICA MÉDICA**

1. La función del consentimiento informado dentro del tratamiento médico y sus aplicaciones en general. 2. La relevancia penal del consentimiento informado. 3. El consentimiento informado: descripción general. 3.1. La historia del consentimiento informado y su evolución. 3.2. El concepto y la naturaleza del consentimiento informado. 3.3. Los principios éticos del consentimiento informado. 3.3.1. El modelo de beneficencia. 3.3.2. El modelo de autonomía. 3.3.3. El modelo paternalista. 3.3.4. El modelo de justicia. 3.3.5. La aplicación del modelo de conducta médico-paciente dentro de la legislación existente. 3.4. La normativa reguladora del consentimiento informado. 3.4.1. El marco internacional. 3.4.2. El marco estatal. 3.4.3. El marco autonómico. 3.5. Los requisitos del consentimiento. 3.5.1. Las semejanzas entre el consentimiento informado y el consentimiento general. 3.5.2. Las diferencias entre el consentimiento informado y el consentimiento general. 3.6. El derecho a la información: sus requisitos. 3.6.1. Los tipos de la información. 3.6.1.1. La información como objeto de la consulta o finalidad del acto médico. 3.6.1.2. La información como parte del tratamiento: la llamada información terapéutica o preventiva. 3.6.1.3. La información como presupuesto y/o requisito previo del consentimiento. 3.6.1.4 El derecho a la información sobre los sistemas de salud. 3.6.2. Los requisitos de la información. 3.6.2.1. La información como presupuesto o requisito previo del consentimiento. 3.6.2.2. El derecho a no ser informado. 3.6.2.3. El alcance de la información. 3.6.3. Las características de la información. 3.7. Las excepciones al derecho de prestar el consentimiento. 3.7.1. La supremacía de intereses superiores. 3.7.2. Los casos de urgencia vital. 3.7.2.1. La relevancia de las voluntades anticipadas. 3.7.2.2. La relevancia de los representantes legales. 3.8. La negativa prestar el consentimiento. 3.9. Los problemas prácticos sobre el consentimiento informado. 3.9.1. La aparición del consentimiento informado. 3.9.2. Algunas críticas al principio de autonomía. 3.9.3. Algunos cuestionamientos con respecto a la fundamentación jurídica. 3.9.4. El problema de la información. 3.9.5. La capacidad para consentir y sus dificultades. 3.9.6. Otros problemas. 3.9.7. Algunos casos específicos. 3.9.7.1. La eutanasia. 3.9.7.2. Las huelgas de hambre. 3.9.7.3. Las transfusiones de sangre.

#### **1. LA FUNCIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DENTRO DEL TRATAMIENTO MÉDICO Y SUS APLICACIONES EN GENERAL**

La función del consentimiento informado dentro de la actividad médica tiene como raíces la misma historia y características que presenta el



consentimiento informado en general<sup>389</sup>. La presencia del consentimiento informado en materia de salud, se puede atribuir a algunos puntos claves como el cambio en la relación médico-paciente, con el paso del paternalismo a otros modelos, todo lo relacionado a esta relación y sus actos se encuentran legitimados por el consentimiento informado del paciente<sup>390</sup>.

En un conjunto general, elementos como la evolución de la ética médica, el desarrollo de los principios de actuación dentro del campo ético, la aparición de códigos de ética y normas jurídicas y la proliferante jurisprudencia sobre el consentimiento informado, fueron los ingredientes iniciales que tuvieron una relevancia trascendental para su aparición<sup>391</sup>.

Por un lado, el consentimiento informado enarbola las conquistas de los pacientes sobre sus derechos, y finalmente se le ha reconocido el derecho del paciente a la libertad de elegir su terapia<sup>392</sup>, con amparo en el principio de autodeterminación. Sin embargo, por otra parte, el consentimiento informado se ha convertido en un mecanismo de defensa del médico, ante las demandas que pueda tener por su actividad, pues la existencia de la

---

<sup>389</sup> Vid. supra, ap. 1.1. y ap. 1.2.

<sup>390</sup> Vid. en este sentido: Romeo Casabona, «El médico y el...», p. 71; Saggi, «Trattamento sanitario e consenso informato», LIP, Nuova S-Anno V, núm. 3, Settembre-Dicembre, 2002, p. 937, también indica que la idea de terapia es correlativa a la idea de salud, y estas están opuestas a la idea de enfermedad, por lo que, la aplicación del tratamiento sanitario es una causa de legitimidad.

<sup>391</sup> Vid., Simón Lorda, «El Consentimiento...», pp. 25 ss. Faulder, «Whose Body Is It? «The troubling issue of informed consent», Virago, London, 1985, pp. 44 ss.

<sup>392</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en Cerezo, Suárez, Beristain, Romeo Casabona (coords.), Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos, LH al profesor Torío López, Granada, 1999, pp. 266 ss.; la misma: «Libertad de terapia versus consentimiento. Límites y controles de la investigación genética», Casado María (ed.), en Bioética Derecho y sociedad, Ed. Trotta, Madrid, 1998, passim.

denominada Medicina Defensiva<sup>393</sup> tiene como herramienta principal al consentimiento informado del paciente, quien obrará como medio de prueba a favor del médico y su equipo ante un posterior reclamo.

Indudablemente, en la relación médico-paciente se manifiesta un conflicto de intereses que atañen precisamente a los derechos fundamentales<sup>394</sup>, pues el paciente tiene el derecho a la vida, a la salud y a la libertad de elección de la terapia que prefiera; por su lado, el médico tiene un derecho y un deber ante el legítimo ejercicio de un oficio o cargo<sup>395</sup>. Dentro del marco del Derecho del médico, en muchas ocasiones la doctrina sugiere que es la salida correcta para invocar un estado de necesidad en una determinada situación, y de esta forma legitimar la actuación del médico<sup>396</sup>.

Aparte de lo dicho, se establece que el consentimiento informado es un proceso<sup>397</sup>. no un formato a seguir; se tiene como el proceso mediante el cual el paciente recibe la información necesaria y decide libremente la terapia que optará. Como se enfocará con mayor profundidad en los apartados siguientes, esta situación no es del todo pacífica, pues cuenta con considerables problemas prácticos al momento de aplicar la Teoría del consentimiento informado. Sin embargo, de momento, el consentimiento ha

---

<sup>393</sup> Faulder, «Whose...», pp. 52 ss. sobre el efecto de protección o defensa del consentimiento informado; Romeo Casabona, Derecho sanitario aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón, v. I, Zaragoza, 2004, *passim*, sobre la aplicación del consentimiento informado; *vid. supra*, PT, cap. VII, ap. 1, sobre Medicina Defensiva.

<sup>394</sup> Vid: Corcoy Bidasolo, «Consentimiento y...», en «Nuevo Código...», pp. 264, en relación a los fundamentos de la eficacia limitada del consentimiento presentados por el conflicto sobre la disposición de bienes, por menor que afecta al consentimiento en la actividad médica, así la tradicional oposición entre el derecho a la vida y la libertad; Saggi, «Trattamento...», pp. 930 ss., también sobre el tema.

<sup>395</sup> Vid. Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., pp. 482, con un estudio doctrinal detallado; López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 43 ss., sintéticamente trata este aspecto.

<sup>396</sup> Vid. Eusebi, «Il Diritto penale di fronte alla malattia», en *La tutela penale della persona*, Giuffré Ed., Milano, 2001, pp. 136 ss. entre otros,

<sup>397</sup> Vid. *supra*, ap. 1, n. 393.

tenido mucha incidencia dentro del ámbito de la salud, y concretamente la presencia de un consentimiento especial y creado para esta actividad, como es el consentimiento informado, viene en sí a justificar la actuación del médico y a preservar el derecho de autodeterminación del paciente, que puede expresarse como el ejercicio a la libertad de terapia, el derecho a no consentir, todo esto dentro del proceso de otorgamiento del consentimiento informado.

El médico, con el consentimiento informado debidamente obtenido, no podría ser imputado por ningún delito, al margen de que posteriormente haya obrado con imprudencia en la ejecución de la actividad consentida por el paciente.

## **2. LA RELEVANCIA PENAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Se considera que el consentimiento informado es una aportación del Derecho a la Medicina<sup>398</sup>, cuya relación tiene su propia historia. Dentro de ello, el consentimiento informado indiscutiblemente legitima la actuación médica y garantiza el respeto a la autodeterminación del paciente; caso contrario, si los actos médicos no se atienen a los requisitos del consentimiento informado, se puede incurrir en responsabilidad penal y civil<sup>399</sup>.

Con relación a la responsabilidad penal, de manera general se puede decir que en el ámbito de la actuación médica, la producción de un resultado

---

<sup>398</sup> Vid. en este sentido, Jorge Barreiro, «El consentimiento informado del paciente y su relevancia jurídico penal», CDJ, núm. 12, 2001, p. 209.

<sup>399</sup> Vid. de similar opinión, Galán Cortés, Responsabilidad médica y consentimiento informado, Civitas, Madrid, 2001, p. 381.

lesivo conectado con una acción u omisión, por sí mismo no conduce a la atribución de responsabilidad penal; para ello es necesario que pueda realizarse una imputación al menos a título de imprudencia, es decir, deben darse las condiciones de lo que la doctrina denomina como «imputación objetiva» del resultado a un hecho realizado a un sujeto, y de igual forma deben coincidir los elementos de la imprudencia personal del mismo<sup>400</sup>. El resultado lesivo puede ser o no imputado a título de imprudencia si acaece de modo imprevisible; sin embargo, aun en casos en los que el resultado se presente de modo previsible, no siempre puede atribuirse la responsabilidad penal, debido a la presencia del «riesgo permitido» dentro de la actividad médica<sup>401</sup>. Por lo arriesgado de la *praxis* médica, la producción de un resultado lesivo previsible no siempre constituye una infracción al deber objetivo de cuidado, sino que en una ponderación de costes y beneficios se encuentra amparado dentro del «riesgo permitido». Es importante que se deba constatar con claridad una imprudencia para hacer responsable al sujeto, y la misma no puede derivarse de la verificación del resultado lesivo, sino que tiene que dar cuenta específica del sentido de la imprudencia realizada, es decir, el resultado ha de ser expresión precisa del riesgo creado con la conducta imprudente<sup>402</sup>. La responsabilidad penal del médico se produce cuando crea un riesgo distinto al que ya existía, siempre y cuando que este riesgo no sea previsible, dentro de la evolución de la enfermedad, o no se trate de un riesgo previsible en estas circunstancias, siempre que en el segundo caso el tratamiento sea el adecuado; en estos casos la responsabilidad penal del médico por lesiones u homicidio

---

<sup>400</sup> En este sentido, Silva Sánchez, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, JM Bosch Ed., Barcelona, 1999, p. 9.

<sup>401</sup> Ídem.

<sup>402</sup> *Ibíd.*, p. 10.

imprudentes se basa en la infracción del deber de cuidado<sup>403</sup>. Es necesario que el médico se abstenga de cualquier extralimitación del consentimiento otorgado, con excepción de casos que se presenten como urgentes y necesarios<sup>404</sup>.

Claramente, la doctrina señala que cuando se produce una falta de información y la ausencia de un consentimiento válido, se puede apreciar un claro ataque a la libertad del enfermo, por lo que se está frente al tratamiento médico arbitrario; en cambio, si únicamente existe una falta del deber de cuidado, se configuraría el tipo de imprudencia<sup>405</sup>. En relación a la falta de información del médico al paciente, en ciertas ocasiones puede ser un factor determinante de una infracción del deber objetivo de cuidado, incluso en algunos supuestos, puede ser el motivo del reproche penal, cuando la omisión de la información con posterioridad desencadena un resultado lesivo para el paciente, por ejemplo en el caso de la omisión de información al paciente sobre una insuficiencia cardíaca importante, con lo cual el paciente no adopta las actitudes terapéuticas adecuadas<sup>406</sup>. Como otro caso importante, se puede citar la falta de información a una mujer embarazada sobre la existencia de un embarazo ectópico, con lo cual la embarazada omite tomar ciertas precauciones y cuidados y al cabo del tiempo este tipo le conduce a una situación de urgencia; la mujer por la ignorancia sobre la naturaleza de su embarazo, no comunica a tiempo el cuadro de urgencia al médico, lo que desencadena su muerte; en este caso se puede entender que se produce la responsabilidad penal por imprudencia

---

<sup>403</sup> Vid. en este sentido, Corcoy Bidasolo, «Consentimiento y...», en «El Nuevo Código...», p. 268.

<sup>404</sup> En este sentido, Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», p. 188.

<sup>405</sup> Vid. Jorge Barreiro, «El consentimiento informado...», pp. 231 ss. como indica el mismo autor, otro sector doctrinal: Crespi, Romeo Casabona, si no se cumple con el deber de información, también se contrariaría al deber de cuidado, y por lo tanto, se está ante el tipo de imprudencia.

<sup>406</sup> *Ibíd.*, p. 387.

por la muerte de la paciente en comisión por omisión<sup>407</sup>, debido a que el médico ocupa la posición de garante e infringe la norma de cuidado cuando omite la información y desencadena el resultado fatal que se produce<sup>408</sup>.

Con relación a las actuaciones dolosas, estas quedan descartadas dentro del tratamiento médico, pues se configuraría el dolo solo en situaciones excepcionales<sup>409</sup>.

El tratamiento arbitrario no cuenta aún con un tipo específico; generalmente, ha sido subsumido tanto por la doctrina alemana y la doctrina española dentro del delito de lesiones. El Código Penal español, incorpora, en 1995, al delito contra la libertad, donde se pudiera subsumir al tratamiento arbitrario; pero, todavía este se reconduce al delito de lesiones cuando se dan intervenciones de alto riesgo con un resultado negativo y, en el caso de muerte, se subsume dentro del homicidio con dolo

---

<sup>407</sup> Almena Vich, «La responsabilidad penal del médico y del cirujano», RPJ, núm. 48, 1997, p. 251, aclara que dentro de la terminología genérica de los delitos de omisión se pueden ver dos categorías: a) Los delitos de omisión pura o propia, implican la vulneración de una norma preceptiva, es el no actuar por cualquiera, y b) Los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, se refieren a la producción de un resultado por parte de quien está obligado a realizar una actuación para evitar tal resultado, es decir, quien ocupa la posición de garante, lo que configura la obligación legal de actuar.

<sup>408</sup> Vid. Jorge Barreiro, «El consentimiento informado...», p. 238, en los supuestos de comisión por omisión en los delitos imprudentes a más de analizar la imputación objetiva, el riesgo permitido y la infracción del deber de cuidado, se debe de la misma manera, estudiar los distintos elementos que integran la estructura típica de la figura de comisión por omisión (situación típica –posición de garante del médico, al asumir efectivamente el tratamiento–); la ausencia de una acción determinada (–de aportar la información necesaria a la paciente sobre su situación de embarazo ectópico–, a lo que sigue la producción del resultado –muerte de la paciente–); y la capacidad de realizar la acción debida (–de haber podido proporcionar la información necesaria a la paciente y que el médico hubiese podido evitar el resultado de muerte si hubiera interpuesto la acción indicada de informar a la paciente–).

<sup>409</sup> Vid. así, Silva Sánchez, «Libertad de terapia y responsabilidad penal del médico» CDJ, añ. VII, núm. 12-2001, p. 171.

eventual, además, si se trata de una actuación sin la voluntad del paciente, se está ante un delito de coacciones<sup>410</sup>.

Finalmente, se puede ver y a modo de resumen, que el consentimiento informado es un requisito esencial para analizar la relevancia penal de un acto médico, y su vulnerabilidad en general conlleva a la imprudencia, al tratamiento arbitrario, a la comisión por omisión y a los problemas propios de la actuación médica frente al paciente<sup>411-412</sup>.

### **3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: DESCRIPCIÓN GENERAL**

El consentimiento informado como una figura derivada de la Teoría del consentimiento tiene sus propias peculiaridades; en este sentido, aporta al estudio dogmático general una evolución, unos requisitos, unas excepciones y una problemática propia. Los elementos únicos que presenta el consentimiento informado han surgido precisamente de la aplicación diaria del consentimiento en todos los centros de salud dentro de la relación médico-paciente.

La aparición del consentimiento informado dentro del mundo jurídico ha evolucionado paulatinamente hasta ser considerado, en la actualidad, como un derecho fundamental, como un derecho humano indispensable y defendible en la mayoría de ordenamientos jurídicos<sup>413</sup>.

---

<sup>410</sup> Vid. al respecto, Jorge Barreiro, «El consentimiento informado...», pp. 232 ss.; Galán Cortés, «Responsabilidad médica...», p. 381.

<sup>411</sup> Vid. Galán Cortés, «Responsabilidad médica...», pp. 385 ss., sobre el tratamiento de la legislación internacional frente a la relevancia penal del consentimiento informado.

<sup>412</sup> Vid. Romeo Casabona, «El médico...», pp. 3 ss.

<sup>413</sup> Vid. infra, PT, cap. VII, ap. 1.

### **3.1. LA HISTORIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU EVOLUCIÓN**

En este estudio se entiende que el consentimiento informado surge y se consolida dentro del mundo jurídico a través de dos vías.

Como primera vía de nacimiento y a la vez es la base práctica para su aparición, se cuenta a la especial relación médico-paciente que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. En un inicio, la doctrina<sup>414</sup> considera la existencia de una relación paternal, lo que se conoce como la relación tradicional dentro de la interacción médico-paciente. En la relación paternalista tradicional, generalmente se presentan dos parámetros recurrentes: por una parte, se establece una relación individual directa y privada, y de ello se deriva por otro lado, la confianza que existía entre el médico y el paciente. El clima de confianza dentro la relación es el causante de que el paciente, deje en manos del profesional las decisiones, siempre tendientes a la consecución del mayor beneficio para sí y en defensa de sus intereses. Esta relación paternal, considerada como de atención asistencial, se ve afectada por circunstancias del cambiante mundo político; de esta forma dentro del correspondiente momento histórico, el Estado se transforma en un Estado Social, con las repercusiones propias de este modelo de Estado, en cuanto al hecho de que el poder público es el que afronta la asistencia sanitaria de los ciudadanos. Esta coyuntura ocasiona, a su vez, que se produzca una masificación del tratamiento médico en ciertos centros, como parte del respectivo monopolio circundante a los grandes hospitales y centros sanitarios. También, adjuntamente a esta realidad, se produce un alto desarrollo en los avances biomédicos y la tecnificación de la Medicina, esto es sin duda, lo que ocasiona la tendencia a la

---

<sup>414</sup> Vid. en este sentido, Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», pp. 144-145.



especialización en materia médica. Todo este proceso que incide en la relación médico-paciente termina con el resquebrajamiento del principio de confianza y, por ende, el paciente queda en una posición de fragilidad dentro del sistema. Frente a esta situación, comienza a gestarse un nuevo tipo de relación: el ciudadano común, que en su momento se transforma en paciente y en protagonista de la relación en referencia, es cada vez más conocedor de sus derechos dentro de la sociedad en la que vive, por lo que exige la tutela de estos, de tal forma que con apego al derecho de autodeterminación, el paciente puede decidir sobre el tratamiento que debe tener ante su enfermedad. De esta manera, se produce la transición del paternalismo a un enfoque en el cual prima la autonomía del paciente. Sin embargo, este proceso no ha permanecido exento de tensiones y problemas relacionados a la adaptación del propio sistema a los nuevos parámetros y, como consecuencia de ello, el poder estatal se ve obligado a crear fallos jurisprudenciales y normas legales, que intenten resolver los puntos conflictivos que han surgido de esta nueva relación.

Como segunda vía de nacimiento y consecuencia de la anterior, se tiene a la muy fructífera doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica sobre el tema. Si bien, dentro del desarrollo de la Bioética<sup>415</sup> acaecen hechos que tienen una notable influencia en la creación del consentimiento informado, entre esos se cuenta a la aparición del Código de Núremberg en 1947-1948 y al nuevo tratamiento reivindicativo que proporciona a los derechos civiles<sup>416</sup>, sin embargo, la existencia de casos de jurisprudencia pioneros, como es el fallo paradigmático que sentó precedente en la materia y fue resuelto en la Corte de Apelación de Nueva

---

<sup>415</sup> Vid. infra, intr. ap. I. 6.

<sup>416</sup> Vid. de este criterio: Jiménez Sánchez, «El Consentimiento informado ante los tribunales», en Responsabilidad médica y sanitaria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2003, p.107.

York por el juez Benjamín Cardozo en 1914, caso conocido como «Scholoendorff v. Society of New York Hospital», sienta como requisito el consentimiento del paciente para la realización de una intervención por parte del cirujano<sup>417</sup>. A partir de este fallo, se han dado un número considerable de sentencias que abordan una variedad de asuntos problemáticos dentro de la relación médico-paciente<sup>418</sup>.

### **3.2. EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Es difícil encontrar un concepto único y determinado de lo que se debe entender como consentimiento informado. De forma general se puede decir que es el derecho a decidir que tiene el paciente sobre la realización o no de su propio tratamiento, luego de que haya sido informado correctamente sobre los beneficios y riesgos de su aplicación<sup>419 420</sup>.

---

<sup>417</sup> Vid. en las propias palabras del Juez Cardozo se tiene el siguiente pronunciamiento: «cada ser adulto y con mente clara tiene el derecho a determinar qué es lo que hará con su cuerpo» y «un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente, comete una agresión de cuyas consecuencias es responsable».

<sup>418</sup> Vid. Hoof, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1999, pp. 102 ss., con mayor explicación sobre fallos importantes y sobre lo expuesto; con similares estudios: Jiménez Sánchez, «El Consentimiento informado...», pp. 107,108 y 123 ss., además, presenta una abundante jurisprudencia española sobre el tema; Galán Cortes, «Responsabilidad Médica...», pp. 395 ss., realiza un estudio completo sobre varios tópicos; Simón Lorda, *El consentimiento informado*, Editorial Triacastela, Madrid, 2000, pp. 25 ss., realiza un detallado análisis histórico.

<sup>419</sup> Vid. en este sentido: Romeno Casabona: «Derecho sanitario...», pp. 145 – 146.

<sup>420</sup> Vid. de este criterio: López Barja de Quiroja, «El Consentimiento Informado. La perspectiva médica. Problemas Cotidianos», en «La Responsabilidad médica y...», p. 67, trae a colación el concepto constante en el Manual de Ética del Colegio de Médicos americanos, así: el consentimiento informado «consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominio psicológico sobre su paciente»; Faulder, «Whose...», p. 2, entre las

De las características y requisitos propios que presenta el consentimiento informado en materia sanitaria, se desprende que ha heredado de la evolución de la Teoría general del consentimiento, los componentes del negocio jurídico en el sentido del Derecho civil, en cuanto a la libre manifestación de las voluntades en un contrato<sup>421</sup>. Por otra parte, como se ha visto, también el consentimiento informado puede excluir la responsabilidad penal<sup>422</sup>. Sin embargo, el consentimiento informado es ante todo la manifestación de un derecho subjetivo relacionado con los derechos fundamentales que afectan a la facultad de disposición de un bien jurídico por parte del titular (salud, libertad)<sup>423</sup>.

El consentimiento informado no solo contiene la relación médico-paciente, sino que abarca de igual forma a los servicios médico-sanitarios y pretende asegurar el mantenimiento de una relación de confianza entre el profesional sanitario y el paciente, como también pretende contribuir a la elevación del nivel en la calidad asistencial<sup>424</sup>.

Finalmente<sup>425</sup>, siendo el consentimiento informado un proceso no un simple formalismo, este proceso consiste en la comunicación entre el médico y el paciente, con el fin de cambiar información que permita tomar la mejor decisión al paciente; dicho proceso ha sido regulado legalmente con el propósito de defender el derecho de autonomía del paciente.

---

calificaciones que proporciona al consentimiento informado, dice de este que es: el derecho de controlar nuestros destinos y determinar nuestro final, hasta donde sea humanamente posible.

<sup>421</sup> Vid. Ídem; el mismo: «Consentimiento informado y teoría general del derecho» en «La Responsabilidad médica y...», p. 69.

<sup>422</sup> Vid. infra, PT, cap. VII, ap 4 ss, 5 ss. mayor referencia sobre el tema.

<sup>423</sup> Vid. de este criterio, Romeno Casabona: «Derecho sanitario...», pp. 146 – 147.

<sup>424</sup> Vid. ibíd., Romeno Casabona: «Derecho sanitario...», p. 147.

<sup>425</sup> Vid. en este sentido: Rozovsky, *Consent to Treatment a Practical Guide*, 2ª edic., Aspen Publishers, Inc., Gaithersburg, Maryland, 1999, pp. 1 ss.; Jorge Barreiro, «El consentimiento informado.. », p. 209.

### **3.3. LOS PRINCIPIOS ÉTICOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

La doctrina<sup>426</sup> considera que para abordar al consentimiento informado es necesario realizar un repaso a los principios de la Bioética<sup>427</sup>, en donde se generan ciertos modelos éticos de actuación del médico frente al paciente. Los modelos en cuestión se fundamentan, primordialmente, en el principio de beneficencia y en el de autonomía.

#### **3.3.1. EL MODELO DE BENEFICENCIA<sup>428</sup>**

Este modelo responde a la aplicación del principio bioético de beneficencia y persigue la protección del mayor interés del paciente<sup>429</sup>. Para la correcta aplicación del principio como modelo obligatorio, se debe hacer un cálculo de costos y beneficios, lo que presenta cierta complejidad y dificultad al momento de la evaluación; en este sentido, la aplicación del criterio de beneficencia resulta de utilidad en la toma de decisiones. Sin embargo, conjuntamente con lo anterior, es necesaria una limitación a través de

---

<sup>426</sup> Con este criterio, Vid. Galán Cortés, «Responsabilidad médica...», p. 43.

<sup>427</sup> Gafo, «Historia de una nueva disciplina: la Bioética», en Romero Casabona ed., Derecho Biomédico y Bioética, Comares, Granada, 1998, pp. 98-104; Castellano Arroyo, «Deontología Médica: Teoría y práctica» en «Derecho Biomédico...», pp. 34-35; Puigpelat Martí, «Bioética y valores constitucionales», en «Bioética Derecho...» p. 50-53; Atienza, «Juridificar la Bioética», en Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales, Vázquez (com.), Instituto tecnológico y autónomo de México. Fondo de Cultura económica, México, pp. 82 ss. Faulder, «Whose...», pp. 23 ss.; Jonsen, The Birth of Bioethics, Oxford University Press, New York-Oxford, 1998, pp. 332 ss. todos ellos con un estudio más exhaustivo de los principios de Bioética y su jerarquía.

<sup>428</sup> Vid. con mayor amplitud, Beauchamp y Childrees, Principios de ética biomédica, Masson S.A., Barcelona, 1999, pp. 245 ss. Faulder, «Whose...», pp. 28 ss.

<sup>429</sup> Vid. así Galán Cortés, «Responsabilidad médica...», p. 43.

normas morales con el fin de alcanzar una justa distribución de los beneficios, de los riesgos y de los costes<sup>430</sup>.

### **3.3.2. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA<sup>431</sup>**

Sobre la definición de un concepto de autonomía<sup>432</sup>, se dan diferentes análisis, por lo que no resulta unívoco ni para la lengua, ni para la filosofía contemporánea llegar a un criterio común, razón por la cual, al estar constituido por varias ideas es necesario concretarlo conforme a cada objetivo determinado. En este sentido, dentro de la actividad médica se entiende que el modelo de autonomía<sup>433</sup> se apega a la interpretación de los intereses del paciente, que pueden coincidir o no desde un punto de vista objetivo con los criterios médicos, de tal forma, que en este modelo se otorga mucha importancia al juicio de valores característico de cada individuo en función a sus ideales, creencias y proyecto de vida, lo que conlleva a que, jurídicamente, las decisiones del paciente sean respetadas por el derecho del paciente a su autodeterminación.

Actualmente, el principio de autonomía es primordial en la relación entre los profesionales de la salud y los pacientes, como lo ratifican las Cartas de Derechos de los enfermos y otras normativas legales. El consentimiento informado en sí, es la primera materialización del cumplimiento de la autonomía y de la capacidad de decisión de una persona autónoma. El paciente tiene la capacidad de actuar con conocimiento de causa y sin

---

<sup>430</sup> Vid. sobre el tema; Beauchamp y Childress., «Principios...», pp. 245.

<sup>431</sup> Vid. infra. PT, cap. VII, ap. 1 ss.

<sup>432</sup> Vid. en consideración de Beauchamp y Childress, «Principios...», pp. 113.

<sup>433</sup> Vid. a criterio de Galán Cortés, «Responsabilidad...», pp. 44-45.

coacción extra, es decir, debe existir siempre el consentimiento informado para la toma de decisiones<sup>434</sup>.

### **3.3.3. EL MODELO PATERNALISTA**

De esta forma tradicional de atención asistencial, ya abordada con anterioridad en este apartado<sup>435</sup>, en resumen, se puede afirmar, que el modelo paternalista conlleva a la limitación de la voluntad del paciente, es decir, la limitación de la propia autonomía. La limitación se aplica en beneficio del enfermo, a pesar de poseer la capacidad suficiente, lo que deriva en la sustitución de la voluntad del paciente, por el criterio del médico<sup>436</sup>.

### **3.3.4. EL MODELO DE JUSTICIA**

En este modelo ocurre algo parecido en lo apreciado en la definición del concepto de autonomía y de su correspondiente modelo, pues; por la diversidad de conceptos y de teorías que se han dado sobre justicia en este trabajo, dentro de este modelo conforme a todas las explicaciones de estudios filosóficos anteriores se escoge y se entiende como justicia a las ideas que «interpretan la justicia como trato igual, equitativo y apropiado a la luz de lo que se deba a las personas o es propiedad de ellas»<sup>437</sup>. Es así<sup>438</sup>, que la justicia protege los intereses de terceras personas, ajenas a la relación médico-paciente, con lo que se observa una manifestación singular del principio de beneficencia. En determinados casos, el principio y el

---

<sup>434</sup> Vid. Gafo, «Historia de una...», en «Derecho Biomédico...», pp. 98 ss.; en este mismo sentido, Faulder, «Whose...», p. 23.

<sup>435</sup> Vid. supra, ap. 3.1.

<sup>436</sup> Vid. en este sentido, Galán Cortés, «Responsabilidad...», p. 47.

<sup>437</sup> Vid. con profundidad, Beauchamp y Childress., «Principios...», pp. 311 ss.

<sup>438</sup> Vid. Galán Cortés, «Responsabilidad...», pp. 48-49.

modelo de autonomía pueden verse modificados por el de justicia, siempre que exista la justificación de dar prioridad a los intereses de terceros, es decir, se estaría ante el predominio del bien común, general o social frente al interés particular.

Entre los diversos problemas que atiende el modelo de justicia en general, en la actualidad se presenta como un reto necesario el encontrar desde la Ética y la Deontología, la solución apegada al principio de justicia que restrinja la necesidad del empleo de altos costos en ciertas técnicas aplicables para pocos *versus* otras de muy bajo costo; pero con alta eficacia y rendimiento<sup>439 - 440</sup>.

### **3.3.5. LA APLICACIÓN DEL MODELO DE CONDUCTA MÉDICO-PACIENTE DENTRO DE LA LEGISLACIÓN EXISTENTE**

Resulta interesante la manifestación expresa del Convenio de Oviedo (1996), que en su artículo 5 menciona como requisito al consentimiento para que se proceda a una intervención médica. En igual sentido, la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos (1997) otorga al consentimiento el carácter de paso previo ante cualquier acto que se realizara en relación al genoma. Sigue esta línea el Proyecto de Convención sobre los Derechos del Hombre y la Bioética de 1996, la Declaración de Helsinki (1964-1975) y la Declaración de Bioética de Gijón (2000). En resumen, en la actualidad al otorgarse el consentimiento

---

<sup>439</sup>Vid. Castellano Arroyo, «La Deontología...», en «Derecho Biomédico...», pp. 34-35.

<sup>440</sup> Vid. sobre otros modelos en donde para la relación médico-paciente: Galán Cortés, «Responsabilidad...», pp. 49-50, se refiere al modelo paternalista, informativo, interpretativo y deliberativo; con estudios similares: Atienza, «Juridificar...», en «Bioética y derecho...», pp. 82-91; Puigpelat Martí, «Bioética y...», en «Bioética, Derecho...», pp. 50-53.

informado del paciente con apego al derecho de autonomía en los actos médicos, se está aplicando el modelo de autonomía dentro de la relación médico-paciente<sup>441</sup>.

Finalmente, dentro de la actividad sanitaria española<sup>442</sup> ha sido, la Constitución de 1978, la que marca un paso importante para el tránsito del modelo paternalista al modelo de autonomía, en base a los nuevos valores supremos del Ordenamiento jurídico<sup>443</sup>.

### **3.4. LA NORMATIVA REGULADORA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

#### **3.4.1. EL MARCO INTERNACIONAL**

Como fuente principal dentro del ámbito europeo y por ende válido para el Ordenamiento español, se tiene al Convenio de Oviedo de 1997 que, como se ha dicho ya en líneas anteriores, introduce al consentimiento informado como requisito de los actos médicos. Al ser un Tratado internacional y por lo tanto sometido a una determinada jerarquía, no puede alegarse una interpretación contraria en base a disposiciones anteriores, ni ser contradicho por normativas posteriores; en todo caso, solo pueden darse modificaciones mediante una reforma al mismo Tratado<sup>444</sup>.

---

<sup>441</sup> Vid. Galán Cortés, «Responsabilidad...», pp. 51 ss. con mayor referencia a códigos, así se tiene entre otros: *Ética Médica* de Thomas Percival (1803), *Código de Ética y Deontología Médica* de la Organización Médica Colegial (1990), *Código Deontológico de la Enfermería Española* (1989).

<sup>442</sup> Vid. en este sentido: Hooft, «Bioética...», p. 105.

<sup>443</sup> Vid: Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, SA, España. 1994, p. 12; Martín Mateo, *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 105, sobre la protección de la dignidad humana como valor supremo del Ordenamiento, entre otros.

<sup>444</sup> Vid. con mayor detalle en Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», pp. 148-149; el mismo en «Consentimiento informado...», en «La Responsabilidad...», pp. 71-72.



### **3.4.2. EL MARCO ESTATAL**

Dentro de España se tiene en las disposiciones de la Ley General de Sanidad, en correspondencia con la Constitución, artículos: 10.1 (dignidad de la persona), 15 (derecho a la vida y a la integridad física y moral) y 17 (libertad ambulatoria), la regulación de dos aspectos importantes, en primer lugar, el derecho del paciente a recibir la información adecuada y en términos comprensibles por parte del médico (artículo 10, 5) y, en segundo lugar, consta el derecho a decidir libremente de entre las opciones que el médico le presente para su caso (artículo 10.6). La Ley General de Salud también contempla el derecho a negarse al tratamiento y pedir el alta voluntaria (artículo 10.9)<sup>445</sup>.

### **3.4.3. EL MARCO AUTONÓMICO**

Las Comunidades Autónomas han creado sus propias leyes con respecto a la sanidad pública y privada; en este sentido, se regula de igual manera sobre el consentimiento informado, sobre el derecho a la información y sobre la historia clínica.

Como peculiaridades propias<sup>446</sup>, el País Vasco incorpora mediante Decreto, la Carta de Derechos y Deberes de los pacientes a su sistema sanitario, y son los primeros en regular sobre la historia clínica, las hojas de consentimiento informado y el alta voluntaria<sup>447</sup>. Por su parte, la

---

<sup>445</sup> Vid. en este sentido, Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», pp. 149-151; el mismo, «Consentimiento informado...», en «La Responsabilidad...», pp. 71-72.

<sup>446</sup> Vid. análisis de Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», pp. 151 ss.

<sup>447</sup> Vid. es importante la aprobación de las voluntades anticipadas en el ámbito sanitario mediante la Ley del 12 de diciembre de 2002; Documento sobre las voluntades anticipadas. Royes (coord.), Observatori de Bioètica i Pret, Universidad de Barcelona, 2001, pp. 5 ss.; vid. supra, PP, cap. III, ap. 3.7.2.1, con más información.

Comunidad Autónoma de Cataluña pone en vigencia una regulación interesante con respecto a los derechos de información, a la autonomía del paciente y a la historia clínica; también es de considerable relevancia, las disposiciones sobre las instrucciones previas que han tenido injerencia en la normativa estatal y de otras comunidades sobre el tema. Las demás comunidades han seguido caminos parecidos en cuanto a las disposiciones respecto al consentimiento informado y demás aspectos<sup>448</sup>.

### **3.5. LOS REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO**

#### **3.5.1. LAS SEMEJANZAS ENTRE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL CONSENTIMIENTO GENERAL**

– Por ser el consentimiento informado una modalidad del consentimiento general, comparte con este todo lo atinente a su evolución histórica, al desarrollo dogmático y a los requisitos en general<sup>449-450</sup>.

– En cuanto a la capacidad de consentir y la regulación sobre los representantes legales, se presentan los mismos parámetros tanto en el

---

<sup>448</sup> Vid. en la Ley 12/2001 de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, Ley gallega 3/2001 de 28 de mayo, Ley 10/2001 de 28 de junio de salud de Extremadura, Ley 6/2002 de julio de la Salud de Aragón, Ley 2/2002 de 17 de abril de Salud de la Rioja, Ley foral de Navarra de 25 de abril de 2002.

<sup>449</sup> Vid. supra., cap. II, ap. 2 ss., sobre los requisitos del consentimiento en general.

<sup>450</sup> Vid. un amplio estudio del tema en Galán Cortés, «Responsabilidad médica...», pp. 73 ss.; Fraga y Lamas, El Consentimiento Informado. El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica, RXG, 1999, pp. 33 ss.; Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», pp. 159 ss.; el mismo en «Consentimiento informado...», en «La responsabilidad...», pp. 80 ss.; Jiménez Sánchez, «El consentimiento informado...», en «La responsabilidad...», pp. 111; Beauchamp y Childress, «Principios...», pp. 137-138.

consentimiento general, como en el consentimiento informado, salvo determinadas normas expresas dentro de leyes concretas<sup>451</sup>.

– La posición que se mantiene dentro del consentimiento informado de ser expresado por escrito, se asemeja doctrinariamente a la Teoría de la declaración de la voluntad, y el motivo para su exigencia escrita puede ser doble<sup>452</sup>: por un lado, para asegurar el cumplimiento de los requisitos del consentimiento y por otra parte, que sirva de medio de prueba en caso de demanda, a más de otras pruebas que señale la Ley.

– Sobre el momento de la rectificación o la revocatoria del consentimiento no se presentan variables, el consentimiento debe otorgarse con anterioridad al acto y puede ser rectificado o revocado antes de que se inicie la ejecución de la acción, aquí se está ante una manifestación más del derecho de autonomía del paciente, obviamente con amparo al principio de autonomía.

### **3.5.2. LAS DIFERENCIAS ENTRE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL CONSENTIMIENTO GENERAL**

– La primera diferencia fundamental se encuentra en la forma de exteriorizar la voluntad, pues el consentimiento informado en materia de sanidad se debe realizar en ciertos casos por escrito, como lo determina el artículo 12.1 de la Ley General de Sanidad, de tal suerte, que quien actúa sepa concretamente cuál es la decisión del paciente. Aunque la Ley General de Sanidad no contempla que en todos los actos médicos debe otorgarse el consentimiento por escrito, la tendencia actual es la de realizar los actos de

---

<sup>451</sup> Vid. infra, PT, cap. VII, ap. 3.2.3.2 ss., con detalle aspectos relacionados al consentimiento mediante representación legal.

<sup>452</sup> Vid. Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», p. 180.

la forma más minuciosa posible y es, precisamente, de este requisito especial del que se derivan algunos de los problemas que presenta el consentimiento informado en la práctica.

– Sobre el objeto mismo del consentimiento que en materia general, recae sobre la acción y el resultado, en el caso del consentimiento informado el objeto es el tratamiento médico, la intervención quirúrgica, es decir, los actos médicos en sí y sus resultados (acto médico: diagnóstico, tratamiento o preventivo)<sup>453</sup>.

– En la doctrina jurídica general se ha señalado que el consentimiento debe ser libre y carecer de vicios (engaño o error). Como novedad dentro del consentimiento informado, y parte del cual deriva su nombre; el consentimiento a más de ser libre, tal como lo dispone la Ley General de Salud, artículo 12.1, es producto de la información de los beneficios y de los riesgos del acto médico, lo que ha dado lugar al derecho a la información. De no mediar la debida información al paciente, se puede hablar de un consentimiento informado realizado por engaño o error y, por ende, objetable jurídicamente dependiendo del caso y tal como la doctrina lo señala con sus diversos matices.

– En relación a la disposición del bien jurídico sobre el cual se puede consentir, el titular debe tener la facultad de disponer sobre el bien jurídico en juego, como se conoce quedan exentos de disposición los bienes jurídico-penales supraindividuales. Así, mediante el consentimiento informado, el paciente dispone de un bien jurídico personal, como es su salud<sup>454</sup>.

---

<sup>453</sup> Vid. infra. ap. 3.4.3.

<sup>454</sup> Vid. sobre el tema, infra. PT, cap. VII, ap. 2.2.1.

– Con respecto al consentimiento presunto, se podría decir que dentro de la actividad médica, esta clase de consentimiento opera en los casos de urgencia<sup>455</sup>.

### **3.6. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN: SUS REQUISITOS**

El término información consta dentro del mismo concepto de consentimiento informado, por lo que salta a la vista la importancia fundamental de todo lo relacionado a la información para el consentimiento informado, de tal suerte, que ha pasado de tener un carácter no obligatorio y dependiente de la receptividad del paciente, a ser considerado por disposiciones legales, como un elemento indispensable para la práctica del consentimiento en la actividad médica, hasta el punto de adjuntar este término al concepto de consentimiento.

En el Ordenamiento jurídico español, la Ley General de Salud en su artículo 10.5, dispone sobre la obligación de informar al paciente, para un consentimiento legítimo dentro de un acto médico. En la misma línea, se encuentra la Ley de autonomía del paciente, artículos 4, 5 y 6.

Es interesante señalar, que el destinatario de la información es en primer lugar el paciente; pero, también, en segundo lugar, sus parientes o allegados, que tienen un derecho derivado del que ostenta el paciente<sup>456</sup>, en el caso de un diagnóstico fatal se puede obviar la información si la familia esta de acuerdo<sup>457</sup>.

---

<sup>455</sup> Vid. infra, ap. 3.7.2, con más detalles al respecto.

<sup>456</sup> Vid. importante énfasis, López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 30.

<sup>457</sup> *Ibíd.*, pp. 33-34.

Finalmente, antes de pasar a los tipos, a los requisitos, a las características y a otros aspectos elementales para la información, es importante indicar que la doctrina general señala que el derecho a la información protege la autonomía del individuo y las decisiones a seguir serán en base a la previa toma de conciencia de determinada situación. En resumen se aprecia que el paciente, poseedor de una información adecuada, es quien puede medir los riesgos y los beneficios, su decisión es una manifestación seria de libertad, pluralismo y autonomía<sup>458</sup>.

### **3.6.1. LOS TIPOS DE INFORMACIÓN**

#### **3.6.1.1. LA INFORMACIÓN COMO OBJETO DE LA CONSULTA O FINALIDAD DEL ACTO MÉDICO**

Antes de indicar las diferentes clases de información, a decir de Romeo Casabona<sup>459</sup>, el análisis sobre la «pluralidad poliédrica» de los múltiples contenidos que puede tener la información, dicha pluralidad viene amparada por la misma Ley General de Salud, que en algunos casos no obra como requisito previo para el otorgamiento del consentimiento, sino también como objeto mismo del acto médico, como es el caso de la consulta médica.

En la consulta médica, el objetivo principal es la información; de esta forma, el consultante no siempre enfermo acude en busca de esta información con el fin de adoptar decisiones muy variadas (privadas,

---

<sup>458</sup> Vid. Pelayo González-Torre, La intervención jurídica de la actividad médica. El consentimiento informado, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 87 ss., con un análisis y citas de la doctrina sobre el tema.

<sup>459</sup> Vid. Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», p. 154; el mismo en «Consentimiento informado...», en «La Responsabilidad...», pp. 77 ss.

legales, tratamientos, puesto de trabajo, matrimonio, etc.), aquí la información se agota con la consulta. En definitiva, lo que se está solicitando es una información diagnóstica, es decir, una valoración sobre un aspecto determinado y dentro de los actos médicos, este es lo más conjetural y, por lo tanto, no puede exigirse su exactitud. Sin embargo, el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso, puede en su caso generar responsabilidad civil, penal o de las dos vías si hay daño al paciente, y también responsabilidad patrimonial de la administración en ambos casos<sup>460</sup>.

### **3.6.1.2. LA INFORMACIÓN COMO PARTE DEL TRATAMIENTO: LA LLAMADA INFORMACIÓN TERAPÉUTICA O PREVENTIVA**

En este tipo de información, el objeto radica en la información puntual que debe prestar el médico al paciente con el fin de que este tenga conocimiento de su situación y la evolución de la enfermedad; de esta manera, podrá adaptar su forma de vida a la realidad de su salud, como parte de una colaboración plena con el médico durante el tratamiento, como por ejemplo; la administración de medicamentos.

Dentro de esta clase de información se encuentran dos modalidades: por un lado, la información terapéutica que forma parte del tratamiento y está sujeta a la *lex artis* médica; aquí, el médico debe actuar respetando sus deberes de cuidado o de diligencia que impone el ejercicio de su profesión; por otra, se presenta la información con fines preventivos como parte de la

---

<sup>460</sup> *Ibíd.* pp. 155-156.

política sanitaria en relación con la Medicina preventiva y la Epidemiología, y su finalidad es la protección de la salud pública<sup>461</sup>.

### **3.6.1.3. LA INFORMACIÓN COMO PRESUPUESTO Y/O REQUISITO PREVIO DEL CONSENTIMIENTO**

Este elemento comprende la información necesaria para que el paciente pueda consentir en una intervención ya sea diagnóstica, preventiva o curativa. La información suministrada debe carecer de vicios, y no forma parte de la *lex artis* médica, debido a que no esta dentro de los deberes de cuidado del médico<sup>462</sup>. La omisión y/o la mala información generan responsabilidad penal, civil y administrativa<sup>463</sup>.

### **3.6.1.4. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LOS SISTEMAS DE SALUD**

La normativa española contiene una serie de derechos de información relativa a los servicios asistenciales y a los propios derechos de los parientes y usuarios, con el fin de mejorar la calidad de la asistencia sanitaria<sup>464</sup>.

## **3.6.2. LOS REQUISITOS DE LA INFORMACIÓN**

### **3.6.2.1. LA INFORMACIÓN COMO REQUISITO DEL CONSENTIMIENTO**

---

<sup>461</sup> Vid. *ibíd*, pp. 156-158.

<sup>462</sup> Vid. *ibíd.*, p. 158, afirmación que sostiene Romeo Casabona, en oposición a la jurisprudencia que opina lo contrario, como consta en la STS (civil) de 24 de mayo de 1995.

<sup>463</sup> Vid. *Ídem*.

<sup>464</sup> *Ídem*.



Como se ha dicho en líneas anteriores, la información previa al consentimiento es un requisito esencial para que el consentimiento sea jurídicamente válido. Los destinatarios de esta información son, en primera instancia, el paciente o la persona que vaya a prestar el consentimiento por él; de igual forma, pueden ser destinatarios de esa información los familiares y allegados del paciente capaz, siempre que este no indique oposición a que sus parientes sean comunicados. La información debe ser suministrada por el médico responsable del tratamiento, por sí mismo o de manera conjunta con otros profesionales responsables del acto médico que se vaya a efectuar<sup>465</sup>.

### **3.6.2.2. EL DERECHO A NO SER INFORMADO**

Es conocida la existencia de pacientes que no desean ser informados de las consecuencias fatales de su enfermedad, por lo que se contempla el respeto a este derecho del paciente tan válido como el mismo derecho a ser informado. En los casos que se presente el deseo del paciente a no ser informado, la decisión debe ser voluntaria y razonada y, de ser posible debe constar en la correspondiente historia clínica<sup>466</sup>.

Este derecho se encuentra reconocido de forma expresa en el artículo 10.2. del Convenio sobre Derechos humanos y Biomedicina de 1997 (Convenio de Oviedo), como en otras leyes autonómicas de España<sup>467</sup>.

---

<sup>465</sup> Vid. Romeo Casabona, «El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos», en «Problemas prácticos...», pp. 92-93.

<sup>466</sup> Vid. Galán Cortés, «Responsabilidad médica...», p. 192.

<sup>467</sup> De esta forma, Ley 21/2000, de 29 de diciembre de la Generalitat de Cataluña, art. 2.1, Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura, artículo 11.1.h).4.

### 3.6.2.3. EL ALCANCE DE LA INFORMACIÓN

El alcance de la información suministrada al paciente dentro de una actividad médica preventiva, diagnóstica y terapéutica debe ser la adecuada. En relación al alcance de la información considerada como adecuada, la Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, dentro de actos médicos advierte que la información adecuada debe «facilitarse de forma comprensible», y solo se refiere a información adecuada, cuando esta se facilita teniendo en cuenta el alcance y los riesgos derivados de una determinada actuación médica y de las circunstancias concretas en las que procede la intervención, actuará dependiendo el caso, por escrito, de forma verbal, en casos de urgencia, de incapaces, etc. De la misma manera, la información debe abarcar el alcance de los riesgos derivados de la revocatoria del consentimiento, donde se debe informar de las consecuencias fisiológicas sobre la salud del paciente, en el supuesto que se interrumpa el tratamiento<sup>468</sup>.

La información adecuada, dentro de las investigaciones científicas, presenta otras peculiaridades, conforme al proceso de Nüremberg se hace necesario garantizar de forma absoluta la voluntad de la persona que desea participar en la investigación sobre seres humanos; por lo tanto, la información debe ser veraz y adecuada a la persona<sup>469</sup>. Al respecto el artículo 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, con relación a los requisitos de la información, contiene disposiciones puntuales, como: 1. El consentimiento que se otorgue luego de la información debe ser libre y expreso, 2. La información a más de ser

---

<sup>468</sup> Benítez Ortúzar, «Capacidad de decisión y consentimiento informado», en Gros Espiell, Gómez Sánchez (coords.), La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, Comares, Granada, 2006, pp. 327-328.

<sup>469</sup> *Ibidem*, p. 328.

adecuada, debe suministrarse de forma comprensible al sujeto, y 3. La información debe contener de forma expresa los modos de revocar el consentimiento, sin que ello presente para la persona una ventaja o desventaja.

### **3.6.3. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA INFORMACIÓN**

La información suministrada debe contener tres características: a. Formal, la información tiene que darse verbalmente y por escrito; b. Temporal, la información debe proporcionarse de manera continuada, es decir, conforme a las necesidades que se vayan presentando de acuerdo a la evolución de cada paciente, de ninguna manera se admite una información única durante el tratamiento médico<sup>470-471</sup>.

### **3.7. LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE PRESTAR EL CONSENTIMIENTO**

Por lo visto, no cabe duda que todas las prerrogativas justas que se han conseguido a favor del paciente, con amparo en el consentimiento informado, pueden ser moduladas por situaciones especiales, con las cuales se limita el derecho a la autodeterminación individual por otros intereses. Se percibe, en este sentido, la aplicación del modelo de justicia en la relación médico-paciente<sup>472</sup>.

---

<sup>470</sup> Vid. en este sentido, López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 30 ss.

<sup>471</sup> Vid. Fraga y Lamas, «El consentimiento...», pp. 79 ss.; Galán Cortés, «Responsabilidad médica...», pp. 125 ss., con un estudio jurisprudencial sobre el derecho de información.

<sup>472</sup> Vid. supra, ap. 3.3.4. sobre el modelo de justicia.

Las excepciones contempladas para otorgar el consentimiento, se encuentran dentro de la Ley General de Salud, artículo 10.6. Dichas excepciones no dejan de ninguna manera libertad absoluta a los médicos para decidir, sino se regula que estas solo se aplicarán en intervenciones necesarias y puntuales.

### **3.7.1. LA SUPREMACÍA DE INTERESES SUPERIORES**

En sentido estricto, la supremacía de intereses superiores es una excepción al derecho de autonomía, esta restricción se produce como medida para que los intereses colectivos puedan primar sobre los individuales, y se aplica especialmente en el ámbito de las medidas médico-sanitarias con el objeto de preservar la salud colectiva frente al riesgo de transmisión de enfermedades. A su vez, se pueden ver afectados ciertos derechos fundamentales como la misma autonomía del paciente, la libertad ambulatoria para evitar, en determinados casos, el contagio, lo que implica que las medidas preventivas que se adopten suspendan temporalmente el ejercicio de estos derechos; pero, en ningún momento se puede hablar de una privación de contenido esencial de los mismos<sup>473</sup>.

La Constitución española prevé para los casos como estos, que la afectación de los derechos fundamentales debe darse mediante leyes orgánicas; por ejemplo la Ley Orgánica sobre Medidas Especiales en Materia de Salud Pública<sup>474</sup>, que en resumen, dispone sobre las medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización en caso de enfermedades y riesgos que pongan en peligro la salud pública.

---

<sup>473</sup> Vid. en este sentido, Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», pp. 185 ss.; el mismo, en «Consentimiento informado...», en «La responsabilidad...», pp. 93 ss.

<sup>474</sup> Vid. Ley 3/1986, de 14 de abril.

En relación a las enfermedades transmisibles, la imposición de las medidas oportunas para el control de estas, puede contemplar el internamiento del paciente, pormenor que deberá ser respaldado por una autoridad judicial en un plazo de veinte y cuatro horas.

Como resalta Romeo Casabona<sup>475</sup>, es de enorme trascendencia y meritorio análisis, la facultad de intervenir que se otorga a las autoridades sanitarias dentro del campo de los derechos individuales<sup>476</sup>.

### **3.7.2. LOS CASOS DE URGENCIA VITAL**

En este caso no se está como en el anterior ante una exclusión del derecho de autonomía, más bien existe un impedimento por un hecho fáctico<sup>477</sup>. Concretamente, esta situación se presenta en los casos de urgencia grave para el paciente, como estado de inconsciencia, ausencia de terceros para el otorgamiento del consentimiento en representación del paciente. En conclusión, en todos estos casos se está frente a una imposibilidad fáctica de obtener el consentimiento.

En estas situaciones se tiende a emplear el concepto del consentimiento implícito o presunto; este tipo de consentimiento está unido a una viva polémica jurídica, y sea de decir que el empleo del consentimiento presunto dentro de la actividad sanitaria, cuenta tanto con defensores como con detractores.

---

<sup>475</sup> Vid. Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», pp. 186.

<sup>476</sup> Vid. Cobreros Mendoza, Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud, Instituto Vasco de Salud Pública, Oñate, 1998, pp. 331 ss.

<sup>477</sup> Vid. en este sentido, Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», pp. 184-185.

Frente al consentimiento presunto, el Ordenamiento jurídico indica la utilización como causa de justificación al estado de necesidad; sin embargo, cuando la situación no es ni urgente, ni grave, el médico no puede recurrir y argumentar esta causa<sup>478-479</sup>.

### **3.7.2.1. LA RELEVANCIA DE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS**

La prestación de voluntades anticipadas es un derecho que puede ser usado por el paciente. Este derecho se encuentra contemplado de una forma expresa dentro del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, artículo 9, expone: «Se tendrán en consideración los deseos expresados con anterioridad respecto a una intervención médica por un paciente que al momento de la intervención, no esté en condiciones de hacer saber su voluntad»<sup>480</sup>. Las voluntades anticipadas fueron posteriormente reguladas en la Ley Básica de Autonomía de los Pacientes en su artículo 11, con la denominación «instrucciones previas». Con este concepto emitido por el propio legislador, se identifica al documento de instrucciones previas, el

---

<sup>478</sup>Vid. *ibíd.*, pp. 187-188; el mismo en «Consentimiento informado...», en «La responsabilidad...», pp. 95 ss., en donde hace mención a un caso peculiar: la ampliación de la intervención en curso, sobre ello, dentro del curso de una operación con el paciente inconsciente para la ampliación o rectificación de los objetivos previstos en un inicio, se debe distinguir: a) si la ampliación es necesaria, se puede apelar al estado de necesidad para justificar; b) si la ampliación es necesaria pero no urgente, en este caso el médico debe abstenerse para no extralimitar el consentimiento otorgado. Con relación a este tema existe una considerable discusión doctrinal y un pronunciamiento jurisprudencial, así se tiene la: STS/ de 10 de marzo/ 59, STS/ de 26 octubre /95, SAP de Barcelona/ de 25 de junio/ 93, entre otras.

<sup>479</sup> Vid. López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 37; La LGS, en el art. 10, 5, art. 3, núm. 2, incluye como excepciones para prestar el consentimiento, los casos de incapacidad del paciente, en cuyo caso el derecho corresponderá a su familia o a las personas allegadas al paciente, ya sea que se trate de una incapacidad permanente (menores, enfermos legales) o conjetural (estado de inconciencia).

<sup>480</sup> En la misma línea del Convenio, algunas Comunidades Autónomas regulan las voluntades anticipadas, así, la Ley 21/2000 de la Generalitat de Cataluña, regula sobre el tema en su artículo 8.

cual contiene la decisión de una persona mayor de edad, capaz y libre para manifestar anticipadamente su voluntad, con el objeto que esta se cumpla llegado el momento; además, la persona puede nombrar a un representante para que sea un interlocutor con el médico o equipo sanitario con el objetivo de cumplir con las instrucciones previas.

El derecho para otorgar las voluntades anticipadas junto con el consentimiento informado, vienen a modificar de forma definitiva las relaciones tradiciones de paternalismo dentro del sistema sanitario y representa un avance más dentro del respeto a la autonomía de las personas, al permitir que decidan sobre las actuaciones médicas que recibirán. Sin duda, las voluntades anticipadas son un elemento importante para conocer la voluntad del paciente cuando este no se encuentra en condiciones de expresar su voluntad en un momento determinado<sup>481</sup>. Sin embargo, el artículo 8 del Convenio, advierte los límites que tiene el derecho a las voluntades anticipadas, por lo, que las voluntades no pueden ir en contra del Ordenamiento jurídico y de la buena práctica clínica o que no correspondan al hecho que el sujeto ha previsto a la hora de emitir su voluntad.

Para el conocimiento de las voluntades, el centro tiene que contar con el documento en el cual consten las voluntades, razón por lo que debe hacerse llegar al centro sanitario el documento, el mismo que será incorporado en la historia clínica, y para que la prevención establecida sea verdaderamente efectiva, conviene contar con un Registro de documentos fácilmente accesible a los profesionales sanitarios autorizados, lo que resulta especialmente necesario en los casos de urgencia o accidente<sup>482-483</sup>.

---

<sup>481</sup> En este sentido, AAVV, «Documento sobre las...», pp. 5 y 7.

<sup>482</sup> *Ibíd.*, p. 6.

### **3.7.2.2. LA RELEVANCIA DE LOS REPRESENTANTES LEGALES**

En casos especiales, en los que el paciente no puede expresar su consentimiento por imposibilidad física o legal, se emplea la institución jurídica de la representación legal. Mediante este instrumento jurídico, las decisiones y el consentimiento informado se otorgarán por parte de quien ostente la representación legal del paciente. La actuación del representante permite que el derecho de autodeterminación del paciente a decidir lo más conveniente para sí mismo sea respetado; para ello, el representante legal tomará las decisiones más beneficiosas para el paciente y las más acordes a sus intereses<sup>484</sup>.

### **3.8. LA NEGATIVA DE PRESTAR EL CONSENTIMIENTO**

Así como el paciente está facultado para otorgar su consentimiento, también goza del derecho de negarse a prestar su consentimiento ante un determinado acto médico, incluso, en los casos que contengan situaciones de peligro vital para su salud<sup>485</sup>. Sin embargo, en general, en este punto se inicia el problema específico de la negativa de prestar el consentimiento en relación a las huelgas de hambre, a las transfusiones de sangre, entre otras situaciones. Frente a estos casos, existe doctrina y jurisprudencia que se inclinan por el empleo del estado de necesidad como causa de justificación

---

<sup>483</sup> Vid. De Lorenzo y Montero, *Derechos y obligaciones de los pacientes. Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*, Colex, Madrid, 2003, 87 ss. apegado a estos criterios y con algunas matizaciones.

<sup>484</sup> Vid. infra. PT, cap. VII, ap. 3.2.3.2 ss, un tratamiento amplio sobre la representación legal.

<sup>485</sup> Vid. Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», pp. 190 – 191.



ante la vulneración del derecho a no consentir, es decir, ante la falta de respeto a la autonomía individual del paciente.

Frente a la negativa de otorgar su consentimiento, el paciente conforme a la Ley, debe firmar el acta de alta voluntaria, siempre y cuando no se le pueda ofrecer y dar tratamientos alternativos. De tal acta<sup>486</sup>, se manifiesta que en cierto punto, y tal como está considerada, se trata de un acta obligatoria antes que voluntaria<sup>487</sup>.

### **3.9. LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS SOBRE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

En la práctica, la doctrina del consentimiento informado presenta varias situaciones que han sido señaladas como problemas de la aplicación del consentimiento informado; ante ello, se trata de conseguir alternativas frente a los aspectos más problemáticos<sup>488</sup>.

#### **3.9.1. LA APARICIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Desde el inicio del consentimiento informado, este se consideró como un problema médico, y no se entendió como un proceso sociopolítico que

---

<sup>486</sup> *Ibíd.*, p. 192.

<sup>487</sup> *Vid. ibíd.*, pp. 190-192; el mismo en *Consentimiento informado...*, en «La responsabilidad...», pp. 97 ss.; Galán Cortés, «Responsabilidad médica...», pp. 219 ss.

<sup>488</sup> *Vid. Simón Lorda*, «El Consentimiento Informado: abriendo nuevas brechas, en *Problemas prácticos del consentimiento informado*», Fundación Víctor Grífols y Lucas, Barcelona, 2001, pp. 12 ss. para el estudio de este punto, se sigue principalmente el esquema planteado por el autor; Veatch, «Abandoning Informed Consent», en *Bioethic. An Anthology*, Kuhse y Singer ed.(s), Blackwell Publishers, USA, 1999, pp. 523 ss. con un estudio interesante sobre problemas y alternativas; *vid. infra*, ap. 3.9, *infra PT*, cap. VII, ap. 3.2.3, sobre la aplicación del consentimiento informado en otros campos médicos y sus problemas.

venía gestándose muchos años atrás por el cambio político que se produjo en la humanidad con la entrada de la Modernidad. Todos los avances sociales que incidieron sobre las nuevas perspectivas de la libertad individual hasta llegar al capitalismo avanzado, han ocasionado que esta tendencia de libertad individual se implante dentro del ámbito sanitario como consentimiento informado.

La aportación doctrinal y jurisprudencial del consentimiento informado tiene su mayor cultivo en los Estados Unidos de Norteamérica, y es el ciudadano estadounidense quien recurre al consentimiento informado dentro de un orden sociopolítico propio para la solución de los problemas que se presentaron en su momento. Se iniciaron los procedimientos judiciales, con lo que posteriormente se derivó en la Medicina defensiva, considerada como la ejercida por el personal sanitario con la ayuda del consentimiento informado para evitar demandas judiciales en su contra o servirse del consentimiento como prueba a su favor<sup>489</sup>.

### **3.9.2. ALGUNAS CRÍTICAS AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA**

Con relación a este aspecto, existe una fuerte crítica en cuanto a que nunca se debió otorgar el carácter de principio a la autonomía de las personas, pues, no se trata de un principio y es aquí donde se inicia el problema, más bien, la presencia de la autonomía de las personas, se debió tener como un cambio de perspectiva dentro de las relaciones humanas. La autonomía, en

---

<sup>489</sup> Vid. en este sentido, Simón Lorda, «El Consentimiento...», en «Problemas...», pp. 13 ss., el autor indica que en el caso español, la implantación del consentimiento informado mediante la LGS (art. 10), fue anterior al arribo de la exigencia sociopolítica de implementar tal institución dentro del campo sanitario.

realidad, es un atributo de los individuos, como visión antropológica de la moralidad en la época moderna<sup>490</sup>.

La naturaleza propia del principio de autonomía radica en una nueva visión de la máxima de beneficencia; los contenidos de la máxima de autonomía son identificados con las interpretaciones modernas de las máximas de maleficencia, de justicia y de beneficencia. La confusión inicial, se produjo en el informe Belmont al no poderse separar correctamente el principio de no-maleficencia con el de beneficencia y, por lo tanto, le dieron otro nombre. Esta confusión ha seguido presente en el trabajo de Beauchamp y de muchísimos más autores<sup>491 - 492</sup>.

### **3.9.3. ALGUNOS CUESTIONAMIENTOS RESPECTO A LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

El consentimiento informado no puede ser considerado como un acto personalísimo del paciente; este concepto de derecho civil conlleva la exigencia de que solo puede ser realizado por la persona misma, lo que en parte concuerda con el consentimiento informado; pero difiere, por la introducción de la figura del representante legal para otorgar el consentimiento en determinados casos<sup>493</sup>.

---

<sup>490</sup> Vid. *ibíd.*, p. 21.

<sup>491</sup> *Ibíd.*, p. 23.

<sup>492</sup> Vid: Pelayo González-Torre, «La intervención...», pp. 87 ss. indica que una de las dificultades del cabal cumplimiento del principio de autonomía es la situación de enfermedad por la que atraviesa la persona, la cual le impide decidir correctamente, y deja generalmente la decisión final al mismo médico.

<sup>493</sup> Vid. Simón Lorda, «El Consentimiento...», en «Problemas...», pp. 33-34.

En cuanto a que el consentimiento informado debe ser considerado como un derecho fundamental, origina la apreciación de que al tener este carácter no podría ser renunciado por el titular, es decir, no puede renunciarse ni tampoco traspasarse (derecho a no consentir y consentimiento por representación legal)<sup>494</sup>.

#### **3.9.4. EL PROBLEMA DE LA INFORMACIÓN**

Este aspecto ha sido el más abordado y debatido, y aún continúan los planteamientos sobre que tipo de información se debe otorgar, en qué momento hacerlo y a quien se le debe proporcionar, a pesar de que existe una normativa tanto legal como administrativa al respecto<sup>495</sup>.

#### **3.9.5. LA CAPACIDAD PARA CONSENTIR Y SUS DIFICULTADES**

Esta es una de las zonas más problemáticas que presenta el consentimiento informado, especialmente en relación a quien debe determinar sobre la capacidad de los pacientes y en el caso de incapacidad se está a lo sentado en el campo jurídico en general.

#### **3.9.6. OTROS PROBLEMAS<sup>496</sup>**

---

<sup>494</sup> Vid. McConnell, *Inalienable rights. The Limits of Consent in Medicine and the Law*. Oxford University Press, Printed in the United States of America, 2000, pp. 65 ss.; supra, ap. 3.7.2.2. ap. 3.8; infra PT, cap VII, ap. 3.2.3.2 ss, más sobre el tema.

<sup>495</sup> Vid. Simón Lorda, «El Consentimiento...», en «Problemas...», pp. 45 ss., con mayor amplitud sobre el tema.

<sup>496</sup> Vid. ibíd., pp. 50 ss., con mayor amplitud sobre el tema.

De manera general, sobre las objeciones al consentimiento informado, se considera como una incidencia intolerable por parte de la justicia en el ámbito médico.

La información puede tener una comprensión defectuosa, por quien en el momento de recibirla, precisamente, se encuentra aquejado por alguna dolencia, lo que impide la correcta comprensión de la información. Por otro lado, se presentan casos de rechazo por parte de los pacientes a la información a recibir y su participación en el proceso, así, hay enfermos que no quieren ser informados.

La presencia del consentimiento informado ha generado también ansiedad en la relación médico-paciente y una tendencia de rechazo a la atención sanitaria, lo que conlleva un peligro para la vida y la salud.

Finalmente, el tiempo empleado en la información, papeleos y firmas, entorpece aún más el problema.

### **3.9.7. ALGUNOS CASOS ESPECÍFICOS**

Como se ha visto, dentro de la actividad médica el consentimiento informado presenta una esencial importancia, sin embargo, su eficacia no está exenta de dificultades, pues, se dan casos específicos y conflictivos que han sido y son tratados por la doctrina, y que aquí, se los mencionará de forma muy sucinta<sup>497</sup>.

---

<sup>497</sup> Vid. supra, cap. III, ap. 3, sobre el ámbito de aplicación general del consentimiento y el tratamiento médico; infra PT, cap. VII, ap. 4 ss, sobre los actos médicos relacionados a la manipulación genética.

### 3.9.7.1. LA EUTANASIA<sup>498</sup>

Antes de tocar el tema de la eutanasia, se debe rescatar que al darse la aceptación del tratamiento por parte del paciente, el médico tratante ocupa la posición de garante, caso contrario se considera que si el paciente se niega al tratamiento, el médico ya no ostenta tal calidad de garante.

La práctica de la eutanasia es uno de los temas más controvertidos y, dentro de esta se cuenta con dos modalidades:

– La eutanasia pasiva tiene en cuenta si existe consentimiento o no. En el caso de darse el consentimiento, el paciente en base a su derecho a la autodeterminación se niega a consentir, allí termina la posición de garante del médico. El problema se plantea si no existe el consentimiento del paciente, ¿hasta dónde debe ir la actuación del médico?, como respuesta a ello, se han barajado algunas posiciones, así se tiene, por una parte, hasta el momento en que pierda la conciencia y, por otra, hasta que se produzca la muerte cerebral.

– La eutanasia activa, contiene los casos en los que se produce una desconexión de los medios artificiales, lo que se ha llamado como eutanasia indirecta. En el caso de la desconexión de los aparatos artificiales, se discute si penalmente debe ser considerado el hecho como una omisión o como una acción. Los efectos jurídicos de la omisión y de la acción serían diferentes se está frente al caso de una omisión y si hay el consentimiento del paciente de no seguir conectado, el médico ya no está en posición de garante; pero, si de calificase como una acción, el hecho

---

<sup>498</sup> Vid. López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 50-52, para abordar este punto y con fines de información general, se hace un resumen del estudio del autor, por ser el más didáctico.

resultaría típico a la vista del artículo 143 del Código penal. Sin embargo, también se ha señalado por la doctrina, que se entra aquí en el campo de colisión de deberes, que debe ser resuelto a través del respeto a la dignidad humana sobre cualquier otro derecho, por el hecho de que el paciente no quiere continuar con el tratamiento.

Finalmente, en relación al consentimiento informado si se obra omitiendo el consentimiento del paciente, se estaría en el mismo caso que en la eutanasia activa<sup>499</sup>.

### **3.9.7.2. LAS HUELGAS DE HAMBRE<sup>500</sup>**

En este sentido, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1990, el Tribunal niega la posibilidad de una alimentación forzosa, pues, argumenta que se está frente a una colisión de derechos (vida y dignidad de la persona).

Sobre el tema, la doctrina presenta varias posturas, a pesar de ellas, se considera como una autopuesta en peligro libre y voluntaria, al margen de que la administración penitenciaria se encuentre en posición de garante en ciertos casos<sup>501</sup>.

### **3.9.7.3. LAS TRANSFUSIONES DE SANGRE<sup>502</sup>**

---

<sup>499</sup> Vid. De la Gándara Vallejo; «Consentimiento...», pp. 177-202, con un estudio doctrinario detallado; Stortoni, «Riflessioni in tema di eutanasia», en «La tutela penale...», pp. 143 ss.

<sup>500</sup> Vid. López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 47-48, en el mismo sentido se toma el estudio del autor.

<sup>501</sup> Vid. De la Gándara Vallejo; «Consentimiento...», pp. 177-187 y 202-219.

<sup>502</sup> Vid. López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 48-50, en el mismo sentido se continúa con el análisis del autor.

Este supuesto ha presentado casos muy discutibles, se terminó por considerar que en el caso de un paciente mayor de edad al que se le realiza una transfusión de sangre en contra de su voluntad, se atenta a su derecho a la libertad religiosa (artículo 22, del Código Penal) y a su libertad personal (artículo 172, del Código Penal).

Sobre el tema, mayor problema se observa en el caso de los menores de edad, que luego del debido tratamiento jurisprudencial y dogmático, se debe considerar la figura de la *patria potestad*, ostentada por los padres, si estos se niegan a la transfusión, se procede a nombrar un tutor. En el caso de que no exista tiempo para tal efecto, el médico puede realizar la transfusión y justificar su actuación dentro del estado de necesidad.

En los Estados Unidos de Norteamérica, se soluciona el problema con parámetros como la tenencia o no de menores a cargo. En el caso de que la persona no tenga menores a su cargo, puede ejercer libremente su derecho a la autodeterminación; pero si cuenta con menores a su cargo, ese derecho se ve limitado y el Estado puede actuar como *parens patriae* y tomar la decisión en base al interés superior del menor. En el caso de que los padres no den aviso de la situación, quedan en posición de garante y, por ende, imputables por el resultado; en cambio de darse el aviso, y los padres se niegan, un juez resuelve el conflicto por petición del médico<sup>503</sup>.

---

<sup>503</sup> Vid. sobre otros casos conflictivos: García Arán, «Algunas consideraciones sobre la esterilidad consentida en Derecho penal español», en AAVV, Estudios jurídicos, LH al Prof. Pérez-Vitoria, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 251 ss.; López Barja de Quiroja, «El consentimiento y la esterilización de los incapaces», CPC, núm. 49/1991; el mismo en «El Consentimiento...», pp. 65 ss. De Lorenzo y Montero, «Derechos y obligaciones...», pp. 76 ss., sobre el consentimiento en pacientes con tratamiento psiquiátrico; Galán Cortés, «Responsabilidad médica...», pp. 239 ss. También el consentimiento se emplea en la realización de ensayos clínicos (RD 561/93 de 16 de abril), en la extracción y transplante de órganos (Ley 30/1979, de 27 de octubre), en la utilización de tejidos humanos (RD 411/1996, de 1 de marzo) entre otros.





## **PARTE SEGUNDA**

### **EL BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

#### **CAPÍTULO IV**

### **EL BIEN JURÍDICO-PENAL EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA CONFORME A LA *RATIO LEGIS* DE LA NORMA: FUNDAMENTOS GENERALES PARA SU ARGUMENTACIÓN**

1. Antecedentes legislativos en relación al bien *jurídico*-penal protegido en los delitos relativos a la manipulación genética. 1.1. Anteproyecto de Código penal de 1992 y Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992. 1.1.1. Anteproyecto de Código penal de 1992. 1.1.2. Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992. 1.2. Anteproyecto de Código penal de 1994 y Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1994. 1.2.1. Anteproyecto del Ley Orgánica del Código penal de 1994. 1.2.2. Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1994. 1.3. Ley Orgánica del Código penal de 1995. 1.4. Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre que modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre 1995, del Código penal. 2. Análisis del proceso de inclusión de los delitos relativos a la manipulación genética y sus reformas en el ordenamiento español. 3. Consideraciones generales sobre el bien jurídico-penal en los delitos relativos a la manipulación genética. 4. Posiciones doctrinales sobre los bienes jurídico-penales protegidos en los delitos relativos a la manipulación genética. 5. Valoraciones sobre normas, principios y derechos fundamentales, como base para la construcción del bien jurídico-penal, en los delitos relativos a la manipulación genética. 5.1. Normas, reglas, principios, valor, principios jurídicos y principios de Derecho. 5.1.1. Normas. 5.1.2. Reglas y principios. 5.1.3. Principio y valor. 5.1.4. Principios jurídicos y principios generales del Derecho. 5.2. Constitución: valores superiores y

derechos fundamentales. 5.2.1. Valores superiores. 5.2.2. Derechos fundamentales. 5.2.3. Dignidad humana. 5.2.4. Vida. 5.2.5. Libertad. 5.2.6. Igualdad.

## **1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN RELACIÓN AL BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

### **1.1. ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL DE 1992 Y PROYECTO DE LA LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL DE 1992**

#### **1.1.1. ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL DE 1992**

Desde la aprobación de la Constitución en 1978, se emprendieron esfuerzos tendientes a conseguir el llamado «Código penal de la democracia». Los intentos se dieron desde 1980, con la participación de varias comisiones, cuyo objetivo era la formulación de un proyecto de Código Penal, hasta que en 1992 sale a la luz el Anteproyecto, con Tomás Quadra-Salcedo como titular del Ministerio de Justicia<sup>504</sup>.

En cuanto a la manipulación genética, se tipifica como delitos dentro del Título V del Libro Segundo, cuatro artículos que sancionan conductas relacionadas a la manipulación genética, con el título: «De la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida»<sup>505</sup>.

---

<sup>504</sup> ACP 1992, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, pp. 13 ss.

<sup>505</sup> Consta de la siguiente forma: art. 164. 1. «Los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público,

Entre las observaciones elaboradas al texto del Anteproyecto, dentro del correspondiente informe<sup>506</sup>, en cuanto al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se tiene, primordialmente la idea sobre el bien jurídico que a causa del finalismo, ocupó un segundo lugar; en cambio, dentro del Anteproyecto es considerado nuevamente en términos garantizadores, a la vez que se rechazan ciertos planteamientos dogmáticos (imperativistas o funcionalistas), por considerar que sobre el concepto de bien jurídico no existe unanimidad. De todas formas, de perderse el concepto de bien jurídico tal como lo han señalado ciertas corrientes, aún se mantiene el principio constitucional de proporcionalidad en sentido amplio («Vehältnimässinsket im weiteren Sinne»), del cual, se obtiene sin duda, la idea que la libertad será limitada solamente y en medida de que se tutelen bienes e intereses constitucionalmente legítimos.

Sobre manipulación genética, concretamente, se resalta<sup>507</sup> que en el artículo 164.1 (alteración del tipo constitucional vital –genotipo–), se respeta adecuadamente el principio de intervención mínima, en los términos en los

---

profesión u oficio, de siete a diez años; 2. Cualquier otra manipulación de genes humanos, realizada con infracción de lo establecido en las leyes, será castigada con la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años; 3. El que realice manipulaciones en genes humanos que, por imprudencia grave, causen un daño en el tipo vital, será castigado con multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de siete meses a tres años, o suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años»; art. 165. «La aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo de una persona, sin consentimiento de sus progenitores, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años»; art. 166. «La donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos de los supuestos autorizados por la Ley, será castigada con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo a cargo público, profesión u oficio de uno o cuatro años»; art. 167. «Quien practicare inseminación artificial en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con 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», en ACP 1992, Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial, CDJ, Madrid, 1991, pp. 49 ss.

<sup>506</sup> *Ibíd.* pp. 204 ss.

<sup>507</sup> *Ibíd.* pp. 243 ss.

que este principio fue descrito en la parte general del informe<sup>508</sup>, pero, se discute si dicha congruencia ocurre de igual forma con el artículo 164.2, (cualquier otra manipulación de genes humanos), si se prescinde de la alteración del tipo constitucional vital y se incriminan manipulaciones efectuadas con finalidad científica, seriamente se corre el riesgo de coartar innecesariamente la investigación en este ámbito. Resulta discutible la incriminación del tipo culposo del artículo 164.3 (alteración de tipo constitucional vital –genotipo– por imprudencia grave), bastaría con la referencia expresa de dolo eventual, con una fórmula semejante a «el temerario desprecio a las normas científicas y legales de seguridad en la investigación».

Con respecto al principio de intervención mínima, se considera que la emergencia de nuevos bienes dignos de tutela, por la aparición de medios de ataque distintos de los tradicionales, ha provocado una especie de entusiasmo punitivo en algunos sectores de la doctrina penal y frente a los valores, generalmente, colectivos se pretende que el Derecho penal, cumpla un papel promocional que no le corresponde<sup>509</sup>. Con respecto a estos criterios pronunciados en el Pleno del Poder Judicial, Andrés de la Oliva Santos<sup>510</sup>, comparte que el principio de intervención mínima es inspirador del Derecho penal, alegando a la vez, que el principio no desautoriza el propósito punitivo de nuevas conductas reprochables en relación concreta con lo que se ha dado en denominar «moralización de la vida pública», y con respecto a nuevos bienes o bienes socialmente revalorados por su mayor importancia.

---

<sup>508</sup> *Ibíd.*, p. 165, el fundamento del principio pudiera enunciarse sencillamente, como toda interferencia en la libertad a de justificarse en razón de la tutela de otro bien o interés, para cuya protección a de ser necesaria, adecuada y proporcionada.

<sup>509</sup> *Ibíd.*, pp. 165-166.

<sup>510</sup> *Ibíd.*, p. 260, en amparo al art. 48 del Reglamento 22 de abril de 1986, formula voto particular.

### **1.1.2. PROYECTO DE LA LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL DE 1992**

El Consejo de Ministros acuerda remitir al Congreso de los Diputados, el Proyecto de Ley Orgánica que contiene en su exposición de motivos<sup>511</sup>, como cuestión relevante, el hecho de que los bienes protegidos son realmente merecedores de protección, igualmente las conductas lesivas a los mismos deben ser sancionadas penalmente, y es la única o última medida que se puede emplear contra las conductas que se reprueban. Junto con lo anterior, por un lado, se considera que el desarrollo tecnológico y económico trae consigo nuevas posibilidades de bienestar; pero, este mismo «...desarrollo puede poner en peligro bienes jurídicos importantes o alumbrar otros bienes nuevos, cosa que también es fácil de admitir»<sup>512</sup>.

«La selección de los bienes jurídicos, objeto de tutela penal, ha partido del marco constitucional de los derechos y libertades fundamentales. Al margen de toda duda, queda sentado que los ataques a estos bienes, por la trascendencia de los mismos, entran casi directamente en el ámbito de lo punible. Junto a estos bienes y derechos (vida, libertad, libre determinación sexual, intimidad, dignidad, igualdad, libertad ideológica, tutela judicial), el Código recoge la esencia objetiva de las fórmulas constitucionales, aun cuando no todas estas objetivaciones arrojen valores del mismo grado. No es lo mismo, por ejemplo, el derecho a la libertad personal que el derecho a participar en los asuntos públicos. Ciertamente, es que esa diferencia no se aprecia formalmente en la Constitución, pero sí en un orden de valores, que sin menoscabo de la protección a todos, propone el Código penal

---

<sup>511</sup> PCP 1992, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, p. 13.

<sup>512</sup> *Ibíd.*, pp. 15-16.

interpretando un sentir colectivo. El marco constitucional, es, pues, una referencia inicial que permite hacer la siguiente y fundamental consideración que todos y cada uno de los bienes jurídicos que tutela el Código penal encuentran base constitucional y lo que es más importante, que no hay ni un solo delito en el que no sea dable apreciar la vinculación con un valor constitucionalmente declarado... La decisión sobre cuáles son los bienes jurídicos a tutelar, la prelación entre ellos, su significación o interpretación, constituye un paso previo y fundamental, sin duda. Pero, como es sabido, el Código penal no protege a los bienes jurídicos frente a cualquier ataque imaginable, sino únicamente frente a los que se consideren más graves o peligrosos, sea por razones objetivas o subjetivas. Esto, que se conoce como protección fragmentaria, se combina y complementa con el principio de intervención mínima. En virtud de este, se excluyen del Código penal todos aquellos problemas que pueden resolverse razonablemente mediante las vías del derecho privado o del derecho administrativo»<sup>513</sup>.

Respecto al Libro II, en la exposición de motivos se señala que:<sup>514</sup> «dentro de los delitos contra la vida y la integridad física, se ofrecen algunas modificaciones que con el paso del tiempo y la realidad social española han impuesto, siendo importante destacarlo para salir al paso de la incorrecta idea que predica la inmutabilidad de algunos bienes jurídicos, entre los que se cita precisamente la vida y la integridad, como si su contenido y modo de protección no fuesen susceptibles de reconsideración».

En cuanto a los delitos de manipulación genética y lesiones al feto, estas conductas, cuya punición formal desconoce el Derecho vigente, deben ser

---

<sup>513</sup> *Ibíd.* pp. 17-18, por su importancia se transcribe literalmente sobre el texto.

<sup>514</sup> *Ibíd.* pp. 25 ss., por su importancia se transcribe literalmente sobre el texto.

atacadas, pues, como ciertas experiencias enseñan, no son, desgraciadamente, inimaginables, y su evitación no puede remitirse únicamente a la actuación de los particulares o a la de las normas sanitarias, sino que requiere la intervención del sistema penal<sup>515</sup>.

## **1.2. ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL DE 1994 Y PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL DE 1994**

### **1.2.1. ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL DE 1994**

El Ministerio de Justicia e Interior remitió al Consejo del Poder Judicial, el texto del Anteproyecto del Código Penal de 1994, para la emisión del

---

<sup>515</sup> Finalmente, queda en el Proyecto la redacción de los delitos de manipulación genética de la siguiente manera: Título V. De la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida. art. 167. «Los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de siete a diez años; 2. Cualquier otra manipulación de genes humanos, realizada con infracción de lo establecido en las leyes, será castigada con la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años; 3. El que realice manipulaciones en genes humanos que, por imprudencia grave, causen un daño en el tipo vital, será castigado con multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de siete meses a tres años, o suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años»; art. 168. «La aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo de una persona, sin consentimiento de sus progenitores, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años»; art. 169. «La donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos de los supuestos autorizados por la Ley, será castigada con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo a cargo público, profesión u oficio de uno o cuatro años»; art. 170. «1. Quien practicare inseminación artificial en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con 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; 2. Para proceder por este delito, será precisa denuncia de la persona agraviada. Cuando esta sea menor de edad, también podrá denunciar el ascendiente y el Ministerio Fiscal; 3. El perdón del ofendido no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase». Como se aprecia en la redacción final se ha añadido al apartado 2 y 3 del art. 170, aspectos procesales, incluyendo al Ministerio Fiscal, ascendientes como denunciantes, y la no aplicación del perdón del ofendido en la materia.



correspondiente informe, conforme lo dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>516</sup>.

Los delitos de manipulación genética constantes en el Anteproyecto y Proyecto anteriores son retirados del Anteproyecto de 1994 y regresan a ser nuevamente regulados por leyes especiales, que ya trataban el tema, así se tiene: Ley 42/888, sobre donación y utilización de embriones y fetos y Ley 35/88 sobre Reproducción Asistida Humana<sup>517-518</sup>.

---

<sup>516</sup> ACP 1994, Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 5.

<sup>517</sup> *Ibíd.* pp. 151 ss. DISPOSICIONES ADICIONALES. SÉPTIMA. El Capítulo IV de la Ley 42/88 de 28 de diciembre sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos se modificarán en los siguientes términos: El Capítulo IV pasará a denominarse «delitos e infracciones» y estará dividido en dos secciones: Sección primera «infracciones» y Sección segunda «delitos». La Sección primera queda integrada por el artículo 9, del que se suprime la letra a) del apartado 2. A). La sección segunda queda integrada por un nuevo artículo 1. artículo 10. 1. «Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo; 2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años». OCTAVA. El Capítulo VI de la Ley 35/88 de 22 de noviembre sobre Reproducción Asistida Humana, quedará modificado en los siguientes términos: El Capítulo VI pasará a denominarse «delitos e infracciones» y estará dividido en dos secciones: Sección primera «infracciones» y Sección segunda «delitos». La Sección primera quedará integrada por el artículo 20, del que se suprimen las letras a, k, l y v del apartado 2. B. La sección segunda quedará integrada por los artículos siguientes: art. 22. 1. «Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana»; 2. Con la misma pena se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza; art. 23. 1 «Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la 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»; 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada. Cuando esta sea un menor de edad o un incapaz, también podrán denunciar el representante legal, cualquier ascendiente y el Ministerio Fiscal.

<sup>518</sup> La Ley de Reproducción Asistida a la que se refiere el Anteproyecto es la vigente en esa época; en la actualidad, la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, ha modificado a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

### **1.2.2. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL DE 1994**

El Ministerio de Justicia e Interior, luego de efectuado el correspondiente informe por el Consejo General del Poder Judicial, presenta el Proyecto al Congreso de Diputados<sup>519</sup>.

En la Exposición de Motivos<sup>520</sup> consta como parte de la motivación quinta, la aseveración que «...aunque es innegable que un Código no merecería ese nombre si no contuviese la mayor parte de las normas penales y, desde luego los principios básicos informadores de toda la regulación, lo cierto es que hay materias que difícilmente pueden introducirse en él. Pues, si una pretensión relativa de universalidad es inherente a la idea de Código, también lo son las de estabilidad y fijeza, y existen ámbitos en que, por la especial situación del resto del Ordenamiento o por la naturaleza misma de las cosas esa estabilidad y fijeza son imposibles. Es, por ejemplo, el caso de los delitos relativos al control de cambios o a la manipulación genética. ...en los segundos, el avance constante de la investigación científica hace muy difícil lograr una regulación de la que quepa decir razonablemente que va a resultar adecuada a medio plazo. Por consiguiente, en esos casos y en otros parecidos, se ha optado por remitir a las correspondientes leyes especiales la regulación penal de las respectivas materias»<sup>521</sup>.

### **1.3. LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL DE 1995**

---

<sup>519</sup> PCP 1994, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, pp. 221 ss.

<sup>520</sup> *Ibíd.*, pp. 19 ss.

<sup>521</sup> *Ibíd.*, pp. 216 ss., con respecto a las modificaciones en la Ley 42/88 y Ley 35/88, se mantiene el mismo texto que en el Anteproyecto, cambiando de enumeración las disposiciones, así: Disposición final segunda (Séptima anterior) y Disposición final tercera (Octava anterior).

El Proyecto de Ley emitido por el Congreso de los Diputados pasó al Senado el 20 de julio de 1995, con el dictamen de la Comisión. El pleno de la Cámara realizó la aprobación a las últimas enmiendas el 26 de octubre de 1995, y remitió al Congreso su mensaje motivado con las enmiendas aprobadas. El Congreso de Diputados debatió y votó en el pleno de la Cámara las enmiendas realizadas por el Senado el 8 de noviembre de 1995. Y, finalmente, el texto aprobado por las Cortes Generales fue sancionado y promulgado por Su Majestad el Rey el 23 de noviembre de 1995, como Ley Orgánica número 10, publicada en el Boletín Oficial del Estado con el número 281, de 24 de noviembre de 1995<sup>522</sup>.

Los trabajos de debate y enmiendas atinentes a los delitos relativos a la manipulación genética se dieron dentro de los siguientes pasos:

1. El Proyecto de Ley del Congreso de los Diputados de 26 de septiembre de 1994, en su exposición de motivos contiene la argumentación del porqué no se incluyen los delitos de manipulación genética los mismos que fueron señalados en el Proyecto de Ley del Código Penal de 1994. Se mantiene en exacto sentido el texto sobre las disposiciones finales segunda y tercera<sup>523</sup>.

2. La mesa de la Cámara, en reunión de 26 de junio de 1995, acuerda que el contenido de las disposiciones finales segunda y tercera, deben integrarse en el articulado del Código penal como nuevos tipos<sup>524</sup>.

3. El Congreso de Diputados, acuerda modificar el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior el 27 de junio de 1995, en base al acuerdo

---

<sup>522</sup> LOCP, Trabajos parlamentarios, T. I., Cortes Generales, Madrid, 1996, pp. XI-XII.

<sup>523</sup> *Ibíd.*, pp. 9 y 95.

<sup>524</sup> *Ibíd.*, pp. 1227 ss.

de la mesa de la Cámara, al considerar que la Disposición Final Segunda del Proyecto queda suprimida sustituyéndose por un nuevo artículo 158 bis a): La Disposición Final Tercera pasa a ser el artículo 158 bis b: y c: los que se agrupan en un nuevo Título IV bis con el rótulo «De la manipulación genética»<sup>525</sup>.

4. En la Sesión Plenaria número 156, de 27 de junio de 1995, se realizan algunas consideraciones como las siguientes:

«...Es la primera vez desde el siglo pasado, en que un proyecto del Código penal, que puede llegar a ver la luz, comienza estructurándose a partir de los delitos contra las personas –así llamados anteriormente–, de los delitos contra la vida, colocando a la persona en el primer lugar, como primer valor como valor continente de los demás valores, y a la vida, a su vez, como sustento, «*sustratum*» de todos los demás. ...No está por demás

---

<sup>525</sup> *Ibíd.* pp. 1231 ss.: art. 158 bis a. 1. «Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo; 2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años». La Disposición Final Tercera queda reducida a lo que dispone su párrafo 1º, 3º. (suprimiendo la referencia a diferentes Secciones) y 4º. En su lugar se introducen los nuevos artículos 158 bis b, c, y d en los que se recoge el contenido de los artículos 21, 22, y 23 de la Disposición Final Tercera. Es decir: art. 158 bis b. «La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio»; art. 158 bis c. 1. «Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana; 2. Con la misma pena se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos de selección de la raza»; art. 158 bis d. 1. «Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público; 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada. Cuando esta sea un menor de edad o un incapaz, también podrán denunciar el representante legal, cualquier ascendiente y el Ministerio Fiscal».

recordar, al empezar su examen, que ha sido el propio Tribunal Constitucional, en sentencia de 11 de abril de 1985, quien a resaltado que el derecho a la vida reconocido y garantizado por el artículo 15 de la Constitución es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico, la vida humana, y constituye el derecho fundamental, esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendría existencia posible»<sup>526</sup>.

Durante la Sesión plenaria, a más de estas alegaciones sobre el derecho a la vida como valor supremo, no se efectúa consideración alguna sobre los delitos de manipulación genética, ni los motivos para su reincorporación en el Código penal, peor aún se contempla una mínima reflexión sobre lo que se desea proteger en ellos, lo que si se resalta como se ve, es la valoración sobre el concepto vida.

5. La aprobación del pleno del Congreso de Diputados tiene lugar el 19 de julio de 1995. En la exposición de motivos, no se da la inclusión de los delitos de manipulación genética como ley ordinaria, y se considera que debe ser regulada por una ley especial; sin embargo, consta como Título V, con la denominación: «De la Manipulación Genética», dentro del Libro II. De igual forma, la disposición final Segunda y Tercera en el texto aprobado continúa como al inicio de los trabajos sobre el Proyecto<sup>527</sup>.

El Texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado, contiene los mismos errores señalados en el párrafo anterior<sup>528</sup>.

---

<sup>526</sup> *Ibíd.* pp. 1319 ss., Afirmado por el diputado Tribillo-Figueroa Martínez-Conde, (cit. textual por su interés).

<sup>527</sup> *Ibíd.* pp. 1485 ss., 1509 y 1571.

<sup>528</sup> *Ibíd.* T. II, pp. 1579, 1605 y 1677.

6. Dentro de las enmiendas realizadas por el Senado, el 21 de septiembre de 1995, y propuestas por el Grupo Parlamentario Socialista se efectúan observaciones sobre el Título, considerándose que debe constar: «Relativos a la manipulación genética»; como justificativo se alega, que la manipulación genética en sí no es delictiva; pero, a través de ella, se pueden cometer delitos. Se propone una nueva redacción donde se incluye las inhabilitaciones de empleo o cargo público al definir la pena, como también una mejora técnica para fijar la duración de la pena de inhabilitación especial, y por último, se propone la homogeneización del tratamiento de los requisitos de procesabilidad, de forma que en los delitos semipúblicos, la iniciación del proceso dependa de la interposición de la correspondiente denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal, y si esta se tratare de un menor de edad, un incapaz o una persona desvalida, la legitimación para denunciar se amplía al Ministerio Fiscal. La mención a la posibilidad de que este último denuncie, no excluye la posibilidad de acción del representante legal, sino que se añade a esta (como corresponde con arreglo a los artículos 104 y 105 de la LECrim)<sup>529</sup>.

7. En el Informe de la Ponencia, de 9 de octubre de 1995, se acuerdan, las enmiendas indicadas y propuestas por el Partido Socialista<sup>530</sup>. En el informe se mantienen las omisiones en cuanto a la exposición de motivos, sin embargo, se incorpora el nuevo rótulo: «Delitos relativos a la manipulación genética»<sup>531</sup> y se modifica la Disposición Final Segunda que se refiere a la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida<sup>532</sup>.

---

<sup>529</sup> *Ibíd.* pp. 1768 ss.; enmiendas: 312, 313, 314, 315.

<sup>530</sup> *Ibíd.*, p. 1940.

<sup>531</sup> *Ibíd.* pp. 1959 y 1586.

<sup>532</sup> *Ibíd.*, p. 2064, DISPOSICIÓN SEGUNDA. 1. El Capítulo VI de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, quedará modificada en los

8. En el Dictamen emitido por la Comisión de Justicia, el 23 de noviembre de 1995, se mantiene el mismo texto anterior<sup>533</sup>.

9. En el texto aprobado por el Senado, el 8 de noviembre de 1995, se cambia en la exposición de motivos, la inclusión de la manipulación genética como de competencia de la ley especial<sup>534</sup>.

10. El Proyecto regresa al Congreso de Diputados, el 8 de noviembre de 1995, el Pleno y Diputación permanente. En los debates, el Ministro de Justicia, hace las siguientes observaciones: «...Las nuevas tecnologías, la inaprensible rapidez con que los medios de ataque se modifican, hacen cada vez más frecuente en Derecho penal el siempre peligroso recurso a cláusulas flexibles; a elementos pendientes de ulterior complementación judicial, a leyes penales en blanco, a conceptos indeterminados, a revisiones normativas impresas, que, desde luego, se concilian mal con las exigencias de seguridad jurídica que el principio de legalidad comporta, con la necesaria y taxativa predeterminación de los supuestos de hecho que pueden dar lugar a consecuencias penales. La aparición de nuevos valores colectivos dignos de protección, la sofisticación de los medios de ataque y el papel promocional que algunos quieren dar al Derecho penal podrían habernos llevado al camino de una excesiva intervención punitiva en la sociedad... Entiende que el legislador ha conseguido el equilibrio para no romper con la «extrema ratio» del Derecho penal... Si bien se despenalizan

---

siguientes términos: 1) Quedan suprimidas las letras a. k. l. v. del apartado 2 B) del artículo 20; 2. El texto de la letra r) de dicho apartado 2 B. se sustituirá por el siguiente: «la transferencia de gametos o pre embriones humanos en el útero de otra especie animal o la operación inversa, así como las fecundaciones entre gametos humanos y animales que no estén autorizadas». 3. El artículo 21 del Capítulo VII de la Ley 35/1988, Sobre Técnicas de Reproducción Asistida, pasará a ser art. 24.

<sup>533</sup> *Ibíd.* pp. 2237, 2265 y 2339.

<sup>534</sup> *Ibíd.*, p. 2499.

figuras delictivas, por otro lado se da «la aparición de nuevas figuras delictivas que protegen bienes jurídicos hasta ahora prácticamente inéditos (medioambiente, ordenación del territorio, protección del patrimonio histórico, delitos societarios, manipulación genética, acoso sexual...). En otros casos, el cambio es más moderado, pues, se limita a revalorizar bienes jurídicos tradicionales, como es el caso de los derechos de los trabajadores, la protección de las instituciones democráticas o la libertad sexual»<sup>535</sup>.

11. La aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados, se da el 15 de noviembre de 1995, en los mismos términos que se han mencionado<sup>536</sup>.

#### **1.4. LEY ORGÁNICA 15/2003 DE 25 DE NOVIEMBRE, QUE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL**

En la exposición de motivos<sup>537</sup> constante en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre que modifica la Ley Orgánica de 1995 del Código penal<sup>538</sup>, se considera como finalidad de las reformas, la actualización del Código penal, y subsana así las nuevas necesidades surgidas de su aplicación, como también se realizan mejoras técnicas y del sistema en general, entre otras cosas. Los pasos a seguirse para la reforma han sido los siguientes:

---

<sup>535</sup> *Ibíd.* pp. 2850 ss.

<sup>536</sup> *Ibíd.*, p. 159, queda definitivamente, el art. 159 para numerar al primer tipo penal de los delitos relativos a la manipulación genética.

<sup>537</sup> CP. Actualizado a 31 de diciembre de 2003, Colección de Códigos Básicos, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004, p. 207.

<sup>538</sup> La Ley Orgánica en mención entró en vigencia el 1 de octubre de 2004, salvo los artículos 259, 260 y 261, que entraron en vigor el 1 de septiembre de 2004, junto con la Ley Concursal.



1. En 1998, el Congreso de los Diputados aprobó una resolución con el fin de que el Consejo General del Poder Judicial, estudie la efectiva aplicación del Código penal y se detecten los problemas que esto implica.
2. El Consejo General rindió un informe, el día 12 de julio de 1999, con el análisis de los aspectos conflictivos, que presenta la aplicación del Código penal.
3. El presidente de turno en el Gobierno, José María Aznar, en su discurso pronunciado el 25 de abril de 2000 ante el Congreso de Diputados, anuncia la reforma del proceso penal, del sistema de penas y del control de su cumplimiento, y fue intención del Gobierno encomendar dichas reformas para que sean estudiadas por una comisión técnica. La Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas fue creada por orden del Ministro de Justicia, el 14 de julio de 2000, quedó a su cargo el estudio del sistema de penas, su grado de aplicación y eficacia y la formulación de la propuesta de reforma legal; al término del estudio pedido, la propuesta emitida en lo fundamental conforma esta Ley Orgánica.

Conjuntamente con la propuesta de reforma de penas, se consideran las reformas tendientes a pretender la adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, conforme a las diferentes propuestas parlamentarias que tuvieron lugar, y en atención a las preocupaciones sociales existentes al momento, todo esto con el fin de conseguir una respuesta efectiva del ordenamiento penal. Las reformas fueron planteadas respetando la estructura y los principios, la unidad y el sistema del Código Penal de 1995, por lo que las modificaciones realizadas en un importante número de artículos son *reformas de carácter técnico*, tendientes a conseguir una mejora de la sistemática del Código penal.

En lo relacionado a las reformas efectuadas por la Ley Orgánica de 2003, dentro de los delitos de manipulación genética, y en comparación con los artículos del Código penal de 1995, se observa que la descripción de los tipos penales ha permanecido intacta, las penas establecidas para estos delitos, se mantienen de igual manera sin cambio alguno. Sin embargo, la Reforma se da únicamente en la *numeración de los tipos y la inclusión de un último artículo*, en el cual, se proponen *consecuencias accesorias* en este tipo de delitos.

En este sentido se tiene:

### **Código Penal de 1995**

- Art. 159. Alteración del genotipo.
- Art. 160. Armas biológicas.
- Art. 161.1. Fecundación de óvulos.
- Art. 161.2. Clonación y selección de raza.
- Art. 162. Reproducción asistida sin consentimiento.

### **Ley Orgánica de 2003**

- Art. 159. Alteración del genotipo.
- Art. 160.1. Armas biológicas.
- Art. 160.2. Fecundación de óvulos.
- Art. 160.3. Clonación y selección de raza.
- Art. 161. Reproducción asistida sin consentimiento.
- Art. 162. Consecuencias accesorias<sup>539</sup>.

---

<sup>539</sup> Es transcrita la nueva redacción con el fin concluir con la evolución de los tipos penales en estudio, así, queda de la siguiente manera: art. 159. «1. Serán castigados con

## **2. ANÁLISIS DEL PROCESO DE INCLUSIÓN DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA Y SUS REFORMAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

Dentro del seguimiento realizado con relación a la introducción de los delitos relativos a la manipulación genética en Derecho español vigente, conforme a la actividad legislativa que se llevó a cabo, se aprecia una conducta legislativa fluctuante frente a estos delitos, cuestión que puede deberse a la falta de conocimiento de los efectos reales, ocasionaría el empleo de la biotecnología en estos delitos.

Nuevamente, el aura con la que se han visto rodeados los avances biotecnológicos, cubre de igual forma a la actividad legislativa. Así, mediante el continuo traslado de estas figuras de leyes especiales a la Ley

---

pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. 2. 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»; art. 160.1. «La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, será castigada con la 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»; art. 160.2. «Serán castigados con pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana»; art. 160.3. «Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza»; art. 161. «1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la 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. 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal»; art. 162. «En los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

orgánica y viceversa, se podría dar una doble interpretación: a). Se está frente a aspectos de poca consideración e importancia o b). Dentro del desconocimiento de las circunstancias que rodean a las nuevas figuras penales, emerge el temor a lo desconocido, a la vez que, estos mismos avances científicos son un aliciente para el futuro de la humanidad.

La aparición de estas nuevas formas de ataque ha dado origen a tipos penales desconocidos, que protegen bienes jurídico-penales puestos en tela de duda, como también las técnicas para la protección a esta clase de bienes. Todo ello, hasta el momento, ha tenido su resonancia en el seno mismo del Derecho penal, solo basta mencionar la posición defendida por la Escuela de Frankfurt (con Hassemer como principal exponente), que propugna el respeto al Derecho penal nuclear (Kernstrafrecht), y como posturas contrarias, se cuentan con los planteamientos que defienden la expansión del Derecho penal (Shünemann), sin dejar de señalar, también el planteamiento de vías alternativas (Stratenwerth); este debate dogmático-jurídico por el nacimiento de novísimas figuras, trae consigo de igual forma, las consideraciones que justifican estas figuras, las objeciones y la puesta a prueba de algunos principios del Derecho penal muy asentados en la tradición jurídica vigente<sup>540</sup>.

De la actuación legislativa española, se puede ver en las discusiones del Anteproyecto de 1992, y al ser el primer intento de legislar penalmente los delitos relativos a la manipulación genética, la falta de alusión a los bienes jurídicos protegidos en estos delitos, pues, se comenta de una manera general las nuevas conductas tipificadas, y se establece que se está ante

---

<sup>540</sup> Vid. supra. cap. I, ap.4, n. 65

nuevos bienes o ante bienes socialmente revalorados, al decir, de Andrés de la Oliva Santos<sup>541</sup>.

Dentro de los debates sobre la Ley Orgánica del Código Penal de 1995, luego que en el Anteproyecto y Proyecto de 1994, se reenvían a los delitos relativos a la manipulación genética a las leyes especiales para su reglamentación, al decir de la legislatura, por mediar el constante desarrollo tecnológico que producen una falta de fijeza y estabilidad en la Ley orgánica penal. Sin embargo, en esta ocasión nuevamente en las Disposiciones Finales Segunda y Tercera, se considera que deben ir incluidos en el Código penal, como nuevos tipos penales, sin dar una explicación motivada para hacerlo, igualmente, de ninguna forma se establece el porqué se deja de considerar al desarrollo de la ciencia, como contraproducente para las características deseadas en el Código penal. De las posteriores reformas que se hacen al Proyecto antes de su entrada en vigencia, se ubican a los delitos relativos a la manipulación genética con un nuevo rótulo, «delitos relativos a la manipulación genética», se le da un Título propio (V) dentro del Libro II, y continúan, con una actuación tradicional dentro del tratamiento a estas figuras: el no hacer referencia a los motivos, excepto en la explicación del término «relativos» que se tiene en cuenta para las posteriores enmiendas; peor aún, se hace un pronunciamientos de los bienes jurídico-penales que se quieren proteger.

En este momento es cuando quedan insertados como tipos penales, en la Ley Orgánica 10/1995, los avances biotecnológicos y de Ingeniería genética. En resumen, se puede observar que el legislador obvia mencionar los motivos por los que se da la tipificación de estos delitos, sin hacer

---

<sup>541</sup> Vid. infra, n. 510.

alusión alguna sobre el bien jurídico penalmente protegido. Nótese que los diputados citados, presentan dudas al referirse a bienes nuevos o ya existentes, que son revalorados. Como posición diferente, se tiene a la expuesta por el Ministro de Justicia, quien con mayor claridad, se centra en un criterio definido a favor de la existencia de bienes jurídico-penales inéditos. Esta postura dubitativa de la actividad legislativa, se debería a las razones ya enunciadas, que se pueden al final describir en una falta de interés sobre el tema o simplemente por estar ante situaciones nuevas y de por sí polémicas y de difícil trato, como son las relacionadas con estos tipos penales.

Por otro lado, se conoce que dentro de un Estado democrático, la promulgación y sanción de normas está dentro de la potestad del legislador, como representante del ciudadano, de tal forma, que de él se espera un pronunciamiento sobre el tema que se aborda, al no existir el mismo, como ya se expuso, se presenta el camino propio para construcciones dogmático-jurídicas con el fin de dilucidar la *ratio legis* de la norma.

Con las últimas reformas de 2003, llevadas a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, no se produce un tratamiento diferente del ya empleado en estos tipos penales, de tal manera, que ni en la Exposición de motivos, ni en los correspondientes debates, nada se dice sobre el bien jurídico-penal protegido, lo que no causa extrañeza alguna, teniéndose en cuenta que con anterioridad en el momento de incluir estos delitos en el Código penal, no se advierte sobre el tema, por lo que es difícil que en la última reforma se dé un pronunciamiento en relación a este aspecto.

Sin embargo, la reforma sigue uno de sus motivos inspiradores, y hace cambios técnicos en la ordenación de los tipos, *sin mayor claridad*, pues,

aglutina varias conductas en un solo artículo y deja dos conductas en tipos separados, aspecto que no se encuentra motivado por razón alguna para esta nueva numeración, que conforme a los criterios atinentes a la consideración de manipulación genética «*sensu lato*» y «*strictu sensu*»<sup>542</sup>, no tiene mayor lógica.

La reforma fundamental, sin lugar a duda, es la inclusión de las consecuencias accesorias del delito, para lo que se remite al art. 129 del Código penal, lo que será de gran importancia al momento de denunciar conductas, no en cuanto a la imputación de las personas jurídicas, sino a los fines que persiguen las consecuencias accesorias, como son la prevención de la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos, (conforme lo señala el mismo artículo 129), que puedan continuar realizando las personas naturales dentro de una persona jurídica, con la consecuente participación en estos delitos.

Hasta aquí termina el camino señalado por el legislador, y como conclusión, en cuanto al análisis de sus propósitos legislativos, y como se ha sostenido con anterioridad, en este estudio de Derecho proyectado, el legislador, al incluir por primera vez los delitos relativos a la manipulación genética, y al no señalar los bienes jurídico-penales que se protegen en estos tipos, da asidero a construcciones dogmático-jurídicas, atendiendo a la *ratio legis* de la norma.

### **3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO-PENAL EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

---

<sup>542</sup> Vid. *supra*, intr. ap. 11.

En atención a las corrientes existentes sobre el concepto de bien jurídico (sociológicas, constitucionalistas), se entiende por concepto de bien jurídico-penal, al bien material o valor inmaterial de titularidad individual o colectiva<sup>543</sup>, y por la relevancia social o dañocidad que presenta dentro de la sociedad, es necesario para el desenvolvimiento del hombre dentro de su vida comunitaria en una sociedad determinada. Los bienes o valores son seleccionados conforme a las necesidades<sup>544</sup> del individuo dentro de su participación en la vida social (Estado democrático)<sup>545</sup>, y a la vez estas necesidades son elevadas a principios tutelados por la Constitución a través del legislador, como representante de los ciudadanos dentro de un sistema democrático, en el que se desarrolla el Estado Social y Democrático de Derecho, y es la Carta Magna por el momento, la fuente material para la formulación de bienes jurídico-penales<sup>546</sup>.

---

<sup>543</sup> Vid. Polaino Navarrete, DP. PG., p. 603.

<sup>544</sup> Vid. Terradillos Basoco, «La satisfacción de necesidades...», pp. 125-149.

<sup>545</sup> Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 130.

<sup>546</sup> Vid. autores, como: Mir Puig, en «El Derecho penal...», pp. 163 ss., considera que es innegable, por el momento, el reconocimiento constitucional de un bien, debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal. Sin embargo, la cuestión no puede resolverse de plano con el solo recurso a la Constitución, que tampoco en este punto constituye la varita mágica que algunos creen. El autor realiza una crítica, en base de diversas razones: primera, la función primordial de la Constitución no es regular el comportamiento de los ciudadanos entre sí, sino establecer las claves fundamentales del ejercicio del poder político, así, el reconocimiento de bienes y derechos son el límite que deben respetar los poderes públicos; segundo, no puede entenderse que la Constitución imponga al Estado no solo el deber de respetar los derechos fundamentales, sino también el de sancionar penalmente su vulneración. No cabe olvidar que la intervención penal supone la intervención en los derechos del condenado; ante esto, frente a la ponderación de derechos, la Constitución no resuelve expresamente el tema. Por último, aunque la Constitución proteja un determinado bien, según el principio de proporcionalidad, no se daría esta protección frente a todos los ataques; aunque sean ínfimos, sino que debe existir un grado de afectación tal para que se de la tutela jurídico-penal; Silva Sánchez, «Aproximaciones...», p. 274, manifiesta que en medida que se pone de relieve una intervención tan intensa sobre el individuo como la penal, solo puede justificarse en caso de afectación de un elemento esencial de la vida en común, al que ha alcanzado el consenso plasmado en la Constitución.



Las implicaciones que conlleva la Biotecnología<sup>547</sup>, por sus aplicaciones prácticas en diversos sectores en los que tiene cada vez mayor influencia, ha ocasionado la necesidad de indicar que bien jurídico-penal se protege a través del Derecho penal cuando se originan conductas lesivas con el empleo de la Biotecnología<sup>548</sup>, todo esto, conforme al mandato del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Del estudio efectuado en apartados anteriores, sobre los motivos del legislador y de los pasos tanto prelegislativos como legislativos en torno a la tipificación de la manipulación genética, se ha dicho en su momento, que nada se desprende con el fin de puntualizar sobre el o los bienes jurídico-penales en juego, se observó en la participación legislativa un claro desconocimiento de si se tratan de bienes jurídicos nuevos o reevaluaciones de los viejos y tradicionales bienes jurídico-penales, protegidos con anterioridad por el Derecho penal. De igual forma, no se aclaran los motivos político criminales que han inspirado al legislador para incluir a los delitos relativos a la manipulación genética, como conductas sancionables penalmente; pues, a falta de manifestación expresa, se puede considerar principalmente que las repercusiones sociales de temor por las consecuencias de los avances científicos y técnicos dentro de la sociedad, fueron consideradas para la tipificación de las de nuevas formas de delincuencia, que atañen estos nuevos tipos penales.

---

<sup>547</sup> Vid. intr. ap. I. 5.

<sup>548</sup> En este sentido similar: Romeo Casabona, «Clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», Romeo Casabona, ed., *Genética y Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 132-144, sobre los posibles bienes jurídico-penales que se protegen dentro de la clonación reproductiva; Peris Riera, «Las repercusiones jurídico penales de las nuevas tecnologías», en Casado y González-Duarte, ed.(s), *Los retos de la Genética en el siglo XXI: Genética y Bioética*, Ed. Universitat de Barcelona, España, 1999, p. 134, en cuanto a que se debe realizar un análisis sobre los bienes jurídico-penales que se verían afectados.

Nótese que dentro de la caracterización del Estado democrático, en el que se da la participación ciudadana en la vida social con el fin de convivir dentro de la sociedad, a la vez que se confía en el respeto a la propia esfera de libertad particular por parte de los demás<sup>549</sup>, y conjuntamente con ello, es importante la consideración que es la sociedad la que debe encausar las conductas<sup>550</sup>. Con lo expuesto en líneas anteriores, se tiene en cuenta una nueva dimensión, como es la de promover el debate ciudadano para cumplir con los fines que persigue la Bioética y del correcto empleo de los medios que se sirve<sup>551</sup>, con miras a conseguir un consenso que indique lo punible dentro de las conductas provenientes de la Biotecnología y al ser consideradas algunas de ellas ilícitas por la anuencia ciudadana, la actuación de la Bioética obraría sobre todo, legitimada por el Estado democrático. En este sentido, la labor de la Bioética aportaría elementos de juicio para las consideraciones político criminales, en miras a la tipificación y sanción de lo ilícito. Pues, se deja claro que muchos aspectos relativos a la manipulación genética serán constantemente evaluados político-criminalmente, en ocasión de los fluctuantes avances científicos en este campo, de allí, que la actuación político criminal siempre estará presente

---

<sup>549</sup> Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 130.

<sup>550</sup> Criterio de Durkeim, al referirse a las teorías sistémico-funcionalistas del bien jurídico, cit. por González-Salas, La teoría del Bien jurídico en Derecho penal, 1ª edic., Oxford University Press, México, p. 53.

<sup>551</sup> En este sentido, entre otros: Casado, «La bioética ante las nuevas tecnologías genéticas», en Casado y González-Duarte, «Los retos de la genética...», p. 16, considera que: «la labor de la Bioética se centra en promover espacios de reflexión, donde todos sean partícipes y responsables de los cambios, dentro de un debate social ya mencionado, para como fruto del mismo y bajo las valoraciones éticas dirigidas por la Bioética, ver lo que debe ir al Derecho y a qué vía del mismo»; Cambrón Infante, «Funciones y Limitaciones de las comisiones Nacionales de Bioética», en «Bioética, derecho y... », pp. 75 ss., analiza a las Comisiones Nacionales de Bioética en Europa que tienen como una finalidad, el iniciar el proceso de análisis de los problemas morales generados por las nuevas tecnologías; en similar sentido: Rosell y Serveto, «Percepción social de la bioética», en Casado comp., Estudios de Bioética y Derecho, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 113 ss.

con el propósito de fundamentar y consentir sobre las cuestiones que pasarían al ámbito penal<sup>552</sup>.

A pesar de las buenas intenciones bioéticas, sobre la evaluación de los costes – beneficios que importa la Biotecnología, en base al debate social, camino enunciado y correcto al entender de todos; fueron las repercusiones sociales de la Biotecnología, en cuanto a la profundización de sentimientos como el temor y la preocupación dentro de la comunidad, las que ocasionaron que se otorgue un tratamiento emergente a la manipulación genética, entendida esta en un sentido amplio «*sensu lato*»<sup>553</sup>. De esta forma, las fallas legislativas y la falta de orientación que bien pudieron otorgar el consenso ciudadano, se hacen latentes a lo largo de las etapas prelegislativas y legislativas, cuando se introdujeron algunas conductas de manipulación genética como delitos.

A decir de Romeo Casabona<sup>554</sup>, el primer filtro limitador y sancionador se debería tener en las leyes que regulan temas vinculados, como la Ley sobre Reproducción Asistida, la Ley de Donación y utilización de embriones<sup>555</sup>. Dentro de esta función filtradora se encontraría la correspondiente

---

<sup>552</sup> Vid. supra. intr., con más detalles sobre las perspectivas sobre Bioética, Genética y Generaciones futuras, algunas Declaraciones de la UNESCO sobre Genoma Humano y Derechos Humanos, sobre los Datos Genéticos Humanos y sobre la Responsabilidad de las generaciones actuales para con las generaciones futuras y otras en proceso, constituyen un conjunto normativo del más alto rango, no únicamente para las materias que regulan sino para su formación y desarrollo y futuro, dentro de un irrestricto respecto a los Derechos Humanos, los cuales son objeto de protección prioritaria en un Estado Social y Democrático de Derecho.

<sup>553</sup> Vid. supra, intr, ap. II.

<sup>554</sup> Romeo Casabona, «Protección de bienes jurídicos e intervención en el genoma humano», en Genes en el Estrado, Borrillo ed., Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996, p. 142.

<sup>555</sup> Vid. Romeo Malanda, Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal, Comares, Bilbao-Granada, 2006, pp. 205 ss., interesante y amplio estudio sobre presupuestos para una correcta criminalización de las conductas relacionadas a las intervenciones genéticas sobre el ser humano.

reparación civil de los daños producidos, y posterior a ello, se puede examinar el ingreso del Derecho penal, para intervenir únicamente en los casos que comportan una agresión grave a los bienes jurídico-penales merecedores de la intervención penal. Como se conoce, la legislación como primer filtro, proporcionó competencia a la Ley 35/1988, sobre reproducción asistida humana y a la Ley 42/1988, sobre Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Las consideraciones legislativas en la elaboración del «Código de la Democracia», dejan relucir un constante traslado de dichas leyes especiales al futuro Código penal y de este a las leyes especiales, hasta que se determina finalmente, la necesidad de la intervención penal y de que las conductas pertinentes sean consideradas dentro de la ley ordinaria penal y no como Ley especial.

A pesar de no haberse seguido los buenos pasos que indica la Bioética en cuanto al consenso ciudadano; sin embargo, se empleó el primer filtro, llevándose en su momento a las leyes especiales la pertinente regulación, antes de decidir sobre la intervención del Derecho penal<sup>556</sup>. Ahora bien, como ha sido tratado ya por la doctrina, se emprende el estudio dogmático del bien jurídico-penal, que el legislador deja entrever en la tipificación de las conductas relativas a la manipulación genética. *La jurisprudencia nada ha dicho aún al respecto*, se continúa con el estudio de sentencias anteriores, como la sentencia del Tribunal Supremo 53/85, con el fin de obtener una ligera orientación en cuanto a la situación de ciertos bienes jurídicos.

---

<sup>556</sup> Vid., Romeo Casabona, «El Derecho Médico: su evolución en España», Romeo Casabona (coord.), en «Derecho Biomédico y Bioética», Ed. Comares, Granada, 1998, pp. 12 ss.

Como se verá en su momento, la sentencia del Tribunal Supremo 53/85, remite a la Constitución en lo referente al bien jurídico constitucional de la vida, por lo que se trata aquí de indagar, en la doctrina constitucional, sobre los elementos necesarios, con el fin de elaborar un criterio único de bien jurídico-penal, dentro de los delitos de manipulación genética. Con anterioridad a lo dicho, se traerá a colación la posición de la doctrina existente sobre los bienes jurídico-penales protegidos en estos delitos; posteriormente, se entrará en materia constitucional y en criterios de Filosofía del Derecho, con el fin de enlazarlos al bien jurídico-penal protegido en manipulación genética.

#### **4. POSICIONES DOCTRINALES SOBRE LOS BIENES JURÍDICO-PENALES PROTEGIDOS EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

La doctrina mayoritaria considera que frente a los delitos relativos a la manipulación genética, se presenta un ataque a bienes jurídico-penales individuales, protegidos con anterioridad en el sistema penal, como también se da la presencia de bienes jurídico-penales supraindividuales<sup>557</sup>.

En su estudio, Peris Riera<sup>558</sup> manifiesta que el problema para legislar penalmente las genotecnologías (término que emplea el autor), forma un terreno de prácticas incuestionables. La duda no se encuentra en los bienes que siempre han recibido protección penal; pero sí, sobre otros nuevos bienes (antes inimaginables –por inalcanzables–), y de igual forma,

---

<sup>557</sup> En este sentido, entre otros: Romeo Casabona, en «Los genes y sus leyes». El derecho ante el genoma humano, Fundación BBVA, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 231; Peris Riera, La Regulación de la manipulación genética en España, (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías), Ed. Civitas S. A, Madrid, 1995, pp. 97 ss.; García González, en Límites penales a los últimos avances de la Ingeniería genética aplicada al ser humana, Edersa, Madrid, 2001, pp. 211 ss., enumera bienes jurídico-penales tanto individuales como supraindividuales.

<sup>558</sup> Peris Riera, «La Regulación...», pp. 96-97.

respecto a los innovadores procedimientos técnicos de ataque a bienes tradicionales; dentro de lo anterior, la manipulación genética al abordarse penalmente pone a prueba muchos principios<sup>559</sup>. Considera el autor, que más que difícil, resulta imposible individualizar un bien jurídico único, como objeto de tutela jurídico – penal dentro de las manipulaciones genéticas, por existir distintos bienes afectados<sup>560</sup>.

Dentro de los *bienes jurídico-penales individuales*, se tiene que la manipulación genética afecta a bienes jurídicos tradicionales ya protegidos anteriormente por el Derecho penal; pero que mediante los avances científicos se dan nuevas formas de ataques a viejos bienes jurídicos<sup>561</sup>.

En este sentido, se puede afectar a bienes como: a. La dignidad humana, defendida por un amplio sector doctrinal, el que sostiene que es la dignidad humana el bien jurídico-penal afectado por estos delitos<sup>562</sup>; b. La vida

---

<sup>559</sup> Vid. J. V. McHale, «Regulating Genetic Databases: Some Legal and Ethical Issues», Published By Oxford University Press, vol. 12, num. 1, Spring 2004, pp. 70 ss., considera que los avances científicos desde el descubrimiento de la doble hélice del ADN, han generado debates que abordan temas relacionados con la salud y la ley, dentro del aspecto legal se aborda el consentimiento, la privacidad, la regulación y la legitimación. Todo esto, enfrenta a diferentes aspectos de principios legales entre sí, lo que puede originar una efectiva e imaginativa reforma legal.

<sup>560</sup> Vid. Romeo Malanda, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Ed. Comares Bilbao-Granada, 2006, p. 120.

<sup>561</sup> Romeo Casabona, «Los genes...», pp. 231 ss.; del mismo criterio Peris Riera, «La Regulación...», p. 97; García González, «Límites penales...», p. 211.

<sup>562</sup> Desde este punto de vista: Soto Lamadrid, *Biogenética, filiación y delito, La fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 178; Sánchez y Soler, «Consideraciones sobre el delito de manipulación genética», LL, 1997, pp. 1684 ss. Montano, «La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal», en AP. núm. 19, 1997, ap. 425 ss.; con ciertas matizaciones, Eser, en *Derecho Penal, Medicina y Genética*. Idemsa. Lima. 1998, pp. 276 ss., apunta que «el principio más importante que orienta y limita la investigación debe ser el de la inviolabilidad de la dignidad humana. Otros factores limitativos pueden ser los derivados del derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la autodeterminación de las garantías institucionales para el matrimonio y la familia, así como la de la prohibición de practicas discriminatorias»; Peris Riera, García González, «El bien jurídico protegido en los delitos de manipulación genética: criterios

humana; c. La integridad física y psíquica (salud)<sup>563</sup>; d. La libertad, en relación a la reproducción asistida sin consentimiento<sup>564</sup>; f. La intimidad, con el abuso de la información genética del individuo<sup>565</sup>.

Dentro de los bienes jurídico-penales supraindividuales, la doctrina considera que de los bienes jurídicos individuales mencionados, se estructuran otros bienes de carácter supraindividual y estos presentan una proyección autónoma que afecta a toda la especie humana, si bien, se afecta a un bien jurídico individual, lo relevante de dichas conductas está precisamente en lo dicho, la afección a bienes supraindividuales, como la propia supervivencia de la especie humana, en los casos más graves<sup>566</sup>. A decir de Romeo Casabona, en ocasiones la decisión de protección puede constituir un medio instrumental para proteger al mismo tiempo valores democráticos basados en el pluralismo y en impedir el dominio de unos seres a otros, este dominio se daría sobre las diferenciaciones genéticas entre los individuos, pues, la homogenización, la indiferenciación de los ciudadanos han sido una tendencia propia de un Estado totalitario<sup>567</sup>.

---

de incriminación», en Benítez Ortúzar, Morillas Cueva, Peris Riera, coord(s), Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, LH al profesor. Mantovani, Dykinson, Madrid, 2005. pp. 115 ss., a más de citar la dignidad humana, la identidad genética.

<sup>563</sup> Dentro de estos parámetros Peris Riera, «La Regulación...», p. 100; Romeo Casabona, «Los genes...», pp. 143 ss. García González, «Límites...», pp. 217 ss., entre otros.

<sup>564</sup> Albarac López, «Aspectos jurídicos de la inseminación genética: inseminación artificial», LL, 1985, pp. 1051 ss.

<sup>565</sup> Peris Riera, «Orden biológico vs. orden jurídico» en AAVV, El Derecho del Tercer Milenio, Instituto de Derecho y ética industrial, Madrid, 1997, pp. 26 ss.; téngase en cuenta que esta conducta no es penalizada por el CP, siendo una de las fallas a las que se refiere la doctrina como se verá más adelante.

<sup>566</sup> Romeo Casabona, «Los genes...», pp. 233 ss.; en sentido similar Peris Riera, «La regulación...», pp. 107 ss., además destaca que al verse afectado un bien jurídico supraindividual, justifica la intervención penal en la protección del embrión en ciertos casos y en cualquier fase del desarrollo embrionario.

<sup>567</sup> Vid. Romeo Casabona, «Los genes...», p. 233.

Con apego a la clasificación de Romeo Casabona<sup>568</sup>, quien recoge y amplía parte de las resoluciones adoptadas en el «XIV Congreso Internacional de Derecho Penal», promovido por la Asociación Internacional de Derecho penal; se tiene que los bienes jurídico-penales supraindividuales serían los siguientes: a. La inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano (herencia genética)<sup>569</sup>; b. La identidad y la irrepetibilidad del ser humano<sup>570</sup>; c. Privación de la dotación genética doble; d. Protección de la supervivencia de la especie humana.

## **5. VALORACIONES SOBRE NORMAS, PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES, COMO BASE PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL, EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICAS**

La discusión entre las teorías que fundamentan al bien jurídico (teorías sociológicas y constitucionales –fundamentalmente–)<sup>571</sup> traen consigo la falta de acuerdo sobre un concepto unitario de bien jurídico, al margen de

---

<sup>568</sup> Vid. Romeo Casabona, «Límites penales de la manipulación genética», en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, vol. III, Madrid, 1994, pp. 205 ss. a esta clasificación se acoge Peris, *La regulación...*, p. 108.

<sup>569</sup> Con el mismo criterio, entre otros: Eser, «Derecho Penal...», pp. 238 ss.; Higuera Guimerá, *El Derecho Penal y la Genética*, Trivium, Madrid, 1995, pp. 50 ss.; en relación al patrimonio genético, conforme a la exposición de Peces-Barba, *La libertad del Hombre y el Genoma*, en *El Derecho ante el Proyecto...*, vol. I, p. 207, «el problema genético no se puede plantear desde un punto de vista individualista, no se puede desconocer la conexión de la estructura genética con las generaciones futuras».

<sup>570</sup> Corcoy Bidasolo, en «Delitos de peligro...», p. 232, considera que en relación al art(s). 159 y 161 del CP se protege como bien jurídico la identidad de la especie humana, la autora, cita a Shünemann, *Kritische Anmerkungen sur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, GA 1995, quien concibe la «supervivencia de la especie humana» como principio regulativo superior. (Antes de Reforma de 2003: art. 159, Alteración del genotipo; art. 161: 1. Fecundación de óvulos, 2. Clonación y selección de raza).

<sup>571</sup> Vid. infra. PP, cap. I, ap. 1.2 ss.



ello, se debe tener en cuenta que varios autores advierten sobre una salida constitucional con el fin de establecer los bienes jurídico-penales<sup>572</sup>.

Ante lo expuesto, con el fin de indagar sobre los bienes jurídico-penales protegidos en materia genética, se debe recurrir a la Constitución en busca de una guía y clarificación sobre el tema<sup>573</sup>, bien por la falta de motivos expresos del legislador y ante la diversidad de criterios expuestos por la doctrina. A la par de la indagación en el ordenamiento constitucional, se deben buscar alternativas en las normas y principios del Derecho. Por orden sistemático, se comenzará con un análisis de las normas y de los principios, de donde surge el sustento para la construcción de los valores constitucionales.

## **5.1. NORMAS, REGLAS, PRINCIPIOS, VALOR, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y PRINCIPIOS DE DERECHO**

Para comenzar con el estudio del tema, se acude al estudio de Mir Puig<sup>574</sup>, quien considera que la dogmática en general y la dogmática jurídico-penal,

---

<sup>572</sup> En este sentido, Eser, *Derecho...*, pp. 232 y 276., entiende que para limitar la investigación científica, es necesario tener en cuenta valores del ordenamiento jurídico, como la dignidad humana, de allí que la dignidad humana se constituya en piedra angular de tope para la investigación, cuando esta violenta la dignidad humana; el autor, toma también otros valores del mismo ordenamiento constitucional, como la vida, integridad, etc.; vid. Mir Puig y Silva, *supra*, n. 546.

<sup>573</sup> Peris Riera, García González, «El bien jurídico protegido...», «Estudios jurídico...», pp. 107-111, con criterio similar respecto a un viraje constitucional.

<sup>574</sup> Por la importancia para ese Trabajo, se realiza una transcripción amplia del criterio del autor expresado en el artículo: «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», en AAVV, *La ciencia del Derecho penal ante el Nuevo Siglo*, LH. al Prof. Cerezo, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 74 ss., quien indica que: «dogmática jurídica, y en particular la dogmática jurídico-penal, no se ha limitado a la tarea más indudablemente científica que, desde un concepto positivista de ciencia, correspondería a la Teoría del Derecho: la de descubrir las normas y otras disposiciones expresamente previstas en un sistema jurídico y las que se deduzcan lógicamente de ellas (en sentido estricto de estar implicadas lógicamente en aquéllas), añadiendo únicamente las relaciones lógicas entre las proposiciones que enuncian tales normas y su sistematización. Desde una

no hubiese llegado al desarrollo actual, si se hubiera simplemente limitado al estudio de las normas y disposiciones del sistema jurídico que resultan expresados por simple lógica, sino al contrario, ha ido más allá, hasta llegar a la consecución de elementos que no se han expresado en textos legales; pero que son deducibles de los mismos, estas acciones han procurado una Teoría del delito como se la conoce en la actualidad. Es así, que de la sola contemplación de las normas de Derecho positivo no se puede advertir los elementos del delito, es necesario por lo tanto, ir más allá, al

---

epistemología como esta, la teoría del delito no sería posible tal como se la conoce, puesto que presupone elementos no expresados en los textos legales ni deducibles lógicamente de éstos... La sola contemplación de los textos legales en su sentido literal, no permite captar todo el sentido normativo del Derecho vigente, así para el conocimiento de los comportamientos penados en cuanto a su prohibición que no se encuentran explicitada ni implicada en la literalidad de los textos legales, una interpretación de su significado material permite admitirla»... «Del mismo modo, también contribuye a aprehender el significado pleno del Derecho positivo descubrir las valoraciones y principios que existen tras de las normas jurídicas. Algunas valoraciones y principios del Derecho están explicadas en la Constitución y en otros textos legales, y tal explicación será muy útil para comprender e interpretar prescripciones jurídicas más concretas. Pero hay muchas otras valoraciones y principios que no están formulados en ningún texto legal y que sin embargo, están en la base de normas jurídica... Una dogmática que quiera penetrar en el sentido material de las instituciones jurídicas debe ir apegada a la búsqueda de las valoraciones y principios que las fundamentan, esta búsqueda no debe limitarse a las valoraciones y principios jurídicos generales, se debe alcanzar incluso los más específicos. Es lo que hace la doctrina dominante cuando indaga qué bienes jurídico-penales se protegen por los distintos preceptos penales. El concepto de bien encierra una valoración positiva, y el concepto de bien jurídico-penal supone una valoración positiva por parte del Derecho penal. Esta valoración sirve de guía a la interpretación del precepto penal correspondiente: integra (junto a otras valoraciones) su ratio legis...La evaluación crítica de la legislación, por parte de la doctrina jurídica será más sólida y coherente si se basa en una orientación político-jurídica consciente de su significado global. Las valoraciones concretas deben inscribirse en un marco general de valores... Cada jurista ha de orientar consciente y declaradamente su elaboración dogmática en valores y principios que sean capaces de generar consenso... En general todos los principios generales están necesitados de concreción a través del debate público... De la valoración positiva de un bien jurídico se desprenden valoraciones más concretas. La lesión del bien jurídico, supondrá una valoración negativa. También es jurídico-penal la valoración negativa que supone, si se da, el desvalor subjetivo de la conducta correspondiente a la parte subjetiva –entre otros–... Todas estas valoraciones guardan relación con la valoración positiva del bien jurídico-penal y la valoración negativa consiguiente de su lesión»; el mismo, en DP. PG., 6ª edic., pp.78 ss.

descubrimiento de las valoraciones y principios que siempre se encuentran detrás de las normas jurídicas, si bien algunas valoraciones y principios constan en la Constitución y en otros cuerpos legales; sin embargo, existen otros que no están explicados implícitamente, pero que de igual forma son fundamentos de las normas.

Visto así, la dogmática debe buscar, dentro del sentido material de las instituciones, las valoraciones y principios que existen junto a las normas, incluso, dicha búsqueda no debe limitarse únicamente a cuestiones generales, sino que se optimizaría la comprensión si se va a elementos más específicos, esta labor es la realizada por la doctrina dominante al tratar de visualizar los bienes jurídico-penales que se encuentran en cada tipo penal. El concepto de bien trae consigo una valoración positiva, la que sirve de interpretación a la norma penal y, conjuntamente con otras valoraciones, constituye la *ratio legis* del precepto.

Esta búsqueda y explicación de valoraciones y principios se debe realizar dentro de un marco de *orientación político-jurídica*; las valoraciones y principios resultantes deben tener una aptitud de crear consenso, es este el fin primordial que debe seguir cada jurista. Al iniciar con la valoración, en el caso del bien jurídico: se da en primer término una valoración positiva; posteriormente, se desencadenan otras valoraciones específicas, como la lesión del bien jurídico, que es sin duda una valoración negativa. Por otra parte, de este proceso valorativo, se extiende a la valoración subjetiva y objetiva que se hace en la imputación y la valoración de otras figuras del Derecho penal.

### **5.1.1. NORMAS**

Donde hay Derecho, existen normas, jurídicas; por, tanto las reglamentaciones del poder estatal (las leyes en sentido amplio), como los acuerdos entre individuos o entre grupos de individuos (contratos) o las decisiones de los órganos judiciales y administrativos (sentencias, resoluciones en general) constituyen probablemente las tres formas principales en las que se presenta el normativismo. La idea de que el Derecho consiste esencialmente en normas, es de una u otra forma, la concepción del Derecho dominante entre los juristas<sup>575</sup>.

Dentro del mundo normativo existen definiciones importantes, así: un *conjunto normativo* es un grupo de enunciados que contiene normas, pero también puede incluir, por ejemplo, definiciones; por otra parte, un *sistema normativo* es un conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias; finalmente, un *sistema jurídico* es un sistema normativo que contiene normas que prescriben una sanción; por lo tanto, *la sanción* no es una característica de cada uno de los componentes del Derecho, sino del conjunto del sistema jurídico. Además, si el sistema jurídico se contempla diacrónicamente, esto es, como una sucesión de sistemas a lo largo de un lapso temporal, se tiene la noción de orden u ordenamiento jurídico<sup>576</sup>.

Desde una *perspectiva pragmática*, las normas son precisamente *directivas*, es decir: enunciados que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidos. Existen diferentes clases de normas, que se dan en los diversos ámbitos de la vida<sup>577</sup>, aquí, interesan las normas jurídicas ya aludidas.

### **5.1.2. REGLAS Y PRINCIPIOS**

---

<sup>575</sup> Vid. Atienza, El sentido del derecho, Ed. Ariel, 2001, p. 59.

<sup>576</sup> *Ibíd.*, p. 73.

<sup>577</sup> *Ibíd.*, pp. 62 ss.

Las reglas y principios están resumidos dentro del concepto de norma; tanto las reglas como los principios son normas porque los dos dicen lo que deben ser, y pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato: la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser; aunque sean razones de tipo diferente. La distinción entre reglas y principios es únicamente una diferencia entre dos tipos de normas<sup>578</sup>.

Existen varios criterios para diferenciar las reglas de los principios Alexy cita el criterio de generalidad, como el más frecuentemente utilizado. De esta forma, los principios son normas con un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas, normas con un nivel bajo de generalidad, así, como ejemplo de la primera es la libertad religiosa, y de la segunda, el que todo preso tiene el derecho a convertir a otros presos<sup>579</sup>, Dworkin<sup>580</sup>, sostiene como su tesis fundamental, que el Derecho no puede verse simplemente como un conjunto de reglas, esto es una pauta de conducta, sino que el Derecho contiene también principios, que pueden ser de dos tipos: a). Las *policies o directrices*, es decir, las normas que fijan objetivos de carácter económico, social o político, y b). Los *principios en sentido estricto*, como exigencias de tipo moral (nadie puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito), que establecen a la vez derechos. La característica de las reglas es el poder aplicarse en forma todo-nada, mientras que los principios tienen una dimensión de peso, cuando se

---

<sup>578</sup>Vid. Alexy, Teoría de los Derechos fundamentales, Centro de estudios Constitucionales, Madrid 1993, p. 83; en similar sentido: Atienza, «El sentido...», pp. 72 ss. Puigpelat Martí, «Bioética y...», en «Bioética, derecho...», p. 48, hace referencia a normas y principios.

<sup>579</sup> Vid. Alexy, «Teoría de los...», p. 83.

<sup>580</sup> Cit. por Atienza, «El sentido...», p. 74; cit. por Puigpelat Martí, en «Bioética y...», en «Derecho...», p. 48.

aplican para resolver un caso, deben ser ponderados entre sí, y el caso resuelto, según el peso relativo atribuido a los diversos principios concurrentes<sup>581</sup>. Los principios pueden referirse tanto a *derechos individuales como a bienes colectivos*<sup>582</sup>.

### 5.1.3. PRINCIPIO Y VALOR

Los principios y valores están estrechamente vinculados entre sí, en un doble sentido: por una parte, de igual manera que puede hablarse de una colisión de principios y una ponderación de los mismos, puede decirse de una colisión de valores y de una ponderación de estos, y por otra, el cumplimiento de los principios tiene su equivalencia en la realización gradual de los valores. La diferencia principal es que los principios son mandatos de un determinado tipo: *mandatos de optimación*<sup>583</sup>, y pertenecen al ámbito deontológico (mandato, prohibición, permisión y del derecho a algo) y en cambio, los valores se incluyen a nivel axiológico (lo bueno, lo malo), de allí que se consigue una caracterización aproximada del concepto valor<sup>584</sup>.

---

<sup>581</sup> Vid. con críticas frente a la Teoría de Dworkin: Zagrebelsky, «Diritto per: valori, principi o regole», en QFSPGM, núm. 31, T. II, 2002, pp. 865 ss. en lo primordial considera a la doctrina de los principios de Dworkin, como teórica y subjetiva desde el punto de vista del autor, y que no se basa en la experiencia constitucional, ni en la práctica jurídica; por otra parte, esta doctrina se deriva del sistema jurídico de la Common Law, distante y diferente al contexto constitucional italiano y tal vez europeo continental; el autor, cit. como críticos con esta doctrina a autores italianos como: Bonvechio, La tautología del dubbio: Riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin, «Il Politico», Università degli Studio di Pavia, 1996; Bongiovanni, Teorie «constituzionalistiche» del diritto. Morale, diritto e interpretazione, in Alexy e Dworkin, CLUEB, Bologna, 2000; Bozzolo, Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico, Torino, 2001, entre otros.

<sup>582</sup> Alexy, «Teoría de los...», p. 109.

<sup>583</sup> A criterio de Alexy, ibíd., p. 86.

<sup>584</sup> Ibíd., pp. 138 ss.

Quien dice de algo, que tiene un valor, expresa un *juicio de valor* y lleva a cabo una *valoración*. Los juicios de valor y los conceptos de valor empleados en dicho juicio, pueden ser: clasificatorios, comparativos, métricos<sup>585</sup>.

#### **5.1.4. PRINCIPIOS JURÍDICOS Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO<sup>586</sup>**

La reciente discusión sobre los principios jurídicos en la Teoría del Derecho, tiene su origen en la obra de Dworkin, y en obras como la de Eser, Del Vecchio, Bobbio, García de Enterría, en donde se emplean la expresión «principios jurídicos» o «principios generales del Derecho»<sup>587</sup>.

Los *principios generales del Derecho*<sup>588</sup> son una fuente formal capaz de rellenar lagunas dejadas por otras fuentes, y los *principios jurídicos* son una fuerza positivista. Un principio jurídico cambia o puede cambiar de sentido en función del ambiente en que se sitúa, por más que su determinación, como principio abstracto, le haya venido necesariamente de su actuación concreta, sin que tal conexión se pueda invertir. Mas las posibilidades regulativas de los principios jurídicos, precisamente por manifestarse en un proceso de cambio dentro del sistema normativo preexistente, no hacen sino alumbrar posibilidades hasta entonces inéditas, ni consideradas, y por ello indefinidas hasta que hayan adquirido realidad en el mundo en que se han plasmado ciertas situaciones que requieren determinado tipo de resolución. En este sentido, los principios de Derecho

---

<sup>585</sup> *Ibíd.*, p. 42.

<sup>586</sup> *Vid. infra.* PT, cap. VI, ap. 3.2.3.3. ss y cap. VII, sobre principios de naturaleza individuales.

<sup>587</sup> *Ibíd.*, p. 3.

<sup>588</sup> Sánchez de la Torre, *Los principios clásicos del Derecho*, Unión Ed., S. A., Madrid, 1975, pp. 21, 32, 43.

operan en una dimensión metafísica de la realidad jurídica, desvelando la potencialidad del ser jurídico, al actualizar directrices y criterios reguladores de las situaciones socio-jurídicas de que se trate. Los principios del Derecho vendrían a ser, por lo tanto, el fenómeno en que más puramente se revela la dimensión metafísica del Derecho.

Los *principios generales del Derecho* constituyen el contenido del que podemos llamar *pre-derecho fundamental*, plasmado como se ha visto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Los principios del Derecho nos ofrecen una realidad (tanto fáctica como normativa) del mismo, y una visión dinámica, debido a que afloraron de la historia y se instalaron en el seno de los Ordenamientos jurídicos positivos, por lo que, participan de la historicidad propia de todo fenómeno histórico. Pues, no solo son mutables y fecundos por estar manifestados en la actualidad histórica, sino también, por ser su manifestación histórica, eso sí, solo un aspecto parcial de su verdadera dimensión, que es sobre todo potencial o sea no actualizada aún, al menos, en otras múltiples manifestaciones posibles, muchas de las cuales serían ahora mismo insospechadas y por lo tanto, son rigurosamente imprevisibles<sup>589</sup>.

Ahora bien, el término principios se emplea en sentidos diversos<sup>590</sup>, se da entre otros, los siguientes: a. Principio en sentido de norma muy general, entendido así por regular un caso, cuyas propiedades relevantes son muy generales; b. Principio en sentido de norma redactada en términos particularmente vagos; c. Principio en sentido de norma programática o directiva (directrices), eso es, de norma que estipula la obligación de

---

<sup>589</sup> Hasta aquí el estudio de Sánchez de la Torre.

<sup>590</sup> Atienza, *Las piezas del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, pp. 3-4.



perseguir determinados fines; d. Principios en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida, etc.).

Dentro de los últimos<sup>591</sup>, se debe distinguir entre principios en sentido estricto, los que indican valores superiores, de los principios directrices o normas programáticas (obligación de perseguir un fin), los otros principios se reconducirían en los dos anteriores.

En este sentido, los principios en sentido estricto suponen la asunción de valores, que se consideran como razones categóricas frente a otros intereses. Por lo que, las normas que recogen estos valores (los principios en sentido estricto), prevalecen siempre frente a las directrices, que juegan un papel predominantemente negativo: evitar la persecución de los intereses que puedan dañar a esos valores, obviamente las mismas directrices están sustentadas en valores, como objetivos sociales, intereses colectivos de carácter económico: social, cultura, etc. Los *enunciados* que contienen los principios expresan un juicio de valor, que sirve de fundamento a los correspondientes principios y directrices. Un claro ejemplo es el artículo 1.1. en la Constitución de España<sup>592-593</sup>.

---

<sup>591</sup> *Ibíd.*, p. 5

<sup>592</sup> «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como *valores superiores* de su ordenamiento jurídico la *libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*».

<sup>593</sup> *Ibíd.*, p. 174 s., al entender de Atienza considera que la Constitución en su artículo primero, debe contener, en el puesto de valores superiores, la palabra principios del ordenamiento: la libertad...

Dentro de la Bioética, las disposiciones constitucionales que son importantes en esta materia, poseen una estructura de principios, así se tiene a los artículos: 1, 10.1, 14, 15, 16, 17, 20, 39, 43, 44.2, 49<sup>594</sup>.

## **5.2. CONSTITUCIÓN: VALORES SUPERIORES Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

Como se ha visto en el apartado anterior, la Constitución española, en su artículo 1.1. Proclama como valores superiores del ordenamiento a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Y en el artículo 10.1 prescribe que la dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social.

### **5.2.1. VALORES SUPERIORES**

Los valores superiores como se ha dicho, son valores que contienen razones categóricas, se recogen en los principios en sentido estricto y están sobre cualquier otro interés.

La expresión de valores superiores en la Constitución supone en la cultura jurídica actual un progreso en relación con los textos anteriores<sup>595</sup>, entre varias motivaciones para este trato, se tiene que en lenguaje constitucional, los valores superiores suponen un concepto de Derecho como fenómeno cultural, como obra de los hombres y de la historia; por tanto los valores superiores son los objetivos máximos, el sentido que por el acuerdo de la mayoría expresada por el legislador constituyente, se atribuye a este

---

<sup>594</sup> Vid. Puigpelat Martín, «Bioética...», en «Bioética, Derecho...», pp. 42 ss.

<sup>595</sup> Vid. Peces-Barba, Los valores superiores, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 54.

fenómeno cultural que es la norma básica del sistema jurídico español, y que España propugna a través del Estado Social y Democrático de Derecho<sup>596</sup>.

### **5.2.2. DERECHOS FUNDAMENTALES**

En los últimos tiempos se ha visto un avance considerable en el tratamiento de los derechos fundamentales, a tal punto que se ubican principalmente en los Tratados Internacionales y en las Constituciones de los países occidentales; así se pueden ver en la Declaración de Derechos Humanos (1948), en el Convenio europeo de Derechos Humanos y libertades (1975), por citar dos ejemplos.

El significado que adquieren los derechos fundamentales dependerá del modelo de Estado en el que se den, por lo que es diferente la Constitución socialista, de los textos constitucionales democráticos. La forma de garantizar los derechos fundamentales, se sujeta a reglas diferentes, en cada Constitución<sup>597</sup>.

La evolución de los derechos fundamentales, si bien se remonta a la Antigüedad, inicia su carrera triunfal en las postrimerías del siglo XVIII, con la Declaración de Derechos Humanos (Bill of Right) en América, (Virginia, 1776) y las declaraciones francesas de 1789 a 1795<sup>598</sup>.

---

<sup>596</sup> *Ibíd.*, pp. 56 ss.; según Peces-Barba, existe una pluralidad de valores en el ordenamiento, que pueden ser divididos en tres tipos: 1. Valores formales, como la seguridad jurídica; 2. Valores materiales, como la libertad; 3. Valores relacionales, como la solidaridad, todos estos arrancan de la dignidad humana.

<sup>597</sup> Hesse, «Significado de los derechos fundamentales», en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 83.

<sup>598</sup> *Ibíd.*, p. 85.

La estructura y función de los derechos fundamentales garantizan no solo derechos subjetivos de los individuos, sino también principios objetivos básicos para el ordenamiento constitucional de un Estado Democrático y de Derecho, teniéndose en cuenta que los fundamentos del Estado están en dichos derechos y en el ordenamiento jurídico<sup>599</sup>. En este sentido, desde los orígenes pertenece a la tradición de los derechos fundamentales, la idea de que estos no son solo derechos subjetivos, sino al mismo tiempo principios objetivos del orden constitucional, esta interpretación actual de los derechos fundamentales como principios objetivos del ordenamiento constitucional y del ordenamiento jurídico en su conjunto, supera ampliamente dichos planteamientos originarios<sup>600</sup>.

La estructura de los derechos fundamentales se puede clasificar en a. Los sujetos, todo derecho fundamental tiene un titular, y al menos, un obligado, quienes pueden ser llamados sujetos de derechos son llamadas personas jurídicas; b. El objeto, es el factor nuclear de la estructura del derecho fundamental, siendo el objeto aquello sobre lo que recae el derecho, el interés o en lo que consiste el bien para el sujeto: un algo, una libertad o una competencia; c. El fundamento, entendiéndose aquí de una manera

---

<sup>599</sup>Ibíd., pp. 89 ss.; los derechos deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana. Conforme a la Constitución alemana la libertad es el valor superior prioritario, así, entiende Hesse, al referirse que, se garantiza la libertad de la vida en sociedad y la libertad individual.

<sup>600</sup> Ibíd., p. 94; Peces-Barba, Derecho y deberes fundamentales, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 338, analiza la filosofía de Dworkin que se fundamenta (como se ha mencionado), principalmente en que en el Derecho coexisten normas con principios (como reacción al positivismo), dentro de los principios, se encuentran imperativos de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral. En relación con los derechos fundamentales, estos constituyen criterios para valorar a las leyes y a la costumbre. Los hombres tienen derechos morales que les protegen frente a las decisiones que pudieran tomar la mayoría de los ciudadanos, el modelo es constructivo, basado en los derechos, en concreto en el derecho de todo individuo a ser tratado como igual, y supone la promesa, en una visión contractualista, que la mayoría hace a las minorías, de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas. Estos derechos no pueden ser negados por razones utilitarias o de interés general, si el poder quiere tomarse los derechos en serio.

muy general, la justificación o fundamento de un derecho determinado para que tenga su clase de tal, ante este pormenor existen muy diversas opiniones<sup>601</sup>.

De los progresos en la protección de derechos fundamentales, que han puesto de relieve los cambios históricos, se han de desenvolver dentro de la libertad humana y en el deber de protección del Estado, como límite al poder del Estado y frente a terceros<sup>602</sup>. Las limitaciones de los derechos fundamentales y de otros bienes jurídicos se ven en la propia Ley Fundamental<sup>603</sup>.

La regulación de los derechos fundamentales en las Constituciones, como en la de Alemania y España, ha inducido a los teóricos del Derecho político a entender estas garantías constitucionales como un sistema propio y cerrado en si mismo, a su vez, existiendo diferentes posiciones al respecto, así, este tipo de conflictos, no excluye la agrupación descriptiva de los

---

<sup>601</sup> Vid. Ciarciano, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Ed. Universidad de Navarra. S. A., Pamplona, 2000, pp. 211 ss. en el mismo sentido, en cuanto al objeto del bien jurídico, en relación al derecho fundamental, Muñoz Conde, en *El Nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Quintero Olivares, Morales Prats (Eds.), Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 561 ss. y 573, considera que como contenido mínimo de un derecho constitucionalmente declarado, no hay ninguna objeción, pero si abandonamos el terreno de la interpretación constitucional para centrarnos en la integridad moral (ejemplo), como bien jurídico penalmente protegido, nos daremos cuenta de que las posibles acciones y los posibles valores atacados por las mismas que de esta definición constitucional se derivan, constituyen, precisamente, el objeto de la protección de otros tipos penales. Además considera el autor que el Derecho penal protege bienes jurídicos que por su carácter básico para el individuo y la sociedad tienen el carácter de derechos fundamentales de carácter constitucional, por lo que se ha definido incluso al CP como «Constitución en negativo», sin embargo, el Derecho penal aplica sus principios para elegir que se debe considerar como bien jurídico-penal y como debe hacerlo.

<sup>602</sup> Hesse, «Significado de...», en «Manual de...», pp. 94 ss.; en este sentido, Schneider, en *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p.127., considera que el ciudadano particular ya no está sometido al poder del Estado, sino que en el estado constitucional democrático incluso es participante libre en las decisiones de la comunidad.

<sup>603</sup> Hesse, «Significado de...», en «Manual de...», pp. 109 ss.

derechos fundamentales y su subdivisión en garantías de la libertad, de la igualdad y garantías objetivas. La mayor parte de los derechos del hombre y del ciudadano constantes en la Constitución son garantías de libertad, y son también el núcleo básico de las conquistas liberales del Estado de Derecho burgués y garantizan al individuo la protección frente al Estado, de tal forma, se encuentran los derechos de las personas (libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida y a la integridad física, la libertad de movimiento y de residencia), derechos fundamentales de comunicación, (libertad de opinión, libertad de la ciencia y del arte, libertad de conciencia, libertad de reunión y libertad de asociación), derechos económicos (libertad de profesión, libertad industrial y comercial, derecho a la propiedad). Frente a los derechos clásicos de libertad aparecen las garantías de igualdad, siendo la primera la exigencia de igualdad ante la ley (principio general de igualdad). Por último, la Ley Fundamental conoce, una serie de garantías objetivas de la más variada clase: como la nacionalidad y sus derechos anexos (sufragio, acceso a cargos públicos, derecho de petición, derecho de asilo), garantías de determinadas instituciones (matrimonio y familia, escuela, universidad, iglesias, partidos, autonomía para convenios colectivos, autonomía administrativa comunal), como también, determinadas actuaciones en la esfera privada (inviolabilidad de domicilio, secreto postal y de las comunicaciones, derechos de la personalidad), garantías especiales de justicia (garantías procesales, derecho un juez y a prestar declaración, ninguna pena sin ley, prohibición de castigo múltiple). La ordenación y clasificación dogmáticas de estas garantías objetivas, resultan, por consiguiente tan difíciles, debido a que surgen históricamente de contextos distintos y afectan a materias totalmente diversas<sup>604</sup>.

### **5.2.3. DIGNIDAD HUMANA**

---

<sup>604</sup> Schneider, «Democracia...», pp. 129 ss.

La dignidad humana se puede concebir dentro de una definición modesta, como la capacidad abstracta y potencial del ser humano para realizarse como tal<sup>605</sup>. El Estado tiene la obligación de respetar al ser humano, cuya dignidad se muestre en el hecho de tratar de realizarse en la medida de sus posibilidades. Incluso cuando tal esperanza parezca vana, bien porque sea denegada por predisposiciones genéticas y sus metamorfosis, bien por propia culpa, nunca el Estado puede emitir un juicio de valor concluyente y negativo sobre el individuo. Téngase en cuenta que son consustanciales a la naturaleza y a la dignidad del ser humano, sus imperfecciones e insuficiencias; aunque, igualmente su capacidad potencial de superarlas. La conciencia de esta imperfección natural contradice desde el punto de vista constitucional de la dignidad humana, a cualquier intento de conducirla por medio de modificaciones genéticas a un estado imaginario de perfección<sup>606</sup>.

Se habla de una doble vertiente de la dignidad: por un lado, la individual relacionada a una persona en concreto, es decir, la dignidad personal; y por otra, la dignidad de matiz social<sup>607</sup>, lo que se conoce como dignidad humana en sentido general.

Históricamente, la garantía de dignidad humana proviene del cristianismo, y encuentra su fundamento en la creación del hombre a imagen y semejanza de Dios<sup>608</sup>. La pionera en considerar a la dignidad humana y la

---

<sup>605</sup> Según Düring, en «Verfassungsentwicklungen in Osteuropa», en AöR 117, 1992, art. 1, núm., marg. 18, cit. por Benda, «Dignidad humana y derechos de la personalidad», «Manual de Derecho...», pp. 124 ss.

<sup>606</sup> Ídem.

<sup>607</sup> En este sentido, Vergés Ramírez, *Derecho Humanos: Fundamentación*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 149.

<sup>608</sup> *Ibíd.*, pp. 118 ss.

garantía en respetarla, es la Constitución de Bonn de 1949, a pesar de ser un concepto planteado en la Declaración de Derechos Humanos en 1948<sup>609</sup>.

La dignidad es considerada como el supremo valor jurídico protegido por la Constitución, en tanto que el Estado está en la obligación de respetar la dignidad del individuo y de garantizarla<sup>610</sup>.

En Alemania, la Ley Fundamental está comprometida con los valores, y reconoce la protección de la libertad y de la dignidad humana, como fin supremo de todo Derecho; así el artículo. 1. de la Constitución alemana, hace de este objetivo el supremo principio constitucional de la Ley Fundamental<sup>611</sup>.

El debate jurídico en relación con la manipulación genética de seres humanos, se centra en si el mandato de respeto a la dignidad humana, se ve afectado por las nuevas prácticas, y si el legislador tiene que implementar las medidas necesarias para evitar los riesgos que se puedan ocasionar<sup>612</sup>. Mientras que los defensores de la práctica de las nuevas tecnologías, buscan respaldo en el derecho a la libertad de la investigación<sup>613</sup>.

Los derechos fundamentales son posiciones autónomas derivadas de la dignidad humana, por lo que es evidente la relación de la dignidad humana

---

<sup>609</sup> Bartolomé Cenzano, *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 71.

<sup>610</sup> Benda, «Dignidad Humana...», en «Manual de Derecho...», pp. 120 ss.

<sup>611</sup> Cit. la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BverfGE 12, 45 (51), *ibíd.*, p. 118.

<sup>612</sup> En el mismo sentido Casado, «El conflicto entre bienes jurídicos en el campo de la genética clínica: exigencias de la salud pública y salvaguarda de la dignidad humana», RDGH núm. 4, 1996, p. 30; Salat-Baroux, avec la collaboration de Salt-Baroux, J, *Les Lois de Bioéthique*, Ed. Dalloz, Paris, 1998, p. 5, indican que la salvaguardia de la dignidad de la persona humana es el fundamento de la Bioética,

<sup>613</sup> Vid. Benda, «Dignidad Humana...», en «Manual de Derecho...», pp. 134 ss.



con los derechos fundamentales. Incluso la decisión en la Ley Fundamental a favor de la democracia y del Estado de Derecho, conforme a la idea occidental, y como producto de la experiencia histórica, resulta del reconocimiento de la dignidad. Con apego al derecho a la libertad (ideológica y política), el ciudadano puede participar en el proceso de toma de decisiones estatales, como elemento esencial del Estado democrático de Derecho<sup>614</sup>.

La dignidad humana y su desarrollo han puesto de relieve en la historia moderna, la existencia de dos grandes valores: la libertad y la igualdad, imprescindibles en la vida social para el desarrollo del hombre<sup>615</sup>. En este sentido, la mayoría de la doctrina considera que de la dignidad del hombre se derivan los demás principios, valores, derechos humanos o fundamentales<sup>616</sup>.

---

<sup>614</sup> *Ibíd.*, pp. 122 ss.

<sup>615</sup> Peces-Barba, «Derecho y derechos...», p. 340.

<sup>616</sup> En este sentido, Vergés Ramírez, «Derechos humanos...», pp. 88 ss., considera que de la dignidad humana figuran los derechos como la vida, libertad, igualdad; Schneider, «Democracia...», p. 136, sostiene, que considerados en abstracto los derechos fundamentales, son en primer lugar, fin en sí mismo y expresión de la dignidad humana que solo se pueden funcionalizar de manera limitada; Casado, en «El Conflicto...», RDGH., p. 31, afirma que el concepto de dignidad engloba y presupone todo un cúmulo de derechos protegidos constitucionalmente: la vida, la intimidad, la libertad, etc.; Eser, *El Derecho...*, pp. 232 ss., da relevancia a la dignidad sobre todo principio para la limitación de la investigación científica; Bartolomé Cenzano, «Derechos Fundamentales...», p. 72, considera a la dignidad sobre todo principio para la limitación de la investigación científica, en cada derecho fundamental se encuentra un núcleo de dignidad personal, por tanto la protección jurisdiccional de la dignidad se sitúa de forma genérica en la tutela de todos y cada uno de los derechos más vinculantes, los directamente relacionados con la dignidad, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad religiosa, a la libertad personal, etc.; en similar sentido también Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1985, p. 67; Dreifuss-Netter, «La protection penale de l'etre humain avant la naissance», en *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Jaques-Henri Robert et Stamatios Tzitzis, L'Institut de Criminologie de Paris del'Université Panteón-Assas (Paris II), Ed., Panteón Assas, Paris, 2001, p. 95, sostiene que la dignidad humana es un valor constitucional que engloba todas las formas de protección a la humanidad, esta misma dignidad esta ya presente en la protección de la persona en formación antes del nacimiento.

Resulta de interés el análisis realizado por Valle Muñiz y González González<sup>617</sup>, quienes manifiestan que al contrario de la Constitución alemana, en la española, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad no se configuran como derechos fundamentales, sino como principios rectores interpretativos (fundamento del orden político y de la paz social). El papel de la dignidad humana en la Constitución, debe distinguir tres niveles en las declaraciones: 1. El artículo 1.1. proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; 2. El artículo 10.1. Prescribe que la dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamentos del orden político y de la paz social; 3. En el Capítulo Segundo de su Título I, se reconoce un catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas. El reconocimiento constitucional de la dignidad humana, al prescindir el catálogo de derechos fundamentales, la convierte en la pieza clave para la articulación normativa de estos, con los valores superiores del artículo 1.1. de la Constitución de España, por lo que se diría que la dignidad de la persona es la inspiración y fundamento de los derechos fundamentales<sup>618</sup>.

A partir de las consideraciones realizadas sobre la dignidad humana como principio, valor y derecho supremo, que engloba a los demás, se procede a realizar un breve análisis sobre estos valores.

#### **5.2.4. VIDA**

---

<sup>617</sup> Vid: «Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal», PJ núm. 26, 1992, p. 124.

<sup>618</sup> Vid. infra, PT, cap. VI, ap. 3.2.3.2 y ap. 3.2.3.3.2.

La esencia de la vida acompaña a todo sujeto humano, animal y vegetal desde el momento de su concepción hasta la muerte. Este derecho es de suma importancia, pues, en sí mismo está la base material para que se dé todo principio, valor o derecho, y es el que precede a todos los demás. Al respecto, como se vio dentro de la dignidad humana, en cuanto a la consideración que es de esta de donde se originan los demás principios, valores o derechos; sobre esta divergencia de criterios, se dan dos pronunciamientos, que se pueden resumir de la siguiente forma: a. Quienes consideran que la vida es anterior a cualquier valor<sup>619</sup>; b. Quienes sitúan a la vida como derivación de la dignidad humana (ya referidos anteriormente)<sup>620</sup>.

La sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985<sup>621</sup> proclama a la vida como supremo valor del ordenamiento, a pesar de que no conste como tal dentro del artículo 1.1. de la Constitución de España. Sin embargo, la vida, en el artículo 15 de la Constitución, se encuentra como el primer derecho fundamental dentro de la lista que admite la Ley Fundamental, lo que se puede entender que la vida precede a los subsiguientes derechos.

La aparición del Informe Warnock<sup>622</sup> ahondó en la polémica existente<sup>623</sup> sobre el inicio de la vida y sobre cuando debe ser protegida por el

---

<sup>619</sup> Entre algunos autores citados por Vergés Ramírez, «Derechos Humanos...», p. 146. Scheler, considera al valor vida, como la fuente de todo derecho, porque la vida de la persona es un valor en sí misma; en el mismo sentido, Cavalla, sostiene que la vida origina a todo los demás.

<sup>620</sup> A más de las indicadas, sostienen una posición contraria Messner y Welzel, quienes manifiestan que alrededor de la dignidad giran los demás derechos, autores citados por Vergés Ramírez, «Derechos Humanos...», p. 146.

<sup>621</sup> En el mismo sentido STC 596/1989, 212/1996 y STC 116/1999.

<sup>622</sup> Vid. «Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology» (Cmnd 9314), Her Majesty's Stationery Office, London 1984, fue nombrado por el gobierno inglés con el fin de estudiar aspectos relacionados con las técnicas de reproducción asistida, para posteriormente ser elevado a Ley. El Informe (párr. 1.4),

Derecho<sup>624</sup>. Se analiza la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 con el fin de aclarar el tema, pues, de ella se han desprendido diferentes posiciones, así<sup>625</sup>: a. Unas que se inclinan por la protección de la vida desde el momento de la concepción, al ser considerada como un bien jurídico constitucional; b. Otras posturas sostienen que al tratarse a la vida como bien jurídico constitucional en base al artículo 15 de la Constitución, se refiere a un derecho fundamental cuyo titular no puede ser el *nasciturus*. Sin embargo, la sentencia indica que el Estado está en la obligación de proteger la vida del *nasciturus*, incluso penalmente. Pero, esta no clarifica plenamente el asunto controvertido, que como se ve, origina y fundamenta posiciones encontradas.

Al respecto, la jurisprudencia alemana tampoco se presenta con total claridad sobre el asunto, de esta forma se opta por lo siguiente: a. Por un lado, con una solución objetiva, dentro de esta se refiere a los deberes del Estado para brindar protección, y b. Por otra parte, se hace alusión al

---

expresa que se usa el termino «pre-embryo» para referirse a los primeros 14 días de desarrollo del embrión, a partir de este tiempo las células del bebe puede formar otras estructuras celulares.

<sup>623</sup>Vid. ap. A.

<sup>624</sup> Messina de Estrella, Bioderecho, Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998, pp. 32 ss.

Lo anterior ha originado diferentes posturas sobre el inicio de la vida humana, y sobre el momento de su protección, que se pueden resumir en 1). El momento de la concepción (unión del espermatozoide y del óvulo). 2). En el momento de la singamia o unión de los pronúcleos de las células femeninas y masculinas, a las dieciocho o veinte horas aproximadamente. 3). En el momento de la implantación o nidación, a los catorce días, antes de lo cual se denomina pre-embrión. 4). Comienza la existencia del nuevo ser con la presencia de la actividad eléctrica cerebral, registrada mediante un electroencefalograma.

<sup>625</sup> Por la protección de la vida desde su inicio, Vid. González Morán, «Bioética y responsabilidad», Mejía, ed., Bioética Práctica. Legislación y Jurisprudencia, Ed. Colex, Madrid, 2000, p. 114, entre otros; sobre la imposibilidad de la titularidad del derecho a la vida por parte del *nasciturus*, vid. a Benítez Ortúzar, «Aspectos jurídicos-penales...», pp. 116 ss.

*derecho de la persona por nacer*, y a un derecho a la protección frente a la totalidad de los ciudadanos, es decir, a la protección contra terceros<sup>626</sup>.

### 5.2.5. LIBERTAD

En la Constitución de España, la libertad está considerada como un valor superior del ordenamiento jurídico, y tiene el mismo carácter que los demás, por no existir el reconocimiento constitucional, como primer valor superior en la Ley Fundamental.; en tanto que en Alemania como se vio en su momento, es el primer valor supremo<sup>627</sup>.

El derecho a la libertad de las personas, sin duda, ha sido una de las grandes conquistas a lo largo de la historia, tanto en el campo de batalla, como en el pensamiento de los filósofos de todos los tiempos, la libertad ha seguido su propio camino evolutivo.

La libertad como valor superior se cristaliza en el mundo moderno como fruto de tres aportaciones sucesivas: la liberal, la democrática y la socialista, a la vez, arranca con estos elementos hacia la Modernidad<sup>628</sup>. Sin objeción, tras analizar los problemas históricos y racionales, la libertad cada vez aparece con perspectivas parciales que explican mejoras, así: a. Como en la aportación liberal: la libertad de hacer lo que cada uno quiera, es la libertad como no interferencia, es la raíz de los derechos individuales (libertad de pensamiento, de expresión, religiosa, inviolabilidad del

---

<sup>626</sup> Alexy, cit. las sentencias BverfGE 39, 1 (41 ss.); 46, 160 (164 s); 49, 86 (140); 53, 30 (57), en «Teoría de los...», pp. 437 ss. la doctrina dominante en Alemania reconoce la dignidad al *nasciturus* y a los muertos; Vid. Benda, «Dignidad Humana...», «Manual de...», p. 121.

<sup>627</sup> González-Salas, «La Teoría..», 1ª edic., p. 35 ss. participa del criterio que la libertad e igualdad, son valores superiores, y de estos se derivan los otros valores.

<sup>628</sup> Peces-Barba, «Derechos y...», p. 257.

domicilio, de las comunicaciones, etc.); b. Como en la aportación democrática: la libertad para intervenir en el establecimiento de los criterios de hacer o para poder hacer lo que se quiera, la libertad de participación; también es la raíz de los derechos políticos (derecho de participación política, de acceso a los cargos públicos, derecho de sufragio); c. Como en la aportación socialista, la libertad se emplea como el poder hacer lo que quiera, es la libertad de prestación o libertad promocional, a la vez que es la raíz de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>629</sup>.

La libertad presenta tres sentidos: a. La libertad de elección, como la posibilidad de escoger cuando se presentan diversas alternativas o posibilidades distintas; b. Libertad moral autonomía o independencia moral, sería la meta, el fin a seguir; c. Libertad social y política, que se da en la vida social, dentro del marco del Estado, del Derecho y de la Constitución<sup>630</sup>.

Dentro de la Biotecnología, la libertad se sumerge en temas relacionados con la libertad de investigación, en todo caso se ha considerado, que la libertad de investigación estará siempre limitada por los derechos fundamentales, que mediante la rectoría de la dignidad humana, es decir, no puede ir en contra de la dignidad del hombre (Eser y otros citados). Por otro lado, es propiamente en la aplicación de técnicas de manipulación genética en sentido amplio, en donde se plantea sobre la importancia que tiene el consentimiento<sup>631</sup>, para que las mismas procedan o no y la repercusión de dicho consentimiento al momento de fijar responsabilidades

---

<sup>629</sup> *Ibíd.*, p. 340.

<sup>630</sup> Vid. Peces-Barba, «La libertad del hombre y el Genoma», en *El Derecho ante el Proyecto...*, vol. I, p. 205.

<sup>631</sup> Vid. *infra*. PT, cap. VII, ap. 4.

penales, sin olvidar, que dentro del ámbito sanitario es de vital importancia el consentimiento informado del paciente.

### **5.2.6. IGUALDAD**

De igual forma que la libertad, en el artículo. 1.1. de la Constitución, la igualdad es considerada como el valor supremo del ordenamiento jurídico.

La igualdad como los valores anteriores se desarrolla con el transcurrir de la historia, antecedentes de esta se tiene en la Grecia clásica, con el nacimiento de la democracia, de allí, que la lucha por la igualdad continúa hasta los actuales días.

La igualdad como se concibe en la actualidad, aparece como aportación liberal, en cuanto a sus dimensiones formales, mientras que de la aportación socialista hereda sus dimensiones materiales. La igualdad formal se divide en cuatro dimensiones bien precisas: 1. Como generalidad, establece un abstracto destinatario de las normas, el hombre y el ciudadano; 2. Como equiparación, lo que supone trato igual en circunstancias no idénticas<sup>632</sup>, pero que no se consideran relevantes (principio de no discriminación por nacimiento, sexo, raza, religión); 3. Como diferenciación, cuando sí se consideran relevantes ciertas circunstancias para justificar un trato desigual (la riqueza, la edad, la ciudadanía); y por último; 4. La igualdad procesal, que supone la existencia de unas reglas previas e imparciales, iguales para todos, y tiene como objetivo resolver los

---

<sup>632</sup> Al respecto, Alexy, «Teoría de los...», pp. 395 ss., considera el contenido de mandato de tratamiento igual, si no hay una razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual; y el mandamiento del tratamiento desigual, cuando no hay ninguna razón suficiente para la permisión de tratamiento igual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.

conflictos y ayudar a la formación de la voluntad de los operadores jurídicos. Dentro de la igualdad material menos elaborada se llega a señalar como criterio ponderante y más racional, la idea de la igual satisfacción de las necesidades básicas (vivienda, educación, sanidad, seguridad social), y que conjuntamente con la libertad de prestación, es la raíz de los derechos económicos sociales y culturales, como también del difícil proceso de desfundamentación de algún derecho de imposible contenido igualitario, como la propiedad<sup>633</sup>.

Conforme a la exposición que hace García Morillo sobre los elementos objetivadores de la diferenciación, y con el fin de aplicar este principio, se tienen las siguientes observaciones:

- Desigualdad de los supuestos de hecho; resulta evidente el trato diferente que se debe dar a supuestos de hechos diversos, el Tribunal Constitucional, considera en la sentencia 26/87, que no puede darse la violación del principio de igualdad entre quienes se hallan en situaciones diferentes.
- El término de comparación; quien alega una violación al principio de igualdad debe aprobar una comparación que resulta necesaria para ponderar razones, motivos, fundamentos, conforme lo señala las sentencias del Tribunal Constitucional: 14/85 y 2/97.
- La finalidad; para que la diferencia de trato sea justificada, debe estar constitucionalmente admitida, la finalidad no tiene que ser siempre un derecho, puede ser un objeto, valor o principio, esto en relación al concepto amplio de finalidad, siempre que no vaya contra el orden constitucional.

---

<sup>633</sup> Vid. Peces-Barba, «Derecho y...», pp. 257 ss.



– La congruencia es un elemento fundamental en todo trato diferenciado; la congruencia debe ponderarse en relación al trato desigual que se produce, el supuesto de hecho y la finalidad que se persigue. Se debe tratar de una relación armónica de esos elementos para justificar la actuación diferenciada.

– La proporcionalidad: esta hace referencia a la necesaria relación proporcional que deben guardar todos estos elementos, en especial, el trato desigual y la finalidad perseguida<sup>634</sup>.

---

<sup>634</sup> García Morillo, La Cláusula general de igualdad, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, cit. por Bartolomé Cenzano, en «Derechos Fundamentales...», pp. 107 ss.

## CAPÍTULO V

### CONSOLIDACIÓN DE UN ÚNICO BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA

1. Orientación político-jurídica y los motivos del legislador. 1.1. Orientación político-jurídica. 1.2. Los motivos del legislador. 2. Importancia del proceso de valoración con el fin de construir un bien jurídico-penal único en los delitos relativos a la manipulación genética. 3. El bien jurídico-penal considerado en los delitos relativos a la manipulación genética. 4. Aspectos protegidos en los delitos relativos a la manipulación genética «*strictu sensu*» y «*sensu lato*». 4.1. Aspectos protegidos en los delitos relativos a la manipulación genética «*strictu sensu*». 4.1.1. Alteración del genotipo (artículo 159). 4.1.1.1. Posiciones doctrinarias. 4.1.1.2. Concreción de los aspectos protegidos. 4.1.2. Armas biológicas o exterminadoras de la especie humana. (artículo. 160.1.). 4.1.2.1. Posiciones doctrinales. 4.1.2.2. Concreción de los aspectos protegidos. 4.1.2.3. Organismos modificados genéticamente (artículo 349). 4. 2. Aspectos protegidos en los delitos de manipulación genética «*sensu lato*». 4.2.1. Fecundación de óvulos (artículo 160.2.). 4.2.1.1. Posiciones doctrinales. 4.2.1.2. Concretización de los aspectos protegidos. 4.2.1.3. Referencia a la protección de la vida prenatal. 4.2.2. Clonación humana y selección de raza (artículo 160.3.). 4.2.2.1. Posiciones doctrinarias. 4.2.2.2. Concreción de los aspectos protegidos. 4.2.2.2.1. Creación de seres idénticos por clonación. 4.2.2.2.2. Selección de raza por otros procedimientos. 4.2.3. Reproducción asistida sin consentimiento (artículo 161). 4.2.3.1. Posiciones doctrinarias. 4.2.3.2. Concreción de los aspectos protegidos. 5. La relación entre los bienes jurídicos supraindividuales y bienes jurídicos individuales: unificación del bien jurídico-penal individual y supraindividual en un único bien jurídico-penal de doble dimensión. 5.1. Puntualizaciones sobre el término supraindividual con relación a los delitos relativos a la manipulación genética. 5.2. Propuesta de unificación del bien jurídico-penal individual y supraindividual, en un único bien jurídico-penal de doble dimensión. 5.2.1. El bien jurídico-penal individual y el bien jurídico-penal supraindividual, como punto de discusión dentro del derecho penal. 5.2.2. El funcionamiento del sistema como fundamento de la dimensión individual y supraindividual del bien jurídico-penal único.

5.2.3. Los principios y los valores constitucionales que originan un bien jurídico-penal único como fundamento de la dimensión individual y supraindividual del mismo. 5.2.4. Las dimensiones del bien jurídico-penal único: supraindividual e individual en los delitos de manipulación genética. 5.2.4.1. Los delitos relativos a la manipulación genética «*strictu sensu*». 5.2.4.1.1. Alteración del genotipo (artículo 159). 5.2.4.1.1.1. Dimensión supraindividual. 5.2.4.1.1.2. Dimensión individual. 5.2.4.1.2. Armas biológicas (artículo 160.1). 5.2.4.1.2.1. Dimensión supraindividual. 5.2.4.1.2.2. Dimensión individual. 5.2.4.1.3. Selección de raza (artículo 160.3). 5.2.4.1.3.1. Dimensión supraindividual. 5.2.4.1.3.2. Dimensión individual. 5.2.4.2. Los delitos de manipulación genética «*sensu lato*». 5.2.4.2.1. Fecundación de óvulos (artículo 160.2). 5.2.4.2.1.1. Dimensión supraindividual. 5.2.4.2.1.2. Dimensión individual. 5.2.4.2.2. Clonación de seres humanos (artículo 160.3). 5.2.4.2.2.1. Dimensión supraindividual. 5.2.4.2.2.2. Dimensión individual. 5.2.4.2.3. Reproducción asistida sin consentimiento (artículo 161). 5.2.4.2.3.1. Dimensión supraindividual. 5.2.4.2.3.2. Dimensión individual. 6. La titularidad del bien jurídico protegido penalmente en los delitos relativos a la manipulación genética: titularidad y víctima. 6.1. Titularidad del bien jurídico-penal. 6.1.1. Particularidades que plantea la titularidad en los bienes jurídicos supraindividuales. 6.1.2. Breves reflexiones a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional (53/95). 6.1.3. La titularidad del bien jurídico-penal único en los delitos relativos a la manipulación genética. 6.2. La víctima. 6.2.1. Particularidades que plantea la titularidad en los bienes jurídicos supraindividuales. 6.2.2. La víctima y su relación con la Teoría del delito y con el concepto de bien jurídico-penal. 6.2.3. La víctima en los delitos relativos a la manipulación genética. 7. Análisis de los delitos relativos a la manipulación genética con relación a las técnicas de tipificación: Delito de peligro (abstracto-concreto) y peligro-lesión. 7.1. Afectación de la dimensión individual y peligro de la dimensión supraindividual del bien jurídico-penal único. 7.1.1. Clonación reproductiva y selección de raza (artículo 161.2). 7.1.2. Reproducción asistida sin el consentimiento (artículo 162.). 7.2. Peligro para la dimensión supraindividual del bien jurídico-penal único. 7.2.1. Alteración del genotipo (artículo 159.1) 7.2.2. Armas biológicas (artículo 160.1). 7.3. Afección a la dimensión supraindividual del bien jurídico-penal único. 7.3.1. Fecundación de óvulos con fines reproductivos (artículo 161.1). 7.4. Afección de dimensión individual y supraindividual del bien jurídico-penal único. 7.4.1. Alteración del genotipo (artículo 159.1.). 7.4.2. Clonación reproductiva y

selección de raza (artículo 161.1.) 8. Criterios para restringir el tipo. 9. La función meramente simbólica del Derecho penal.

## **1. ORIENTACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA Y LOS MOTIVOS DEL LEGISLADOR**

### **1.1. ORIENTACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA**

La Ley Fundamental o Constitución de la mayoría de países occidentales tienen como fórmula para el funcionamiento de los estados, el concepto de Estado social y democrático de Derecho y, es esta la orientación político-jurídica, con la cual se desenvuelven los ordenamientos jurídicos en la actualidad.

A decir de Mir Puig, para la evaluación de la legislación por parte de la doctrina, serán más críticos los resultados si se enmarca dentro de una orientación político-jurídica<sup>635</sup>. Aquí, se tratará de explicar el bien jurídico-penal en los delitos relativos a la manipulación genética y su configuración, tipificados en el Código penal, como inspirados en un Estado social y democrático de Derecho; al respecto, como se tiene conocimiento la existencia de un bien jurídico-penal y su protección radica en la importancia que tiene para la vida social. Así, dentro del Estado Social, se puede considerar que los miedos y temores de la sociedad originaron que el legislador tipifique ciertas conductas relativas a la manipulación genética, de esta manera, la sociedad es también una constructora constante del sistema social, del cual es objeto<sup>636</sup>. La importancia del bien jurídico que se

---

<sup>635</sup> Vid. supra, n. 574.

<sup>636</sup> Vid. Peris Riera y García González, «El bien jurídico protegido...», pp. 105 ss. con una interesante posición respecto a la tipificación de delitos, creación de nuevos bienes, la ideología imperante en el sistema y los conflictos de poder que atañen al legislador.

protege en manipulación genética, se instala en el seno de la sociedad, en cuanto a sus expectativas de vida actuales y futuras. De la correcta protección de las conductas que presenten una dañosidad social, dependerá directamente el sustento material de las sociedades, reflejado tanto en la vida individual como en la social.

El sentido democrático del Estado como se ha manifestado, viene a legitimar la postura mantenida por la Bioética, en cuanto a la identificación de los bienes jurídico-penales a protegerse, esta identificación se efectúa por la vía de la participación ciudadana (debate), con lo que se persigue alcanzar un consenso sobre las consecuencias de la Biotecnología, sin duda conforme a los postulados deontológicos de la Bioética, se está ante una verdadera participación ciudadana, que se enmarca en la democracia que hoy se concibe como tal. Dentro de la Biotecnología, al ser la Bioética la que evalúa éticamente las ventajas y desventajas de las nuevas tecnologías, como parte de la Ética encargada del tratamiento de estos conflictos, se transforma también en una suerte de punto de partida para la Política criminal, es decir, otorgaría a esta los parámetros necesarios para la punición de conductas, cumpliéndose en esta medida, con la última aspiración del Estado actual, como Estado de Derecho.

Como se conoce, la Política criminal de *lege ferenda*, indica que es lo que debe proteger el Derecho penal<sup>637</sup>. En el estudio realizado por Silva Sánchez<sup>638</sup>, dentro de los principios directrices de la Política criminal, se conoce como la llamada a establecer los bienes jurídicos merecedores de protección penal y las conductas que acarrearán riesgos penalmente relevantes. Su actuación, ha buscado legitimarse con la presencia de

---

<sup>637</sup> Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., pp. 166-167.

<sup>638</sup> Vid. «Reflexiones sobre las bases de la Política criminal», en «El nuevo Código penal...», pp. 214 ss.

principios como la necesidad de la pena y el principio de proporcionalidad. En esta labor de la Política criminal, aparece como problemático el método para determinar el valor relativo del bien en el escenario social. Entre los métodos que se mencionan, se encuentran relativistas como: a. Según un punto de vista, se decide por parte de los propios integrantes del grupo, esta propuesta sería un relativismo individualista de base liberal; b. Otro punto de vista, se define por la tradición cultural, que según algunos autores, aquí prima el aspecto funcionalista relativo a la autoconservación del grupo social, el producto de esta propuesta sería el relativismo comunitarista de base sociocultural, eventualmente funcionalista.

Dentro de este planteamiento, conforme se ha visto, la Bioética viene a cumplir con una labor reflexiva, que lleva a un consenso social sobre los problemas biotecnológicos. En estos nuevos ámbitos, cabe preguntar cual sería la relación de la Bioética y de la Política criminal (ya se anticipó algo al respecto), al parecer actúan indiscutiblemente en campos diferentes, equipararlas sería regresar a viejas discusiones sobre la relación Derecho y Moral; sin embargo, en este marco se puede dar una relación interesante. Desde las propuestas bioéticas se busca el consenso social que coincide con uno de los métodos relativistas de la Política criminal (relativismo individualista), para determinar el bien jurídico a ser protegido; por otra parte, la Bioética pretende, en base al apego a los derechos humanos, obtener los principios guías para la evaluación de los costes-beneficios de las nuevas tecnologías, por responder los derechos humanos a una determinada tradición cultural, especialmente occidental<sup>639</sup> (relativismo

---

<sup>639</sup>Casado, «Los derechos humanos como marco para el Bioderecho y la Bioética», en Romero Casabona ed., Derecho Biomédico y Bioética, Ed. Comares, Granada, 1998, pp. 113 ss., sostiene que el fundamento de la Bioética radica en el respeto a los derechos humanos; entre otros; Puigpelat Martí, «Bioética...», en «Derecho y...», p. 38., señala que, como mínimos aceptados en la mayoría de países, aquí también surge el problema

comunitario). De esta forma, se ve, que la Bioética está compartiendo cuestiones metodológicas con la Política criminal; indiscutiblemente presentan una relación dentro del tratamiento de los problemas derivados de la Biotecnología, pero sin duda con diferente campo de acción. Se puede mencionar, que la labor de la Bioética se centraría en realizar la valoración ética y dejar establecidos los lineamientos, sobre los cuales la Política criminal efectuaría la correspondiente valoración jurídica, en base a los principios de necesidad y proporcionalidad que la legitiman y la dotan de un componente racional, a más de que sus criterios y decisiones son avalados por el indiscutible respaldo del consenso social, tal como señala la concepción del Estado democrático, a través de la participación ciudadana en el sistema social. Por todo lo anterior, se pudiera deducir que el camino de la Bioética y la Política criminal, al abordar estos nuevos temas, está íntimamente relacionado, es decir que cada una cumple una función determinada y su participación conjunta tiene un arduo trabajo por realizar a futuro, merced a los nuevos descubrimientos científicos<sup>640</sup>.

Como último, considerando el criterio de Silva Sánchez<sup>641</sup>, con respecto a que en la actualidad, más que nunca, la Política criminal se debe orientar por los principios derivados de dignidad de la persona; en este sentido,

---

de que sí bien la Declaración de los Derechos Humanos no ha sido ratificada por todos los países del planeta, vendría a considerarse para solventar el problema, el derecho internacional consuetudinario.

<sup>640</sup> Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., trad. e introducción de Muñoz Conde, Ed. Hammurabi SRL, Argentina, 2000, pp. 23 y 101, considera que: «El Derecho, y el Derecho penal como una parte del Derecho, no es más que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico no hacia adentro, sino hacia afuera, abierto a los problemas y fines sociales. Claro es que con ello el edificio sistemático perderá en belleza, pero ganará en funcionalidad y eficacia. Y esto último es lo que debe mostrar un instrumento, si quiere ser apto para el cumplimiento de los fines para los que ha sido creado...El Derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica».

<sup>641</sup> Vid. «Reflexiones sobre...», en «El Nuevo Código penal...», p. 212.

precisamente, en los fundamentos esgrimidos por la Bioética, se sostiene el respeto a la dignidad humana.

Si bien, se considera por un respetable sector doctrinal, la precipitada actuación del Derecho penal al proteger bienes-jurídicos no muy claros dentro de los delitos relativos a la manipulación genética, al respecto, se debe entender que la presión social, comenzó a producir los efectos que persigue la Bioética, a pesar de no haberse dado el tipo de debate propugnado por la misma, sin embargo, no cabe duda, que ciertas discusiones referentes a tópicos conflictivos, ya encaminadas por la Bioética han llegado a oídos del legislador.

## **1.2. LOS MOTIVOS DEL LEGISLADOR**

De los motivos del legislador revisados con anterioridad se desprende, como se vio en su momento, que si bien se considera por primera vez a los delitos de manipulación genética como tales en el Anteproyecto y Proyecto del Código penal de 1992, los de 1994, fueron retirados del posible ordenamiento penal, el legislador indicó como motivo para ello, que el Código persigue una relativa universalización, conjuntamente con las ideas de estabilidad y fijeza, lo que no se daría en casos como la manipulación genética, por el avance constante de la ciencia, razón por la cual, la tipificación de las conductas resultarían obsoletas, debido a la aparición de nuevas figuras típicas que suplantarían o agravarían las legisladas, por lo tanto, la competencia recae en la ley especial, dejando a los delitos de manipulación genética fuera del ámbito de la ley ordinaria penal. Sin embargo, es radical el cambio del legislador en 1995, al incorporar nuevamente las conductas derivadas de la manipulación genética. En la Reforma realizada por la Ley Orgánica de 2003, se hace por considerarlo



así, una supuesta mejora técnica en cuanto al orden de tipificación de los delitos, agregándose lo concerniente a las consecuencias accesorias que puedan surgir<sup>642</sup>.

Desde un punto de vista dogmático<sup>643</sup>, queda por analizar lo que se protege con estos delitos, en atención a la *ratio legis*, a falta de manifestación expresa del legislador, tanto en las consideraciones prelegislativas, legislativas y en la posterior reforma, no se argumenta sobre el bien jurídico protegido en estos delitos, simplemente se considera en su momento, que deben entrar en el ordenamiento penal y ser una ley ordinaria, sin mencionar las razones que fundamentan tal decisión.

Se puede entender en este sentido, que superada la motivación para la no inclusión de los delitos de manipulación genética, se consideran figuras delictivas que si bien muchas de ellas, en cuanto a los elementos objetivos y subjetivos del tipo, no se pueden explicar, ni llevar a cabo en la actualidad; pero se prevé, con apego al principio de prevención y precaución<sup>644</sup>, que pueden darse en un futuro mediato, con lo cual, se salva la barrera del peligro que importa la falta de universalización que pretende el Código penal, aquí, pudiera estar la razón de ser, de la inclusión de las figuras relacionadas a la manipulación genética, desde un punto de vista dogmático<sup>645</sup>.

---

<sup>642</sup> Vid. supra. PS, cap. V, ap. 1.4.

<sup>643</sup> Roxin, *Política criminal...*, p. 100, considera que la misión de la dogmática, es elaborar las inexactitudes y estimular al legislador para que las elimine.

<sup>644</sup> Vid. Romeo Casabona, «Prevención versus simbolismo en el Derecho penal de las biotecnologías», en Benítez Ortúzar, Morillas Cueva, Peris Riera (coords), en «Estudios jurídico-penales...», p. 131 ss, sobre los problemas de la función preventiva de estos delitos.

<sup>645</sup> Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 61, afirma que en las técnicas de manipulación genética, entre otros, el riesgo, no se puede dejar completamente de lado, pero se debe tener en cuenta la referencia al bien jurídico.

## **2. IMPORTANCIA DEL PROCESO DE VALORACIÓN CON EL FIN DE CONSTRUIR UN BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

En consecuencia con los parámetros que marca Mir Puig para el estudio del bien jurídico, se debe proceder a una construcción del *bien jurídico-penal de ratio legis*, en base a la valoración dogmática de valores y principios, que pueden generar consenso. Dentro de lo dicho y acudiendo nuevamente a la voluntad del legislador, como paso previo, se debe considerar, que los delitos relativos a la manipulación genética han sido localizados en el *Capítulo II, como Título V*, precedidos por los delitos de homicidio y afines, en los que se protege como bien jurídico-penal la vida, la integridad física, psíquica, etc., y por otra parte, se tiene que a continuación de los delitos relativos a la manipulación genética, se encuentran los delitos en los que se protege la libertad como bien jurídico-penal. Visto de esta manera, se puede interpretar que la intención del legislador fue proteger algo entre la vida y la libertad, al ubicar a las conductas en esta zona del Código penal, por lo que se llegaría a entender, que lo que se quiere proteger, tiene mucho que ver con estos bienes jurídicos ya tradicionalmente protegidos por el Derecho penal.

Para una valoración de los posibles elementos que juegan en el bien jurídico-penal de estos delitos, se comienza con el análisis de los valores existentes en el ordenamiento constitucional. Se trata aquí sin la menor duda, de valores y principios de innegable reconocimiento social, fruto exactamente de la conquista de muchas generaciones, tras la aspiración de

conseguir el respeto de derechos propios de la naturaleza del ser humano como miembro de la sociedad<sup>646</sup>.

Con apego a las orientaciones filosóficas, se entiende aquí, y con inspiración en la Teoría de Dworkin, que el Derecho no está conformado únicamente por normas, sino por normas y principios. Estos como ya se anotó, son mandatos generales de conducta, su importancia a de entenderse, que por su carácter general abarcan y sustentan los demás valores, según el criterio de Atienza<sup>647</sup>, los principios contienen valores que deben ser protegidos ante cualquier otro interés que los afecte. En este sentido, es indiscutible que al hablar de dignidad, vida, libertad, igualdad, se está refiriendo a principios (no se debe ir contra la dignidad de la persona, no se debe matar, no se debe coartar la libertad de la persona, no se debe discriminar). Los valores que sustentan los principios de dignidad, vida, libertad, igualdad, por el consenso social derivado de la evolución histórica de la humanidad son considerados luego de un juicio de valor, como buenos, correctos, como superiores frente a otros, y es esa la valoración que se merecen, tanto que cualquier ataque a estos valores, son impedidos por los principios directrices<sup>648</sup>.

En este orden, de los principios señalados se derivan los valores, con la valoración calificativa de superiores queda claro. Al respecto, que por el muchas veces mencionado, artículo 1.1. de la Constitución cómo los principios de dignidad, vida, libertad e igualdad son los valores superiores del ordenamiento jurídico, sin dejar de ser principios. En el momento mismo de su ejercicio, los principios adquieren un carácter de derechos humanos o fundamentales, como el derecho a tener una vida digna, a la

---

<sup>646</sup> *Íbid*, p. 60, sobre la protección de valores.

<sup>647</sup> *Vid. supra*. n. 578.

<sup>648</sup> *Vid. supra*. n. 579.

vida, a la libertad, a la igualdad ante la ley. Se entiende aquí, que los principios para su operatividad, en cuanto a la titularidad, se convierten en derechos humanos o fundamentales, y es el ser humano considerado doctrinariamente como persona jurídica, el titular de este derecho<sup>649</sup>.

Con el fin de relacionar al *derecho fundamental* con el *bien jurídico constitucional*, como se vio, el objeto del derecho, es el bien<sup>650-651</sup> que se persigue como la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad; en el caso del bien jurídico, ya sea constitucional o penal, el bien, como la vida, no es simplemente un hecho biológico, pues, no encierra un concepto axiológico, es neutro en su valoración; pero tiene su carácter como bien, por su valor funcional, por ende, se tiene que el bien puede descansar en una cosa corporal; pero va más allá, de allí que bienes son las cosas más el valor que se les ha agregado<sup>652</sup>, así se considera, que en este aspecto se encuentra el enlace entre derecho fundamental y bien jurídico constitucional, en lo atinente a la valoración de algo indispensable para la vida del ser humano en sociedad. Del derecho fundamental constitucionalmente contemplado o del bien jurídico constitucional, se puede derivar o no un bien jurídico-penal<sup>653</sup>, dependiendo de las consideraciones político-criminales para

---

<sup>649</sup> Vid. infra, PS, cap. V, ap. 6 ss; PT, cap. VII, ap. 1, se abordar más sobre el tema, el momento de tratar sobre la titularidad del bien jurídico-penal.

<sup>650</sup> Vid. supra, n. 601, a consideración de Ciarciardo, «El Conflictivismo...», pp. 214 ss., el objeto, es el factor nuclear de la estructura del derecho fundamental, siendo el objeto aquello sobre lo que recae el derecho, el interés o en lo que consiste el bien para el sujeto: un algo, una libertad o una competencia.

<sup>651</sup> Conforme a la distinción en Mir Puig, «El Derecho penal...», pp. 162-163, no en el sentido de la realidad material sobre la que puede descansar el bien jurídico, peor aun en el sentido de objeto material del delito.

<sup>652</sup> Ídem; vid. también: Frondizi, ¿Qué son los valores?, 2.ª ed., México, 1962, p. 10.

<sup>653</sup> En este sentido, Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 57, considera: «De este modo es cierto que del concepto de bien jurídico no se desprende nada que no se pudiera derivar ya de los cometidos del Estado y de los derechos fundamentales aun sin tal concepto; pero el mismo anuda los múltiples resultados de aquellos y obliga a someter de antemano todo precepto penal a la luz de las limitaciones constitucionales»; en contra, González-Salas, «La teoría...», 1ª edic., pp. 41 ss., sostiene que los derechos fundamentales no pueden

elevantarlo a esta categoría, conforme se dé la necesidad de proteger penalmente a este bien, por la dañocidad social que subsistiera, si no se lo protegiese.

Continuando con la valoración de principios, se considera conjuntamente con un sector de la doctrina, que *el principio originario es la vida*, pues, es el soporte material de la existencia de todo lo conocido, es decir, es la matriz de todo lo existente<sup>654</sup>, sin vida, no existe ser humano, sin ser humano, no cabe hablar de dignidad alguna, es así que a partir de la existencia del ser humano se origina la dignidad del mismo, la libertad, la igualdad, antes de la vida no hay nada, ni después de ella tampoco... Hasta épocas recientes se ha considerado a la vida, como principio, como derecho fundamental de corte individual y como bien jurídico-penal. Sin embargo, ante los avances científicos y sus repercusiones, se puede entender al principio de la vida, como vida no solo individual, sino también como vida social, en el sentido de *supervivencia de la especie humana*; desde este punto de vista, sin la especie humana no hay más creaciones intelectuales como son la dignidad, la libertad, ni la igualdad y todos los demás

---

por si solos dar contenido al bien jurídico-penal, así mismo la Constitución no es la base para la concretización de los bienes jurídico-penales, sino debe ser la sociedad la que los delimite; el mismo, en *La teoría del...», 2.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, México, 2001, pp. 35 ss.* al referirse a los derechos fundamentales y valores constitucionales en relación a los bienes jurídico-penales, alega que existe una confusión entre derechos fundamentales, valores constitucionales y bien jurídico, por el carácter masivo que presentan; existiendo una diferencia sustancial, en cuanto los derechos fundamentales y valores constitucionales, son exigencias del ciudadano frente al Estado, mientras que los bienes jurídico-penales, por su parte se refieren a la realidad social entre los sujetos entre sí y el Estado, pero concluye que existen bienes jurídico-penales que tienen rango constitucional.

<sup>654</sup> Vid. en el *DRALE*, 22<sup>a</sup> edic. p. 947, se tiene como definición de matriz: «víscera hueca, de forma de redoma, situada en el interior de la pelvis de la mujer y de las hembras de los mamíferos; en ella se produce la hemorragia menstrual y se desarrolla el feto hasta el momento del parto». Se denominará al principio vida como principio matriz, en el sentido de origen de los demás principios, como se sostiene en este trabajo.

valoraciones que se realizan para desarrollar la vida en su máxima expresión.

Aquí, se considera a la vida como *principio supremo originario*, es decir, *el principio matriz*, del cual se deriva la dignidad, que es un principio operativo y permite el desarrollo de los restantes principios: la libertad y la igualdad.

La importancia del principio de la vida es de tal e indiscutida magnitud, que se puede entender como *un principio universal*<sup>655</sup>, el más defendido en la historia de la humanidad, pues, *vivir y sobrevivir como especie*, es esencial para el devenir de todo lo que pueda existir.

El contenido de la dignidad, como se revisó, es tan amplio que abarca, no solo a los delitos de manipulación genética, sino a la gran mayoría de delitos, en base al sentido que se le da, como origen de todos los derechos del ser. Resulta de tal suerte, entendible que la dignidad humana, como bien jurídico-penal protegido en estos delitos no tiene asidero, pese a construcciones dogmáticas que respaldan su posición como bien jurídico-penal a protegerse<sup>656</sup>. Es inconcebible que un niño que proceda de una técnica de clonación nazca ya con una afectación en su dignidad, pues,

---

<sup>655</sup> Silva Sánchez, «Reflexiones...», en «El nuevo Código penal...», pp. 216 ss., al referirse a los criterios de ponderación de los valores en juego (para la valoración político criminal), afirma que parecen manifestarse signos de la voluntad de reconocer la existencia de *principios indisponibles* (propuesta universalista), sin olvidar la «relatividad» o «condicionalidad socio-cultural» del Derecho penal, la Política criminal se trata de enmarcar en el contexto del concepto de persona, su dignidad y sus derechos fundamentales.

<sup>656</sup> Vid. en contra de la dignidad como bien jurídico-penal protegido en los delitos de manipulación genética, Valle Muñiz y González González, en «Utilización abusiva...», PJ, p. 125.; González García, «Límites penales...», p. 214; a favor, entre otros: Higuera Guimerá, «El Derecho penal...», p. 50., considera que los ataques a la dignidad han de tener un grado considerable con apego al principio de intervención mínima, que si se dan en estos casos este tipo de ataques; Montano, «La dignidad...», AP, mar. 419 ss.

claramente se estaría en contra el principio de igualdad, y sería entonces, una persona que nace para ser discriminada por su origen biológico. No se pretende negar que la dignidad humana como producto del desarrollo de la humanidad, origina y abarca derechos fundamentales, pero de allí a pretender que sea el bien jurídico-penal protegido en los delitos relativos a la manipulación genética, dista mucho de la realidad; reza en su contra exactamente la falta de precisión, que contradice al espíritu de análisis, en cuanto a concretar los elementos generales y los específicos para la construcción dogmática de un bien jurídico-penal, dentro de los delitos de manipulación genética.

Antes de realizar un análisis de los principios mencionados, en cuanto a su injerencia dentro de los delitos relativos a la manipulación genética, es necesario acudir primordialmente a la *doctrina constitucional alemana*<sup>657</sup>; se tiene que la Constitución jurídica viene condicionada por la realidad histórica, la Constitución no puede ignorar las circunstancias concretas de una época, de forma que su pretensión de vigencia solo puede realizarse cuando toma en cuenta dichas circunstancias. En consecuencia de lo anterior, aparece dentro de la Teoría constitucional, la figura de la *mutación constitucional*, que es admitida de forma absoluta por la doctrina mayoritaria<sup>658</sup>, pues, la dinámica interna y la historicidad de la Constitución originan dichas mutaciones constitucionales, de allí, que la voluntad de la

---

<sup>657</sup> Hesse, Estudios Constitucionales, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1992, pp. 70 ss.

<sup>658</sup> En la Exposición de motivos de la LOCP 1995, de 23 de noviembre del CP español, Vigésima novena edición, actualizada a septiembre de 2003, Civitas, Madrid, 2003, p. 39, señala: «El Código penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando estos valores y principios cambian, debe también cambiar», al respecto, con las reformas de 2003 a la LOCP 1995, se mantiene el mismo texto en lo referente a la Exposición de motivos; con lo anterior, si bien se esta aludiendo a los cambios del CP; pero, a su vez, estas variaciones van conforme a los cambios de valores y principios necesarios para una vida en comunidad, que obviamente, se desprenden de una clara derivación constitucional.

Constitución no es algo inmutable, sino una voluntad estable cambiante, de tal modo, que ante un cambio de las circunstancias, cabe acudir a nuevas interpretaciones<sup>659</sup>. El Tribunal Federal alemán ha declarado que un precepto constitucional puede sufrir un cambio de significado «cuando en un ámbito surjan hechos nuevos, no previstos, o bien cuando hechos conocidos, como consecuencia de su inserción en el curso general de un proceso evolutivo, se muestran con un diferente significado o en una nueva relación»<sup>660</sup>. El Tribunal Constitucional Federal, como doctrina actual, entiende que una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente<sup>661</sup>. La normalidad social (entendida como ser social), que encuentra expresión en los principios jurídicos se modifica en el flujo imperceptible de lo cotidiano. Así se opera una lenta evolución de las normas, pudiendo ocurrir que el sentido de estas, a pesar de lo inalterado del texto, sufra una completa revolución, en tanto que en la conciencia de los miembros de la comunidad jurídica, se mantiene la continuidad del Derecho<sup>662</sup>.

En base a lo expuesto por la *doctrina y jurisprudencia constitucional alemana*, se entiende aquí, que el principio vida puede ser reinterpretado,

---

<sup>659</sup> Vid. en este sentido; Corcoy Bidasolo, «Límites objetivos y...», en «Política criminal...», p. 38; Jiménez Asensio, *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, 2.<sup>a</sup> ed. revisada y ampliada, Marcial Pons, Madrid 2003; pp. 161 ss.; Cuesta Pastor, «Delitos obstáculo...», p. 11, en una postura meramente diferente, sostiene, que aunque hay bienes que no se derivan de la Constitución, para ser protegidos penalmente, deben estar ligados a un valor constitucional, por una presuposición necesaria.

<sup>660</sup> *Ibíd.*, p. 82, BVerGE2, 380, BVerGE 3, 407 (422), BVerGE 7, 342 (351), cit.(s) por Hesse.

<sup>661</sup> *Ibíd.*, p. 85.

<sup>662</sup> En relación con lo expuesto y en atención concretamente al bien jurídico, Roxin, en *DP. PG*, 2.<sup>a</sup> edic., pp. 57-58, sostiene que: «la concepción del bien jurídico descrita es de tipo normativo; pero no estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales, está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico».



sin necesidad de que haya cambiado su texto dentro de la Ley Fundamental. Lo anterior, sin duda se origina por las nuevas circunstancias que trae la Biotecnología, pues es inútil pensar que en el año de la elaboración de la Constitución española (1978), se encontraban muy desarrolladas y definidas ciertas técnicas, como la clonación o simplemente, no se reparaba mucho en ellas, como el caso de la procreación asistida.

El gran principio matriz adquiere un nuevo nivel en su configuración, si bien por un lado sustenta a la vida individual, por otra parte, adquiere la significación *de supervivencia de la especie humana*<sup>663</sup>. Al respecto, desde Darwin<sup>664-665</sup>, quien inició la Teoría de la evolución de las especies, en base a la selección natural y a la constante evolución de los organismos; y posteriormente, las leyes de la herencia de Mendel<sup>666</sup> completaron a la Teoría darwiniana, en relación al aspecto de que la evolución esta

---

<sup>663</sup> Vid. con un similar criterio: Riz, «Bioética -FIVET -Clonazione- Tutela della persona e della vita» en *Bioética e Diritto penal*, a curda di Marini, Giappichelli Ed., Torino, 2002, p. 52, afirma que: «el legislador francés protege la integridad de la especie humana» (all. 16-4 c.c. y Ley del 29 de julio de 1994, núm 94-1988); en el mismo sentido, vid. supra, n. 64, criterio de Shünemann, sobre protección de la especie humana, cit. por Corcoy.; es de destacar que últimamente la doctrina se decanta más por la idea de protección de la especie humano como bien jurídico que se protege en estos delitos, así: Romeo Malanda, «Intervenciones Genéticas...», p. 147, entre los *nuevos bienes jurídicos* referentes a las intervenciones genéticas, menciona la supervivencia de la especie humano, conjuntamente con la identidad genética y la integridad genética.

<sup>664</sup> Sobre los viajes de investigaciones de Darwin, Charles Darwin's Beagle Diary, Darwkins ed., Cambridge University Press, United Kingdom, 2001.

<sup>665</sup> Cardona, *Genética. De Darwin al Genoma Humano*, Ed. Océano, Barcelona, 2001, pp. 19 ss. Darwkins, «Universal Darwinism» in *The Philosophy of Biology*, Hull and Ruse ed(s)., Oxford University Press, Great Britain, 1998, pp. 17 ss.

<sup>666</sup> Dawkins, *The Selfish Gene*, Oxford University Press, Great Britain, 1998, pp. 191 ss., aquí sostiene que es un entusiasta darwinista, pero que la gran Teoría de Darwin, debe ser relacionada dentro del contexto de los genes; el mismo autor en *The extended phenotype*, Oxford University Press, Great Britain, 1999, pp. 195 ss. Sterelny, Kitcher, «The return of the gene», in «*The Philosophy...*», pp. 153, en su estudio indica la importancia de Dawkins para la reformulación de la Teoría de Darwin con los genes, consideración que se centra en el pensamiento de Darwkins, en cuanto a que la unidad de la selección está en el gen.

relacionada con la transmisión de genes de generación a generación La Teoría de Darwin, como ideas iniciales para la comprensión de la evolución de las especies, fue contrapuesta y complementada por el descubrimiento de las mutaciones en el ADN<sup>667</sup>, de aquí, se derivó, en el año 1972, la Teoría del equilibrio puntuado, Y comprobó mediante registros fósiles que la evolución es un proceso discontinuo, llegándose a sostener por algunos científicos, que durante la mayor parte del tiempo, las especies no cambian. Luego, con el descubrimiento realizado en 1998, se vio en las proteínas de choque térmico o chaperoninas que protegen a las proteínas en las células, cuando hay situaciones de estrés ambiental<sup>668</sup>, pueden ocasionar la pérdida de la forma de las proteínas celulares, en efecto, la chaperonina HSP90 es eficaz a la hora de conferir estabilidad a las proteínas; pero si el gen que contiene la chaperonina cambia y deja de cumplir su objetivo, se producen mutaciones acumuladas. Con el descubrimiento de este mecanismo en 1998, se explicó finalmente, la alternancia entre períodos de estancamiento evolutivo, propuesta por la Teoría del equilibrio puntuado y la Teoría de Darwin<sup>669</sup>. Todo esto ha llevado a los biólogos a acuñar el concepto de «preadaptación», es decir, un cambio en el funcionamiento del organismo en condiciones ambientales ordinarias no genera ninguna ventaja, pero sí aumenta sus posibilidades de

---

<sup>667</sup> Vid. Cardona, «Genética de Darwin...», pp. 65 ss., indica que el ADN se copia mediante un proceso bastante perfecto, que permite reducir notablemente el número de errores; pero cuando dichos errores, implican la sustitución de un nucleótido por otro, se producen las mutaciones génicas que pueden ser de diversos tipos; más explicaciones sobre el tema en P. E Griffiths and Gray, «Developmental Systems and Evolutionary explanation», in «The Philosophy...», pp. 117 ss.; Brandon, «The Levels of selection: A Hierbarchy of interactors» in «The Philosophy...», pp. 176 ss.

<sup>668</sup> Al respecto, Ruse, Darwin and Design, Does evolution have a purpose?, Harvard University Press, United States of America, 2003, pp. 174 ss.

<sup>669</sup> Vid. Cardona, «Genética de Darwin...», pp. 68 ss.

supervivencia en otros ambientes. La evolución aprovecha de la variabilidad genética sufrida aleatoriamente para progresar<sup>670</sup>.

Con esta base científica, se ve sin duda que la supervivencia de la especie humana, se encuentra en la variabilidad genética y aleatoria; es así que, dentro del ámbito del principio vida, se puede entender como: *supervivencia de la especie humana*. Este es el punto neurálgico, que sumado al miedo social en relación a que las técnicas de manipulación genética puedan alterar el orden natural, dentro del cual las especies se han desarrollado a través de millones de años; por tanto se altera el orden natural, se pondría en peligro la existencia de las especies, es decir, la vida misma.

El *principio libertad* fundamenta la necesidad de *libertad en la evolución de las especies*, como mecanismo que se ha desarrollado siempre, sin la intervención de agentes externos, que alteren el libre desarrollo de la especie. El *principio de igualdad*, de igual forma, vendría a sustentar el *libre desarrollo de las especies*; todo sigue un proceso, y de darse un desequilibrio en la evolución de las especies<sup>671</sup>, puede condicionar negativamente al desarrollo de unas frente a otras, e incluso un desigual desarrollo entre miembros de una misma especie, pudiéndose alterar las mutaciones normales que se han dando a lo largo de los tiempos, lo dicho se obtendría con la transgénesis mal empleada; en consecuencia, se puede hablar de *un libre e igualitario desarrollo de las especies*. En este sentido, es muy decidora la extinción de los dinosaurios de la faz de la Tierra, pues,

---

<sup>670</sup> *Ibíd.*, p. 70; sobre el tema también en Mayr, Una larga controversia: Darwin y el darwinismo, Drakantos, Fontana y Pontón, trad. para América y España por acuerdo con Harvard University Press, Cambridge, Mass., Barcelona, 1992, pp. 31 ss. y 152 ss.

<sup>671</sup> Buchanan, Daniels, Wilker, From chance to choice. Genetics and Justice, Cambridge University Press, United Kingdom, 2000, pp. 86-90.

su coexistencia con los seres humanos es, por decirlo imposible, y por otro, el mismo medioambiente no estaba apto para seguirlos sustentando; se entiende que las mutaciones frente al estrés ambiental no progresaron, impidiendo su supervivencia.

Como última anotación, se debe considerar que la supervivencia de la especie, dentro del término vida, no puede referirse únicamente a la «*especie*» humana. Se entiende aquí, que al permanecer abierto el término especie, *a posteriori* y, para fines legales, se incluirían los organismos modificados genéticamente (entre otros) lo que dependería si se comprueba o no sus consecuencias nocivas; en ese momento, actuarían la Bioética y la Política criminal que a través de sus respectivos principios, tasarían dichas consecuencias y finalmente se procedería a una tutela penal de estas.

### **3. EL BIEN JURÍDICO-PENAL CONSIDERADO EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

De todo lo expuesto se desprende de *ratio legis*, como *bien jurídico-penal único*, que el legislador quiere proteger en los delitos relativos a la manipulación genética es *el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia*. De este gran bien jurídico-penal se descomponen todos los factores que la doctrina ha considerado como posibles bienes jurídico-penales protegidos en estos delitos. No significa aquí, como se ha sostenido por la doctrina, la exclusión de unos con otros, sino la inclusión de todos en el bien jurídico-penal propuesto, así, quedan todos como aspectos del mismo bien, que son aplicables según el tipo penal que se protege.

Similar tratamiento se ha dado por la doctrina mayoritaria española, con la iniciativa de Berdugo Gómez de la Torre, al bien jurídico penalmente

protegido en el delito de lesiones, considerándose hoy por hoy, la salud como bien jurídico-penal protegido, a la vez que contiene la integridad física, psíquica, etc.<sup>672</sup>

Dentro de los bienes jurídico-penales considerados como *supraindividuales* por la doctrina mayoritaria, se encuentran<sup>673</sup>: a. La inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano (herencia genética), b. La identidad y la irrepitibilidad del ser humano, c. Privación de la dotación genética doble, d. Protección de la supervivencia de la especie humana. Todos estos bienes jurídico-penales, conforme al planteamiento que se realiza se encuentran subsumidos dentro del libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia.

*La inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano (herencia genética) (a)*, se encuentra dentro de la nueva interpretación de la vida, como supervivencia de las especies, de tal forma que conforme al proceso evolutivo indicado, y de acuerdo a las mutaciones originadas por estrés ambiental y que permiten la evolución de la especie, el patrimonio genético como tal y que a la vez es transmitido de generación en generación, a través del genotipo, da pie a la diversidad de la especie y su

---

<sup>672</sup> Vid. Berdugo Gómez de la Torre, El delito de lesiones, Ed. Universidad de Salamanca, 1982, pp. 20 ss., considera que «por el contrario, toda la problemática expuesta se palia notablemente si se considera como ya apunto hace años un sector de nuestra doctrina, que el bien jurídico tutelado es único y que todos los resultados, que el legislador ha ido enumerando hacen referencia a distintos aspectos de un único bien jurídico de mayor amplitud»; en este sentido: Corcoy Bidasolo, «Libertad de terapia versus consentimiento», en Casado (coord), «Bioética, Derecho y Sociedad», Trota, Madrid, 1998, p. 111; Martínez Ruiz, Los delitos de lesiones, Ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 14; Diez Ripolles, Los delitos de lesiones, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 23, y cit. a: Carbonell Mateu, González Cussac, Bustos Ramírez, Muñoz Conde, Tamarit Sumalla, entre otros.

<sup>673</sup> Sobre la clasificación de los bienes jurídico-penales *supraindividuales* e *individuales*, la doc.may., sigue principalmente a Romeo Casabona, con matizaciones de algunos autores.

evolución; pero este proceso no se produce de forma natural no con la alteración antojadiza por parte del hombre, la cual no responde a parámetros ambientales.

*La identidad, la irrepetibilidad del ser humano y la privación de la dotación genética doble (b-c)*, se encuentran arropados por el libre recambio de genes que se efectúa con la aleatoria unión de los cromosomas contenidos en los gametos masculinos y femeninos; este tipo de mecanismo conlleva a que se mantenga la identidad genética de cada individuo, y se configura como la herencia genética de los progenitores a los hijos, en un proceso infinito de diversidad e irrepetibilidad, pues, la evolución se da con la diversidad. Estos posibles bienes, se adecuan perfectamente en el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia, por lo que son la identidad e irrepetibilidad elementos indispensables dentro del libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia.

Por último, se considera a la *supervivencia de la especie* (d), que integrada en el principio vida, cumple el mismo objetivo al reinterpretar la norma constitucional. Por ende, todos estos bienes jurídico-penales se enmarcan dentro de viejos bienes tutelados por el Derecho penal, en este caso, el bien jurídico-penal *vida*<sup>674</sup>. Dentro de esta afirmación, no cabe la posibilidad, al menos en estos delitos, de considerar la presencia de nuevos bienes jurídico-penales, mas sí de nuevas formas de ataque que alterarían al principio vida, en cuanto supervivencia humana; pudiéndose abarcar dentro

---

<sup>674</sup> Vid. Muñoz Conde, DP. PE, 12ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 141, también considera que los delitos relativos a la manipulación genética pueden afectar en un futuro la vida y la salud de las personas; pero que a través de este derecho no se puede justificar todas las conductas; cita también como fundamento la dignidad humana en cuanto límite de aplicación de las técnicas genéticas, conforme al art. 10.1.; el mismo con igual criterio, DP. PE, 13ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.141.

de lo expuesto, el derecho de las generaciones futuras, como inherente a la especie humana en sí<sup>675</sup>.

Los bienes jurídico-penales individuales, de igual forma surgen como derivados de los principios estudiados y englobados como aspectos dentro del libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia, pretendiéndose de esta forma explicar los bienes jurídico-penales contenidos en los diferentes tipos regulados en el Título V, como *aspectos* de este bien jurídico-penal único.

Se considera en este estudio que el bien jurídico-penal es un único bien, y que cuenta con una *doble dimensión*: individual y supraindividual<sup>676</sup>.

#### **4. ASPECTOS PROTEGIDOS EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA «*STRICTU SENSU*» Y «*SENSU LATO*»**

##### **4.1. ASPECTOS PROTEGIDOS EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA «*STRICTU SENSU*»<sup>677</sup>**

---

<sup>675</sup> Peces-Barba, «La libertad...», en *El derecho ante el Proyecto...*, vol. I, p. 207., sostiene: «Pues, desconocer la conexión de esa estructura genética con las generaciones futuras y de la terapia en línea germinal puede suponer mutaciones transmisibles».

<sup>676</sup> Vid. infra. PS, cap. V, ap. 5.2.4, la correspondiente fundamentación por la que se concluye en la unificación del bien jurídico-penal individual y el bien jurídico supraindividual, en un único bien jurídico-penal de doble dimensión y la especificación de la dimensión individual de cada tipo penal; en igual sentido existe una clara tendencia doctrinaria en considerar una doble vertiente individual y colectiva de un mismo bien jurídico dentro de estos delitos, así, Romeo Casabona, *Los delitos relativos a la manipulación genética*, pp. 339 ss. Romeo Malanda, «Las intervenciones genéticas...», pp. 344 ss., García González, *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética*, pp. 285 ss. entre otros.

<sup>677</sup> Se contempla desde este punto de vista, y con esta denominación a la alteración del genotipo, armas biológicas y organismos modificados genéticamente, por la

#### 4.1.1. ALTERACIÓN DEL GENOTIPO<sup>678</sup>-<sup>679</sup> (ARTÍCULO 159)

##### 4.1.1.1. POSICIONES DOCTRINARIAS

De igual forma para concretar un bien jurídico-penal único en el Título II, la doctrina se encuentra dividida al momento de indicar el bien jurídico-penal protegido en este precepto.

Un sector minoritario considera que en este tipo se protege la vida prenatal<sup>680</sup>, y por la lejanía de este bien de las conductas prohibidas, se debe tener como bien jurídico tutelado inmediatamente, a la identidad genética, y al derecho a no ser producto de patrones genéticos artificiales.

---

intervención de la Ingeniería genética en estas figuras; en cuanto a la selección de raza que es una conducta de manipulación genética «*strictu sensu*», se estudiará conjuntamente con la clonación, en la parte concerniente a la manipulación genética «*sensu lato*», por motivos metodológicos para una mejor fundamentación jurídica sobre lo atinente a la selección de raza.

<sup>678</sup> Vid. Rheinberger, «Gene Concepts. Fragments from the Perspective of Molecular Biology», en *The Concept of the Gene in Development and Evolution. Historical and Epistemological Perspectives*, Edited by Beurton, Falk, Rheinberger, Cambridge University Press, United Kingdom, 2000, pp. 219 y 319, se considera como genotipo a la constitución genética de un organismo o a la constitución genética de un específico gen, como opuesto al organismo, que es en parte el producto de la interacción del genotipo con las condiciones ambientales durante la evolución, mientras que el genoma es todo el material genético que contiene un cromosoma de un particular organismo. De lo anterior, se entiende que cada individuo tiene un genotipo propio, pero a cada organismo particular (animal: gato, perro...; vegetal: maíz, trigo...; humano: hombre/mujer), le corresponde un determinado material genético, de allí la presencia del Proyecto Genoma Humano, cuya finalidad es descifrar el componente genético de la especie humana. Téngase en cuenta que este tipo se refiere concretamente a genotipo.

<sup>679</sup> Vid. «Controlling our...», pp. 28 ss, en relación al Genoma humano y sus alcances científicos, éticos, etc.

<sup>680</sup> González Cussac, Vives Antón, (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 824.



Otro sector afirma que el bien jurídico protegido es el genoma mismo<sup>681</sup>.

La doctrina mayoritaria alega que el bien jurídico protegido en este artículo es la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano, con algunas variantes que giran en torno a la misma idea<sup>682</sup>.

#### **4.1.1.2. CONCRECIÓN DE LOS ASPECTOS PROTEGIDOS**

Del bien jurídico-penal único que se ha señalado para los delitos relativos a la manipulación genética: libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia<sup>683</sup>, se puede decir que el aspecto de dicho bien jurídico-penal único, que se vería afectado por la realización del tipo objetivo, sería la

---

<sup>681</sup> Muñoz Conde, DP. PE, 13ª edic., p. 141, concreta su criterio como la alteración del genotipo.

<sup>682</sup> En este sentido: González Cussac, «Comentarios...», pp. 61 ss.; Romeo Casabona, «Los llamados delitos relativos a la manipulación genética», en *Genética y Derecho*, CPJ, Madrid, 2001, p. 339, señala que «el bien jurídico protegido en este delito presenta una doble perspectiva: una individual, referida a la integridad genética del genotipo ya sea del embrión preimplantario, del embrión, del feto o el ser humano nacido, y otra colectiva, referida a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético de la especie humana»; Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», p. 159, se refiere a la identidad de la especie humana como bien jurídico protegido en este artículo; García González, «Límites penales...», p. 385, indica que el bien jurídico protegido es la inalterabilidad del patrimonio genético de la especie humana y la del propio individuo sobre el que recae la acción; Valle Muñoz, «Delitos relativos a la manipulación genética», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (Dir.), 3ª edic., Aranzadi, Navarra, 2002, p. 173 se refiera a «la tutela de la intangibilidad e inalterabilidad de la herencia genética humana como bien jurídico, en relación a la base constitucional en cuanto a derechos fundamentales».

<sup>683</sup> En sentido similar y al referirse al art. 159: Morillas Cueva y Castelló Nicás, «Artículo 159», en *Cobo del Rosal (dir.), Comentarios al Código penal*, T. V, Edersa, Madrid, 1999, pp. 816 ss., señalan que: «cuando el legislador castiga la manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo, lo que quiere evitar es precisamente modificaciones en la esencia del ser humano, modificaciones que podrían alterar la esencia humana, puesto que aún cuando la especie humana ha evolucionado a lo largo de los tiempos, desde los primeros homínidos hasta el hombre actual, no puede dejarse al arbitrio de quien puede tener acceso a los genes, modificaciones que diverjan de lo que ha de ser la normal evolución del ser humano, en definitiva se está protegiendo la integridad de la especie y su normal desarrollo, la protección de este tipo de conductas implica la protección de la vida humana en sí misma, de la salud de esa vida humana, de la dignidad de la vida humana».

*identidad de la especie*, por ser más amplio que los señalados y, a la vez, la identidad de la especie contiene en sí la *inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético*. Si se efectúa una modificación en el genotipo, se altera (inalterabilidad) o se modifica (intangibilidad), al conjunto de genes propios de una especie (genoma humano), que conforman su patrimonio genético, afectándose directamente a la identidad de la especie y a sus características propias contenidas en el genoma. En sentido análogo, se puede referir a la *identidad cultural de un pueblo o nación*, que al ser alterado o modificado por factores culturales externos, puede ocurrir que la identidad como tal pierda su esencia, sus características propias, su patrimonio cultural.

La identidad de la especie, a la vez, es subsumible dentro del bien jurídico-penal único, pues, el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia, abarcan a la identidad de la especie como tal. En este sentido, las modificaciones genéticas con fines no terapéuticos, como señala el precepto, ya sea en línea germinal o somática (no diferenciadas en el Código penal), y al darse una manipulación con fines distintos, se vendría a alterar el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia; para que no ocurra lo anterior, es necesario el respeto a la cadena evolutiva, que ha seguido su curso normal a lo largo de los tiempos, y que ha logrado configurar una identidad propia en una especie determinada, por lo que modificaciones injustificadas vendrían a perturbar la libre evolución y ocasionarían la desigualdad entre los miembros de una especie o entre las diferentes especies. Esto se explica porque el genotipo del individuo contiene la esencia de la identidad genética de la especie, el patrimonio de esa especie, al ser alterada, afectaría a la especie en su totalidad.

Del tipo penal se desprende una excepción, en cuanto a la *modificación del genotipo patológico*<sup>684</sup>. ¿Qué consecuencias puede traer a la libertad e igualdad en la evolución de las especies y su supervivencia?, pues, a simple vista, el efecto es completamente beneficioso; téngase en cuenta que se estaría corrigiendo mutaciones malignas como ciertas enfermedades, cáncer, hemofilia, etc., algunas de ellas, pasarían a las próximas generaciones a través de la herencia genética. En este aspecto, se justifica la motivación social de que la ciencia debe estar al servicio del individuo, con el fin de mejorar su calidad de vida; de esta manera, la ciencia contribuye a la *evolución de una especie sana*, al alterar el genoma con fines benéficos para la salud, mientras que no se compruebe científicamente, que dichas alteraciones supuestamente beneficiosas, importen problemas para la salud a futuro y en las generaciones futuras.

La realidad material del bien jurídico-penal, se puede catalogar de dos formas: a. En un sentido amplio: el cuerpo físico del individuo, el embrión, el feto, gametos o células, sobre los cuales se efectúe la alteración de su genoma, y b. En un sentido estricto, el genotipo y el ADN.

#### **4.1.2. ARMAS BIOLÓGICAS O EXTERMINADORAS DE LA ESPECIE HUMANA (ARTÍCULO 160.1)**

##### **4.1.2.1. POSICIONES DOCTRINARIAS**

Sobre el bien jurídico-penal protegido en este artículo, la doctrina penal presenta dos posturas; un sector considera que el bien jurídico tutelado gira en torno a la comunidad humana, en esta línea la doctrina apunta como

---

<sup>684</sup> Vid. infra, PT, cap. VII, ap. 3.2.2.

bien jurídico, la seguridad de la comunidad<sup>685</sup>. Otro grupo de doctrinarios alegan que el bien jurídico, penalmente protegido, es la supervivencia de la especie humana, con algunos matices entre unos y otros<sup>686</sup>.

#### **4.1.2.2. CONCRECIÓN DE LOS ASPECTOS PROTEGIDOS**

El bien jurídico indicado por la doctrina, en cuanto está protegiendo a la supervivencia de la especie humana, se ve directamente inmerso en el bien jurídico-penal único, a la libre e igualitaria evolución de las especies y su supervivencia; la diversidad genética por el recambio natural de genes consigue dotar de una identidad propia a cada especie, es decir, de un patrimonio genético único, lo que contribuye dentro de un marco de libertad e igualdad en el proceso, a no afectar a la supervivencia misma de la especie. Así visto, se considera que la supervivencia de la especie se encuentra protegida en este Título, dentro del bien jurídico-penal único.

---

<sup>685</sup> En este sentido: Corcoy Bidasolo, «Límites y controles. de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas», Quintero Olivares y Morales Prats (coords.), en *Nuevo Derecho Penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra, 2001*, p. 1110, alega que: «La creación de armas biológicas con finalidades de exterminio, conducta que, en el caso de que tenga connotaciones genéticas, estaría estrechamente relacionado con el genocidio, o el supuesto caso de que no sea así, con los delitos contra el orden público, entre los que se encuentran los de tenencia de armas o explosivos y los de terrorismo»; sigue la idea de seguridad de la comunidad: Benítez Ortúzar, «Artículo...», en «Comentarios al...», p. 838; el mismo en «Aspectos...», p. 497., «el bien jurídico es la salud de la especie humana, debiendo ir dentro de los delitos contra la salud pública...»; entre otros autores.

<sup>686</sup> Vid. Valle Muñiz, «Delitos relativos...», en *Comentarios a la Parte Especial*, p. 179; Peris Riera, *La regulación...*, p. 179; Romeo Casabona, «Los llamados delitos...», en *Genética y...*, p. 386, García González, *Límites...*, p. 327; Muñoz Conde, *DP. PE*, 13<sup>a</sup> edic., p. 141: «el propio género humano capaz de ser deteriorado o exterminado», p. 141; De la Cuesta Arzamendi, «Armas biológicas o exterminadoras e ingeniería genética: perspectiva jurídico-penal», en «*Genética y Derecho...*», pp. 257 ss. considera que: «si bien señala que el bien jurídico protegido, es la supervivencia de la especie humana, pero por su proximidad jurídica al art. 610, e incluso al art. 607, hubiera sido preferible su colocación entre los delitos contra la comunidad internacional».

Concretando como aspecto protegido dentro del bien jurídico único, se tiene *el libre e igualitario desarrollo de la comunidad y su supervivencia*. Se descarta las fundamentadas consideraciones que en este tipo se protege la salud pública o la comunidad internacional, pues, si bien existe una innegable relación con los artículos que contienen a estos bienes jurídico-penales; sin embargo, se puede considerar que atendiendo al espíritu del título, y por la naturaleza que tienen los delitos aquí tipificados, en relación a la Biotecnología y a la manipulación genética «*sensu lato*», se tiende a proteger como se ha sostenido, la evolución de las especies y su supervivencia, de la forma que se ha hecho constar. Para Lacadena Calero<sup>687</sup>, conforme a la clasificación que hace de la manipulación genética humana, se estaría ante una *manipulación a nivel de poblaciones humanas*, incluidas en el concepto de «*sensu lato*» de los tipos de manipulación<sup>688</sup>; en unión con lo anterior, también debe tenerse en cuenta, que si bien existe una manipulación de genes en organismos no humanos, lo que se distingue como Ingeniería genética no humana, a su vez, la Ingeniería genética humana, modifica genes propios de la especie humana, como el caso del artículo 159<sup>689</sup>; sin embargo, aquí se estaría ante la presencia de los dos tipos de ingeniería: la Ingeniería genética no humana, con la utilización de organismos no humanos pero cuyo fin es la afectación a la comunidad, consistente precisamente en el daño que se puede dar a las características genéticas humanas, lo que ya cae en terreno propio de la Genética humana, así se cierra la relación con la conceptualización de manipulación de poblaciones humanas, ello sin dejar la posibilidad del empleo de genes humanos, para afectar al patrimonio genético de una población

---

<sup>687</sup> En «Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español: un comentario genético», RDGH, núm. 5, 1996, pp. 210 ss.

<sup>688</sup> Vid. infra. intr. ap. 11.

<sup>689</sup> En este sentido Benítez Ortúzar, «Artículo...», en «Comentarios al...», p. 845.

determinada, como es la utilización de la Ingeniería genética humana en la fabricación de armas de destrucción masiva<sup>690</sup>.

La presencia de una rama de la Biotecnología como es la Ingeniería genética, permite la modificación de organismos biológicos con el fin de dotarles de otros caracteres, que pueden ser dañinas o no para las especies, concretamente para la especie humana. Para una mayor comprensión es necesario diferenciar las armas biológicas de primera generación, que para su fabricación se emplean elementos orgánicos naturales, de las armas biológicas de segunda generación, en estas se incluyen microbios genéticamente modificados para la destrucción masiva de cultivos, de vehículos, maquinarias, provisiones<sup>691</sup>. Según otros criterios de clasificación, pero en concordancia con esta misma línea, se considera, que a más de armas biológicas pueden darse, en el futuro, el empleo de armas genéticas propiamente dichas<sup>692</sup>, conocidas como armas biológicas de segunda generación en las cuales se utilizarían virus y bacterias, que atacarían a grupos de población con ciertas características genéticas, tendientes a modificar o alterar su patrimonio genético y por ende, de su descendencia; no se descarta la posibilidad que se dé una combinación de los tipos de armas anteriores.

---

<sup>690</sup> Téngase en cuenta al respecto: el uso de la energía nuclear con fines bélicos, lo que dista mucho de la finalidad científica de Einstein, en igual sentido, la química mal empleada en la producción de armas químicas, es así que, al seguir esta secuencia, no es nada ilógico que la Genética humana se pretenda utilizar con estos fines, tal y como ha ocurrido con las armas que le han precedido y que proceden, precisamente, de ramas científicas que nada tienen que ver con cuestiones belicistas.

<sup>691</sup> Vid. en este sentido, Sourullo, «Armas biológicas y químicas: Una historia de pesadilla», RPA., núm. 120, Noviembre de 2001.

<sup>692</sup> Benítez Ortúzar, «Artículo...», en «Comentarios al...», p. 845., en referencia al informe de la British Medical Association, («Biotecnología, armas y humanidad», Londres, 22 de enero de 1999), sobre «la posibilidad de la creación de armas genéticas, capaces de atacar a ciertos grupos humanos dejando a salvo a otros, pudiendo, teóricamente, usarse ciertos vectores virales o microorganismos capaces de modificar u afectar a una parte del patrimonio genético particular de un grupo determinado de personas».

Lo señalado, al ir directamente en contra de la especie, en cuanto a su patrimonio genético y su supervivencia como tal, bien puede considerarse protegido en este capítulo, y justificado por la intención legislativa de darle mayor estabilidad y fijeza al Código, cuando abre la posibilidad de incluir otros tipos de armas biológicas, ya sean de segunda generación y/o las que surjan, como resultado de las técnicas de Ingeniería genética en general. De no tener connotaciones en el patrimonio genético, sería más factible ubicar a este tipo penal dentro del delito de genocidio. Pero se debe tener en cuenta que otras armas convencionales y no convencionales (armas químicas y nucleares)<sup>693</sup>, generalmente son empleadas contra determinada población o comunidad internacional o parte de ella; en cambio, el riesgo de las armas biológicas, es su dispersión por agentes externos ambientales como el viento, agua, que abarcarían si son empleadas extensivamente, a una parte de la especie humana, al margen que puedan afectar a otras especies.

La realidad material del bien jurídico-penal, es el material genético modificado y compuesto por los elementos biológicos alterados<sup>694</sup>, con el fin de crear armas biológicas o exterminadoras de la especie humana.

#### **4.1.2.3. ORGANISMOS MODIFICADOS GENÉTICAMENTE (ARTÍCULO 349)**

Los organismos modificados genéticamente –OMGs– (transgénicos) han originado una gran polémica<sup>695</sup>, debido a sus posibles repercusiones, pues, las consecuencias de estos se presentan en informes completamente

---

<sup>693</sup> *Ibíd.*, p. 847.

<sup>694</sup> Vid. en el mismo sentido Romeo Casabona, «Los llamados...», en *Genética y...*, p. 386.

<sup>695</sup> Sobre el tema vid. *infra*, ap. E.

contradictorios dentro de la literatura sobre el tema. Al resumir las posiciones, se tienen dos concretas: por un lado, se destacan sus beneficios y su inofensividad para los mismos organismos, el hombre y el medioambiente; y por otra parte, se señalan los efectos dañinos de los OMGs en todo ámbito. Dentro de este contexto, se ha hecho mención a la necesidad de elaborar un informe serio, que no responda ni a intereses económicos, ni a puramente ecologistas, con el objeto de conocer las verdaderas consecuencias de los OMGs. Cabe señalar, que es imposible, por el momento, tener un conocimiento real de las repercusiones concretas de los transgénicos, por la reciente aplicación masiva de los OMGs en la agricultura, ganadería y demás ramas, lo que hace difícil conocer los riesgos o beneficios que implican<sup>696</sup>.

En el Código penal de 1995 se incluye como nuevo el artículo 349<sup>697</sup>, referente al peligro concreto que se origine por contravenir normas y medidas de seguridad en la manipulación, transporte o tenencia de OMGs. Por su parte, la Ley 14/94, de 3 de junio de 1994 establece el régimen jurídico de la utilización confinación, liberación voluntaria y comercialización de OMGs, al fin de prevenir los posibles riesgos para la salud humana y el medioambiente<sup>698</sup>; esta Ley ha sido modificada por la

---

<sup>696</sup> Martín Uranga, «Las zigzagueantes políticas legislativas de la Unión Europea en relación con los productos transgénicos», en RDGH 19/2003, pp. 167 ss. sobre lo dicho, en 1998 Europa decidió establecer una Moratoria de facto en las decisiones de autorización de comercialización de nuevas OMGs que durante varios años se ha aplicado; esta moratoria se ha dilatado en el tiempo principalmente por la falta de consenso dentro de los países europeos, de comercializar o no los productos transgénicos, respondiendo a la tranquilidad de la opinión pública por el desconocimiento de los efectos de los mismos, como el hecho de que se den mejores normas de control, y un etiquetado informativo para el consumidor.

<sup>697</sup> Vid. dicho artículo esta ubicado entre los Delitos contra la seguridad colectiva, del Título XVII, Capítulo I; concretamente en los Delitos de riesgo catastrófico, Sección II: De los estragos.

<sup>698</sup> En este sentido, el art. 2 de la Ley, define como organismo modificado genéticamente: «cualquier organismo, con excepción de los seres humanos, cuyo



Ley 9/2003, de 26 de abril de 2003, con el mismo fin de establecer el régimen jurídico de la utilización de OMGs.

Las reformas indicadas tienden principalmente a armonizar la legislación nacional con la emitida dentro de la Comunidad Europea, concretamente con las Directivas: 98/81/CE y 2001/18/CE<sup>699</sup>. Así, lo novedoso que se incorpora es la determinación del riesgo conforme a la actividad desarrollada, y se sigue manteniendo como parámetros para la evaluación del riesgo, las repercusiones en la salud humana y en el medioambiente<sup>700</sup>. Es interesante la medida establecida, en cuanto a que el silencio administrativo tiene efectos desestimatorios, frente a las solicitudes de autorización presentadas ante la Administración General del Estado.

De lo visto, y por lo que contiene el artículo 349, se protegería la vida, la integridad física, la salud de las personas o el medioambiente. Por pertenecer la técnica empleada en la producción de OMGs, a las técnicas de Ingeniería genética, y en relación a lo dicho, el precepto no aclara, sobre si la modificación genética producida es la que causaría el peligro concreto para los bienes jurídico-penales señalados o la inobservancia de las medidas de seguridad.

Sobre el tema anterior, otros tipos del Código Penal, como el delito de medioambiente, regulado en el artículo 325, no señala sobre si la conducta

---

material genético ha sido modificado de una manera que no se produce de forma natural en el apareamiento o en la recombinación natural, siempre que se utilicen las técnicas que reglamentariamente se establezcan».

<sup>699</sup> Vid. Martín Uranga, *Las zigzagueantes...»,* en RDGH, pp. 159 ss. amplia explicación en relación a la normativa europea.

<sup>700</sup> Vid. infra. PT, cap. VI, ap. 3.4.

típica provoque o realice<sup>701</sup>, directa o indirectamente, emisiones, vertidos, etc., que afectan a los sistemas naturales, pueda deberse al empleo de OMGs. El artículo 332, por su parte, tipifica las conductas que destruyan o alteren gravemente el hábitat de las especies, con la consiguiente afectación al medioambiente, sin relación alguna a los OMGs.

Al margen de los preceptos señalados, si bien es cierto que los transgénicos pueden afectar al medioambiente de una forma directa o indirecta, lo verdaderamente problemático con los transgénicos, es la alteración de la especie animal y vegetal, al darse la manipulación de genes en estas especies, y por ende, la repercusión de esta alteración en la especie humana, pues, no se debe olvidar que estos son la base alimenticia del ser humano<sup>702</sup>.

En este sentido, cuando se lleguen a clarificar las reales repercusiones de los OMGs, si bien, por el momento, no se encuentran tipificados como delito la producción y consumo de transgénicos, en atención a los resultados que se consigan, se podrá apreciar si producen alteraciones dañinas en el genotipo de la especie animal y vegetal. Téngase en cuenta,

---

<sup>701</sup> Vid. sobre el tema: Valdés Osorio, «La provocación como forma de intervención en el artículo 325 del Código penal español», Documents de Treball. Divisió de Ciències Jurídiques, Econòmiques i Social, Universitat de Barcelona, Working Paper, Do 3/06, de 21 de enero de 2002, <http://www.ub.es/div2/recerca/documents/papers/06d.pdf>

<sup>702</sup> En este sentido, Corcoy Bidasolo, «Límites y...», en «Nuevo Derecho...», p. 1105; con criterio afín, Higuera Guimerá, «El Derecho penal...», pp. 374 ss., sostiene que «determinadas técnicas genéticas, al alterar el genoma de una especie, dejan abierta la posibilidad que se produzcan efectos negativos tanto en el desarrollo de esa especie, como en la aparición de nuevas enfermedades o virus desconocidos y resistentes a los antibióticos, así como en la agricultura y ganadería, con los consiguientes peligros, a corto plazo, para la salud y vida de las personas, animales y plantas y las posibles alteraciones, a largo y mediano plazo, de la identidad de la especie humana y el desequilibrio de los sistemas naturales.

que el proceso evolutivo de estos organismos<sup>703</sup>, se realiza del mismo modo que en el ser humano, pues, se presenta el problema de la alteración del genotipo y el paso de estas alteraciones al genotipo de los descendientes de estas especies.

Lo analizado anteriormente ha influido para que en este trabajo se considere como bien jurídico-penal único: *el libre e igualitario desarrollo de las ESPECIES y su supervivencia*, al no especificar de qué especie se trata, se contemplarían, las modificaciones genéticas que afecten a la evolución de la especie animal y vegetal.

La utilización de armas biológicas, trae consigo una contaminación ambiental<sup>704</sup>; en todo caso, se estaría ante un concurso de leyes, tanto con el artículo 349, como con los artículos 325 y 332, referente a delito medioambiental; sin olvidar que se mantiene siempre como idea central en este Título, que la protección recae sobre la evolución de las especies y su supervivencia, en cuanto a la libertad e igualdad con que se produce el recambio de genes, sin alteración artificial, salvo casos señalados y que no afecten de ningún modo a la identidad de las especies. Visto así, se puede, en un futuro (al ser los resultados motivadores de una intervención penal), considerarse como punibles la producción de OMGs, y ser incorporados dentro de este Título, en razón del bien jurídico-penal único protegido.

#### **4.2. ASPECTOS PROTEGIDOS EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA «SENSU LATO»**

---

<sup>703</sup> Vid al respecto: Darwin, Teoría de la evolución, Ed. Península, Barcelona, 1985, y todos los descubrimientos científicos complementarios a la teoría darwinista, Vid. supra, n(s) 675-682; a más de ello, los experimentos de los cuales proceden los avances científicos y tecnologías actuales, son practicados inicialmente con animales.

<sup>704</sup> En opinión de Lacadena Calero: «el art. 349, debe hacerse referencia en el art. 160, «Delitos relativos...», en RDGH, p. 21.

## **4.2.1. FECUNDACIÓN DE ÓVULOS (ARTÍCULO 160.2.)**

### **4.2.1.1. POSICIONES DOCTRINARIAS**

Frente a este precepto, existen diferentes criterios doctrinarios, sobre lo que se protege como bien jurídico-penal, así:

Se interpreta que el bien jurídico-penal es la vida prenatal<sup>705</sup>, otro criterio doctrinal, se refiere a la dignidad humana<sup>706</sup>, desde un punto de vista distinto; se considera que se protege el derecho a la vida y el derecho a la dignidad humana, donde se incluye el hecho de heredar material genético intacto<sup>707</sup>. También se manifiesta que en este precepto se protege al embrión humano<sup>708</sup>. Finalmente, otros consideran que se puede proteger el derecho a la individualidad o a la identidad genética o a no ser producto de un patrón genético artificial<sup>709</sup>.

### **4.2.1.2. CONCRECIÓN DE LOS ASPECTOS PROTEGIDOS**

Si bien se puede deducir, que de la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación humana se darían, por el momento, dos finalidades concretas: por un lado, la fecundación con fines de

---

<sup>705</sup> Vid. González Cussac, «Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española», en RDGH, núm. 3, 1995, p. 73.

<sup>706</sup> Vid. Benítez Ortúzar, «Aspectos...», p. 467, alega: que, «estamos, pues, ante una verdadera protección de la dignidad humana comunitaria».

<sup>707</sup> Vid. Peris Riera y García González, en «Delitos relativos a la manipulación genética», en «Comentarios al...», p. 751; el último autor también en «Límites penales...», p. 352.

<sup>708</sup> Vid. Romeo Casabona, «Los llamados...», en «Genética y...», p. 376; el mismo en Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, Ed. Comares, Granada, 2004, p. 309.

<sup>709</sup> Vid. Muñoz Conde, en DP. PE, 13ª edic., p. 141.

investigación y experimentación científica, y por otro lado, la fecundación con fines de recombinación de genes entre especies distintas, con lo que se obtendrían híbridos y quimeras. Existen dudas, sobre la ubicación en el Código penal de estas dos aplicaciones mencionadas (híbridos y quimeras); sin embargo, hasta hoy se han mantenido a estas conductas como faltas muy graves, en la Ley 35/1988, sobre Reproducción Asistida, (artículo 20), pues, las disposiciones sobre la investigación en pre-embriones<sup>710</sup> sin la autorización competente y la combinación de genes entre especies, que dan como resultado la formación de híbridos y quimeras, están regulados por la ley especial.

Que se considere penalmente relevante a estas conductas, es asunto aparte, pues, de *lege ferenda*, como criterio, debería estar dentro del Código penal, la transgénesis entre especies, por la alteración en el genotipo que se produciría y el paso de dicha alteración a la descendencia; pero, eso no significa, que se pueda interpretar de esa manera (fines de investigación y producción de híbridos y quimeras), así se daría una violación al principio *nom bis in idem*, por su tipificación tanto en la ley especial, como en el Código penal.

Por estos motivos, aquí se descarta que se esté tratando de sancionar, la investigación científica y la producción de híbridos y quimeras, que como se ha dicho, ya se encuentra regulada en la respectiva Ley especial. En todo caso, si con la fecundación de óvulos humanos, se lleva a cabo la manipulación del genotipo, ya sea en línea somática o germinal no patológica, o entre especies distintas, se estaría en un concurso de normas con el artículo 159.

---

<sup>710</sup> En relación a la posición sobre la investigación con embriones dentro de la legislación española, vid. infra, PT, cap. VII, ap. 3.2.3.1.2.

Al margen de lo señalado, a partir de este artículo, en el Título V se comienza a tratar asuntos atinentes a la Tecnología de la reproducción humana<sup>711</sup>, así, se abordan técnicas propias para efectuar la procreación, como la clonación humana y la reproducción asistida.

Se considera que el aspecto que se protege en este precepto, derivado del bien jurídico-penal único: el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia, es *la procreación humana*. Semánticamente, *procrear*, significa: «engendrar, multiplicar una especie» y *fecundar*, «unirse el elemento reproductor masculino y femenino para dar origen a un nuevo ser»<sup>712</sup>. En este sentido, tal como lo señala el tipo penal y conforme al significado de los términos de la fecundación de los gametos o la unión del óvulo femenino con el espermatozoide masculino, se produce la procreación, es decir, *la multiplicación de la especie*.

Por lo tanto, se estaría protegiendo penalmente, a la procreación humana como mecanismo de multiplicación de la especie, sin la cual, se extinguiría la misma, al no existir nuevos seres que conformen una especie determinada. La procreación es el mecanismo milenario, con el cual se produce la vida y se permite el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia.

La procreación es de tal importancia para el desarrollo de la vida social y de la especie, sin este mecanismo biológico, no existiría vida individual, ni social. Por otra parte, y dentro del fin de la procreación, como justificación de las técnicas de reproducción asistida, es precisamente el empleo como

---

<sup>711</sup> Vid., Mappes, Degrazia, *Biomedical ethics*, 5ª edic., MacGraw Hill, USA, 2001, pp. 510 ss.

<sup>712</sup> DRALE, 21ª edic., Madrid, 1993, pp. 675 y 1185.

método de tratamiento contra la esterilidad<sup>713</sup>, es decir, procrear y dar perpetuidad a la especie. Nótese aquí, que estamos frente a la presencia de técnicas creadas por el hombre, pues, se puede deducir que la finalidad última, es la reproducción sin importar la técnica, natural o asistida, (excluyendo a la clonación a pesar de ser una técnica artificial de procreación). Como se indicó en un párrafo anterior, si con la fecundación de óvulos se procede a alterar el genotipo, se estaría ante un concurso de normas.

La realidad material del bien jurídico-penal único, sería los óvulos humanos.

#### **4.2.1.3. REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRENATAL**

Con el objetivo de realizar un breve análisis sobre la protección de la vida prenatal<sup>714</sup>, ya se han visto someramente los planteamientos atinentes al inicio de la vida, en el tratamiento del principio vida<sup>715</sup>.

Si bien, como lo establece la sentencia del Tribunal Supremo 53/88, (numeral 7 y 8), el *nasciturus* no tiene la titularidad del derecho a la vida, en el sentido que dispone el artículo 15 de la Constitución, por no ser persona; pero sí le puede considerar a su vida como un bien jurídico constitucional. El valor vida, al estar aquí tratado como el principio matriz

---

<sup>713</sup> Vid. en este sentido: Cambrón Infante, «Fecundaciones in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos», en Reproducción asistida: Promesas, normas y realidad, Ed. Trotta. S.A., Madrid, 2001, p. 167 y téngase en cuenta que esa es la motivación constante en la respectiva Ley sobre la materia.

<sup>714</sup> Sobre tema vid. infra. ap. B.

<sup>715</sup> Vid. supra, n(s) 622-626.

de todos los demás, es el fundamento de la protección del nuevo ser desde el momento de la fecundación. Es así, que en apego al principio de igualdad, conforme a la equiparación<sup>716</sup> de las circunstancias, y a la desigualdad de hecho<sup>717</sup>, en la que se encuentra el *nasciturus* y un ser ya nacido, pues, el primero aún depende biológicamente de la madre, y el segundo inicia su supervivencia fuera del claustro materno, es en ese momento que adquiere la titularidad del derecho a la vida. Estos hechos distintos tienen como finalidad legítima la vida, protegida constitucionalmente; en el caso del *nasciturus* se puede considerar acreedor al principio vida, lo que origina un derecho propio, como es el *derecho a nacer*<sup>718</sup>, característica única dentro de este estado de la existencia humana, para lo cual, no necesitaría ejercer la facultad de ser el titular, esta falta de titularidad es subsanada por el principio de igualdad, que le otorga la protección dentro del bien constitucional vida, así, el *derecho a nacer se constituye en un derecho propio del nasciturus*, porque solo a él le atañe, sin que nada tenga que ver la titularidad y es el Estado el que debe proteger este derecho, de esta forma, se puede ver una perfecta congruencia entre el hecho y el fin<sup>719</sup>.

Dejar de proteger el principio matriz vida, significaría ir en contra de la supervivencia de la especie, como se ha analizado, en un estadio tan insignificante (al parecer) de una vida individual, se encuentra la supervivencia del género humano.

---

<sup>716</sup> Vid. supra, n. 623.

<sup>717</sup> Vid. supra, n. 634.

<sup>718</sup> En este sentido, la opinión de la jurisprudencia alemana en cuando al derecho de nacer, Vid. Supra. cit. 113; Roxin, DP. PE, 2ª edic., p. 59, se refiere a que la «vida en formación», protegida por el art.(s) 218, ciertamente no es aún una «persona»; pero a pesar de ello debe ser considerada como bien jurídico, porque la Ley Fundamental (art. 2 II 1) también protege la vida en formación como forma previa de existencia humana (BverfGE 39, 1).

<sup>719</sup> Vid. supra, cap. IV, ap. 5.2.6.



Se puede ver, tres alternativas sobre la protección de la vida del *nasciturus*:

- La ya existente, que es la protección que recibe dentro de la Ley 35/1988, sobre reproducción asistida, donde se señala, que depende de autorizaciones administrativas el ejecutar finalidades de investigación, experimentación y obtención de híbridos y quimeras, antes de los 14 días<sup>720</sup>.
- Una protección penal desde el momento mismo de la concepción, cualquier acto que contradiga el principio vida<sup>721</sup>, será realizado dentro de la *justificación de un estado de necesidad* y la correspondiente ponderación de bienes jurídicos, así, sería considerada la antijuricidad del hecho.
- La consideración de la *ficción jurídica* que incluya la titularidad que el *nasciturus* tiene frente al *derecho a la vida*, como un ser nacido, en apego del principio de igualdad; incluso puede considerarse la protección penal de la misma, sin impedir desde luego, la aplicación de causas de justificación

---

<sup>720</sup> La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, Sobre técnicas de Reproducción Asistida, debido a ciertos vacíos que presentaban en la práctica la legislación sobre la materia: Ley 35/1998 y Ley 42/1998, conjuntamente con este aspecto, ante nuevos avances científicos como es el tratamiento de células troncales, especialmente embrionarias, y en relación al problema concreto producido con la Ley 35/1998, respecto al fin que se les debe dar a los embriones sobrantes, cuya crioconservación era de 5 años, sin decir nada la Ley sobre el tiempo excedente al mencionado. Las reformas se dan a los art(s). 4 y 11, con el objeto de impedir la existencia de embriones sobrantes, se fecundará únicamente tres ovocitos por ciclo; para evitar los embarazos múltiples, de igual forma se transferirá a la mujer tres óvulos fecundados por ciclo, si de allí, resultaren embriones sobrantes, estos serán responsabilidad de la pareja, durante la vida fértil de la mujer (como plazo máximo). De los embriones sobrantes existentes, para la solución del problema actual, se considera como alternativas y con apego al consentimiento informado de la pareja, sean éstos cedidos para investigación, dicha investigación se realizará con estrictos controles administrativas como científicos.

<sup>721</sup> En un sentido parecido, Peris Riera, vid. supra, n. 708., se decanta por la protección del embrión en cualquier fase de desarrollo, en atención al bien jurídico.

que excluyen la antijuricidad del hecho, concretamente se aplicaría el *estado de necesidad*.

– Para la elaboración de un estatuto jurídico de protección para el *nasciturus*, siempre se estará ante dos tipos de legislaciones, conforme al *marco espacial* donde se den, debido en algunos casos, a la presencia de declaraciones de derechos humanos más concretas respecto a este tema.

En este sentido, se tiene por un lado, la situación de protección que se ha de dar en *Europa*, y que responde a los siguientes textos legales: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina) de 1997<sup>722</sup>. Dentro de este marco, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su última sentencia no aclara sobre el momento en el que debe protegerse la vida<sup>723-724</sup>, con lo que se daría como tendencia europea en general, la protección de la vida prenatal luego de los catorce días de la

---

<sup>722</sup> En art. 2, establece la primacía del ser humano sobre cualquier otro interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.

<sup>723</sup> Caso *Vo vs. France*, Sentencia del 8 de julio de 2004., que por imprudencia médica absuelve a un médico que ocasionó un aborto, imputándole únicamente la correspondiente responsabilidad civil.

<sup>724</sup> Vid. Romeo Casabona, «El alcance del derecho a la vida en relación con el concebido según el TEDH», RDGH, núm. 20/2004, pp. 163 ss., hace un análisis de los pronunciamientos del TEDH en general, así, en relación al art. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el Tribunal hasta el momento no emite una posición clara sobre la titularidad del derecho a la vida por parte del concebido, esto debido a las diferentes posiciones adoptadas en las legislaciones europeas. El artículo en mención presenta problemas de interpretación dentro del idioma que se emplea (texto redactado originalmente en inglés y francés), mientras tanto el Tribunal deja libertad a las legislaciones nacionales para la resolución del tema; tampoco, el Tribunal ha tomado lo dispuesto en la Convención de relativo a los Derechos humanos y a la Biomedicina de 1997, que a criterio de Romeo Casabona, reconoce alguna protección para la vida prenatal, dicha protección debe darse de forma diferente conforme a la proximidad del nacimiento.

concepción, hecho que ha generado la falta de consenso entre los países europeos<sup>725</sup>, pues, principalmente ante consideraciones inglesas y españolas, se encuentra la posición alemana ya citada anteriormente<sup>726</sup>.

---

<sup>725</sup> Vid. Halliday, «A comparative approach to the regulation of human embryonic stem cell research in Europa», MLR, p. 66., expone que las guías de actuación de los diferentes países europeos presentan un mínimo consenso entre los Estados miembros de la Unión Europea, al momento de permitir la investigación células troncales embrionarias.

<sup>726</sup> Sobre el tema Vid. Legislation on Human Infertility Services and Embryo Research, Department of Health and Social Security, Her Majesty's Stationery Office, London 1986, se emite la posición inglesa, que inicia con la propuesta de defender la vida desde los 14 días luego de la concepción, idea que originó el término pre-embrión, y faculta la investigación con embriones (Comité Warnock); la legislación española, considera que el inicio de la vida se encuentra en el momento de la concepción, existe vida humana y se está ante un bien jurídico protegido constitucionalmente (art. 15 CE), pero el concebido no puede ser titular de los derechos fundamentales, (STC 53/1985), se permite, por otra parte, manipular pre-embiones hasta los catorce días luego de la concepción, (embrión pre-implantario), siempre que medie autorización para el efecto, y con las últimas reformas de 2003, a la LSRA, se faculta la investigación en los embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, por lo que, en conclusión, se ve una ambigüedad en la protección, que en la práctica real se resume en una protección a partir de los catorce días; la legislación italiana, en un estudio de Mazzoni, «The Rights of the Embryo and the Foetus in Private Law: The Italian Experience» en RDGH, 17/2002, pp. 83 ss., advierte de los problemas que presentan dentro de la protección al embrión, hasta el momento no se ha conseguido un consenso al respecto, y la solución se ha dejando en manos de la jurisprudencia que se fundamenta en principios extraídos de la Constitución e interpretaciones analógicas y sistemáticas; la legislación alemana, a más de las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales que se han mencionado, al abordar la investigación sobre embriones, según el estudio de Eser y Koch, en «Rechtsprobleme biomedinischer Fortschritte in vergleichender Perspektive. Zur Reformdiskussion um das deutsche Embryonenschutzgesetz», Gedachtnisschrift für Rolf Keller, Herausgegeben von den Strafrechtsprofessoren der Tübinger Juristenfakultät und vom Justizministerium Baden-Württemberg, Mohr Siebeck, 2003, pp. 15 ss., la Ley de Protección de embriones (Gesetz zum Schutz von Embryonen, Embryonenschutzgesetz – ESchG), del 13 de diciembre de 1990, prohíbe la investigación con embriones, se protege al embrión desde que termina el proceso de unión celular alrededor de las 24 h, es decir, tratándose de un óvulo fecundado y capaz de desarrollarse, por lo que se exige la necesidad de totipotencia del mismo; sobre el tema y en el mismo sentido, HaBmann, Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, Springer, Germany, 2003, pp. 201 ss. más datos sobre la regulación en la Unión Europea Vid. Halliday, «A comparative approach...», pp. 40 ss.

La situación es diferente en el caso de *América*, los países americanos pertenecientes a la Organización de Estados Americanos (OEA.), conforme a los tratados internacionales que les son obligatorios, aunque la Declaración de Derechos Humanos de 1948, no señala el momento de protección y da pie a las discusiones doctrinarias de todo orden, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 4, expresamente señala que la protección se inicia con la concepción, por lo tanto, como vía americana, la protección se da desde el momento de la concepción, las excepciones a lo expresamente señalado en la Convención, se podrían enmarcar en un primer término, como casos de *estado de necesidad* (excluye la antijuridicidad), operable con la debida justificación, y sin problemas para incluir la investigación científica sobre embriones debidamente justificada.<sup>727</sup>

## **4.2.2. CLONACIÓN HUMANA Y SELECCIÓN DE RAZA (ARTÍCULO 160.3.)**

### **4.2.2.1. POSICIONES DOCTRINALES**

Frente a las conductas que se tipifican en este precepto, existen varias posiciones en cuanto al bien jurídico-penal que se protege:

Una corriente doctrinaria señala que en este precepto, el bien jurídico-penal que se protege, es el mismo que en la fecundación de óvulos, sin distinguir las modalidades típicas<sup>728</sup>. Otro criterio mantiene la existencia de un bien

---

<sup>727</sup> Vid., infra, PT, cap. VII, ap. 4.3.1.2.

<sup>728</sup> En este sentido, Muñoz Conde, DP. PE, 13ª edic., p. 141, señala que «el derecho a la individualidad o a la identidad genética o a no ser producto de un patrón genético artificial, como bien jurídico penal protegido en el art. 161; de igual forma, como bien jurídico-penal del art. 161»—actual 160.2 y 160.3—; Peris Riera y García González,

jurídico-penal propio, que se protege únicamente en este apartado, por lo que se tiene a la *inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano*, tanto para las conductas de creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza<sup>729</sup>. Según otro criterio se otorga el mismo bien jurídico-penal protegido, que en el artículo 159<sup>730</sup>. Otra postura, diferencia las dos conductas típicas del artículo 161, y a cada una de ellas le proporciona un bien jurídico-penal protegido<sup>731</sup>. Por otra parte, se señala que en el artículo. 161.2, el bien jurídico-penal es el natural desarrollo evolutivo de la especie humana, centrándose específicamente en la propia identidad genética de cada uno de los individuos, que forman o van a formar la comunidad constituida por la especie humana<sup>732</sup>. Y, finalmente, se indica que con estas conductas se afectan a varios bienes jurídico-penales, tanto individuales como supraindividuales, la unicidad del ser humano, la irrepitibilidad del ser del

---

«Delitos relativos a la manipulación genética», en «Comentarios al...», p. 751, se refieren «el derecho a la vida y el derecho a la dignidad humana incluyen el de heredar material genético intacto»; el último autor también en «Límites penales...», p. 352.

<sup>729</sup> Sobre el tema, Valle Muñiz, «Delitos relativos...», en «Comentarios a la...», p. 182.

<sup>730</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», p. 232, considera que: «en relación al arts. 159 y 161 –actual 160.2 y 160.3– del Código penal se protege como bien jurídico la identidad de la especie humana»; en cuanto a clonación la autora señala en «Límites y...», en «Nuevo Derecho...», p. 1113, que: «por un lado la diversidad genética es una garantía de la preservación de las especies vivas y, por otro, porque al menos en el estado actual de la ciencia la clonación no ofrece seguridad alguna que, a corto, medio o largo plazo, no se produzca alteraciones del genoma humano».

<sup>731</sup> De esta opinión Romeo Casabona, «Los llamados...», en «Genética y...», pp. 360 ss., considera que: «el bien jurídico protegido presenta varias proyecciones y requiere un examen autónomo de los dos tipos delictivos establecidos. En el primer tipo delictivo se protege de forma directa la identidad e irrepitibilidad del ser humano, de cada individuo nacido clónico de otro, se trata por lo tanto de un bien jurídico-penal individual. En el segundo tipo delictivo la identificación del bien jurídico protegido presenta mayores dificultades y se afecta de algún modo a la integridad genética de la especie humana con un propósito eugenésico; el mismo en «Delitos contra la vida...», pp. 289 – 308.

<sup>732</sup> Vid. Benítez Ortúzar, «Aspectos jurídicos...», p. 477.

mismo, los factores evolutivos de la «variabilidad» genética, y la reproducción diferencial<sup>733</sup>.

#### 4.2.2.2. CONCRECIÓN DE LOS ASPECTOS PROTEGIDOS

Se toma como acertada la posición defendida por Romeo Casabona, en cuanto a la diferenciación que hace de las conductas típicas que se presentan en este apartado, pues, efectivamente, el injusto aquí estaría lesionando según el autor de bienes jurídicos diversos<sup>734</sup>.

Las conductas típicas constantes en este precepto y las técnicas para ejecutarlas, pueden señalarse como: 1. La creación de seres idénticos (como fin), *por clonación* (como técnica a seguir para conseguir el fin); 2. La selección de raza (como fin), por otros procedimientos (como técnicas a seguir para conseguir el fin)<sup>735</sup>.

Al estar la conjunción<sup>736</sup> *U*<sup>737</sup>, conforme a la correspondiente regla gramatical, se entiende que reemplaza a la conjunción disyuntiva O, sobre

---

<sup>733</sup> En este sentido, Higuera Guimerá, «El Derecho penal...», p. 247; el mismo en «Los delitos relativos a la manipulación genética», AP, t. II, 2001, pár. 418.

<sup>734</sup> Vid. Romeo Casabona, en «Delitos contra la vida...», p. 290, concretamente menciona que por la no acertada redacción de esta figura delictiva, es necesaria recurrir a interpretaciones gramaticales, sistemáticas y teleológica en atención al bien jurídico protegido.

<sup>735</sup> Con esta explicación, el art. 160.3. ha sido redactado de la manera que sigue: «Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos (fin) por clonación (técnica) u por otros procedimientos (técnicas) dirigidos a la selección de la raza (fin)».

<sup>736</sup> Del significado del concepto conjunción, conforme al DRALE, 22.<sup>a</sup> edic., p. 625.se tiene: «//4. Gram. Parte invariable que encabeza diversos tipos de oraciones subordinadas o que une vocablos o secuencias sintácticamente equivalentes». Las conjunciones son de distintas clases, y por lo que interesa aquí, conforme a lo que se indica en la nota que sigue, se vera el significado de conjunción disyuntiva, sobre la cual, el mismo Diccionario, dice: «disyuntiva. Gram. La que, denota exclusión entre dos o más personas, cosas o ideas; p. ej., o».

<sup>737</sup> Respecto a la conjunción «U», se tiene en el DRALE, ibíd., pp. 2249 y 1601: «u. conj. disyunt. U. por o, para evitar el hiato, ante palabras que empiezan por o por o; p.

esta conjunción, se puede decir, que por las posibilidades que presenta, puede denotar:

a. Diferencia, así, se tendría: «...*la creación de seres humanos idénticos por clonación u (O) otros procedimientos dirigidos a la selección de raza*». En este sentido se entiende diferentes conductas, la una conducta o la otra, nunca, que la una conducta es igual a la otra.

b. **Separación**, se puede ver en «...*la creación de seres humanos idénticos por clonación u (O) otros procedimientos dirigidos a la selección de raza*»; que, de igual forma que en la significación anterior, se está separando la una conducta de la otra, es decir, la creación de seres idénticos, de la selección de raza.

c. Alternativa, de esta posibilidad, se estaría: «...*la creación de seres humanos idénticos por clonación u (O) otros procedimientos dirigidos a la selección de raza*». Sin embargo, esta alternativa que puede aparentemente presentarse en este precepto, se refiere a la idéntica pena que se impone para las dos conductas, es decir, «Con la misma pena se castigará...» (artículo 160.3), a: 1. la creación de seres idénticos (por clonación) y 2. La

---

ej., diez u once; belga u holandés». Al hacerse referencia a la conjunción *O*, se tiene de ella, «*O* conj. disyunt. Denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. *Antonio O Francisco. Banco O negro. Herrar O quitar el bando. Vencer O morir.* //2.U. generalmente ante cada uno de dos o más términos contrapuestos. Lo harás o de grado o por fuerza. //3. Denota equivalencia, significando «o sea, o lo que es lo mismo». *El protagonista, o el Personaje principal de la fábula, es Hércules*; en el mismo sentido: Martínez Amador, Diccionario Gramatical, Ed. Ramón Sopena, S.A., Barcelona, 1953, p. 945 y 1420, sobre las conjunciones «U y O», sobre esta última advierte, que como «Dice Bello que también puede convertirse la o en u cuando se halle entre dos vocales, de las cuales la primera es O, leyendo u escribiendo». La Academia nada dice de esto; en el mismo sentido vid. María Moler, Diccionario de uso del español (H-Z), t. II, Ed. Gredos, Madrid, 1988, pp. 537 y 1413; Manuel Seco, Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española, Espasa Calpe, Madrid, 1990, pp. 274 y 367.

selección de raza (por otros procedimientos). El significado de alternativa no tiene asidero en este apartado, la referencia a una sola conducta que sería entendida como la creación de seres idénticos, por la alternativa: clonación y otros procedimientos dirigidos a la selección de raza; ante esto, es imposible sostener técnicamente que se pueda crear seres idénticos por clonación y otros procedimientos dirigidos a la selección de raza, debido a que la única vía técnica, hasta el momento conocida, para la creación de seres idénticos es la clonación<sup>738</sup>, en cambio, la selección de raza se realizaría por otros procedimientos de transgénesis<sup>739</sup>, dirigidos a modificar la composición genética de un organismo; se está ante dos conductas típicas diferentes, simplemente, porque estas dos conductas *proceden de técnicas disímiles*, por tanto se trata de dos acciones separadas. En la clonación no se emplean técnicas de Ingeniería genética, mientras que en la selección de raza sí, por lo que es más lógico considerar como se ha dicho, que son dos conductas distintas. Lo anterior, no impide que dentro de la clonación; conjuntamente se emplee modificación de genes, y que en la selección de raza se implique procedimientos propios de la clonación, sin embargo, esto viene a ser un plus en la combinación de las técnicas, lo que no implica que sean dos conductas similares.

De la explicación que proporciona el Diccionario de la Real Academia, sobre el sentido de los términos contrapuestos, esto no se aplicaría al texto legal, tal como señala la regla gramatical: antes de un término contrapuesto a otro se antepone la conjunción O (*Lo harás O de agrado O por fuerza*), justamente para indicar que no existe esta contraposición, en lo que atañe a este texto, existe una sola U(O), no como advierte la regla.

---

<sup>738</sup> Vid. infra. ap. C.

<sup>739</sup> Vid. infra. ap. D.



c. Equivalencia, el sentido del artículo, sin duda contiene las dos conductas en cuanto a la pena que se impone y que viene señalada en el artículo 160.2, para la fecundación de óvulos como ya se ha dicho con anterioridad; pero nunca denota que podría interpretarse como equivalencia de conductas, por ende, a estas dos diferentes conductas, pues, la una o la otra, presentan equivalencia en el sentido de la conjunción para la aplicación de la misma pena.

Al margen de las discusiones y posturas que se puedan dar sobre la falta de claridad en la redacción del texto legal, si este es interpretado de esta manera se colige que se trata de dos figuras distintas en apego a la conjunción disyuntiva que implica diferencia y separación. Dichas conductas, afectarían al mismo bien jurídico-penal único o diferentes aspectos del mismo.

#### **4.2.2.2.1. CREACIÓN DE SERES IDÉNTICOS POR CLONACIÓN**

Con apego al planteamiento que se ha desarrollado, y con la aclaración realizada sobre las dos conductas típicas existentes en el apartado en estudio, se considera que dentro del bien jurídico-penal único, el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia, con la conducta típica: creación de seres idénticos, se afectaría como aspecto del bien jurídico-penal único, *la diversidad de la especie humana*, pues, se debe considerar que al darse un proceso de clonación, el individuo nacerá, con la dotación genética de quien dona la célula o la dotación genética contenida en el embrión, sobre los que se llevan a cabo el proceso. Al privarle al individuo de una doble dotación genética, por línea paterna o materna, se esta, limitando la diversidad de la especie, que se consigue precisamente con la constante transmisión natural de los genes de los progenitores al

individuo por nacer, de tal forma, que precisamente la doble dotación genética, provoca la diversidad en la especie, y es la diversidad<sup>740</sup>, el mecanismo que sirve para preservar el sistema inmunológico<sup>741</sup>, por consecuencia, consigue la supervivencia de la misma.

---

<sup>740</sup> Vid. este sentido: Corcoy Bidasolo, «Límites y...», en «Nuevo Derecho...», p. 1113; Bertranpetti, «DNA, nuestro DNI del siglo XXI, de la identificación a la historia», «Gente y genes», Volumen que recoge las conferencias impartidas en el marco de la exposición con este nombre, Institut de Cultura-Ajuntament de Barcelona, Residencia d'investigadors CSIC-Generalitat de Catalunya y Novartis, Barcelona, 2001, p. 10, considera: «aunque el ser humano es único como especie, hay diferencias entre los distintos individuos de la misma especie. Esta premisa, la variabilidad natural, es fundamental para su vida, así como para el funcionamiento y evolución de cualquier especie»; García Bellido, del Laboratorio de Genética del Desarrollo, Centro de Biología Molecular Severo Ochoa (CSIC-VAM), Madrid, en «Gente...», p. 82, resume que: «la enorme diversidad, cuando se analiza desde un punto de vista generativo, resulta de combinatorias de pocos genes, que están presentes en toda la escala de los bilateralia que, además son intercambiables entre organismos. La evolución es, pues, una gran diversificación de fórmulas (algoritmos de expresiones génicas»; Hugo Liaño, Cerebro del hombre, cerebro de mujer, Biblioteca Bolsillo, España, 2000, p. 308., sostiene que: «Dado que la especie humana se ha hecho dominadora de todo tipo de ambientes, es lógico que la evolución vaya a depender, si no se producen cataclismos, de la diversidad genética».

<sup>741</sup> AAVV, en Inmunología, Peña Martínez coord., Ed. Pirámide, Madrid, 1998, pp. 82 ss., 117 ss., 293 ss., 304 ss. 307 ss. 329 ss. se establece la importancia de la herencia genética dentro de varios procesos del sistema inmunológico como la síntesis de inmunoglobulinas –las inmunoglobulinas, son glicoproteínas, dentro de la síntesis que realiza, estas se efectúan en los ribosomas de las células plasmáticas, donde tiene lugar la traducción de los RNA mensajeros correspondientes a las cuatro cadenas peptídicas; mecanismos de generación del polimorfismo (el polimorfismo es el resultado de un largo proceso de evolución a lo largo de miles de años como consecuencia de la presión evolutiva ejercida por los agentes infecciosos); inmunodeficiencias primarias (enfermedades generalmente poco frecuentes, aparecen en su mayoría en la infancia y tienen un componente genético importante, habiéndose definido en muchas de ellas el modo de herencia y la localización cromosómica de la alteración); mecanismos patogénicos en las enfermedades autoinmunes (anticuerpos transmitidos de madre a hijo); hipersensibilidad (la reacción inapropiada o excesiva del organismo para defenderse de agentes infecciosos, ocasionando diversos tipos de daño tisular); las alergias (son reacciones alteradas que se dan en individuos atópicos), es decir, personas propensas a padecer enfermedades alérgicas, cuando presentan una predisposición genética alta a desarrollar respuestas de hipersensibilidad frente a alérgenos que son inocuos para individuos que carecen de esta predisposición genética, el hecho de que una persona desarrolle una enfermedad alérgica mientras que otras personas no lo hacen viene determinado, al menos, por dos tipos de factores: genéticos y ambientales; es importante señalar finalmente, que existe una gran variedad de dispositivos: mecánicos, químicos, celulares e inmunológicos que se han desarrollado a lo largo de la evolución de la especie humana para prevenir la invasión de los microorganismos, entre estos últimos,

Los restantes posibles bienes jurídicos señalados como la irrepetibilidad, individualidad del ser, se consiguen, si se protege la diversidad de la especie. Dentro de la diversidad, se entiende que para que se logre esta, obviamente se debe dar la transmisión natural de genes, con lo cual, no es conveniente la producción artificial de seres humanos idénticos<sup>742</sup>.

De la mención más detallada posible de las técnicas de clonación, se advierte que por el momento, la técnica de clonación más avanzada: la clonación verdadera, no produce seres idénticos completamente, sino únicamente, seres *casi idénticos*<sup>743</sup>, al margen de ello, se debe tener en cuenta que el medioambiente, tanto natural como social, en el que se produce el nacimiento, marcará una diferente personalidad entre los seres clonados en épocas diversas. Por lo tanto, y como se advirtió, se debe proteger la diversidad de la especie como aspecto del bien jurídico-penal único, la misma que se consigue con la doble dotación genética que tenga cada individuo, lo que no se produce con la clonación.

---

el más importante es el sistema inmune, una ligera perturbación en uno de estos mecanismo puede dar lugar a una infección por microorganismos.

<sup>742</sup> Vid. infra. ap. C.

<sup>743</sup> AAVV. «Inmunología...», pp. 262, 263, téngase en cuenta que, con «el descubrimiento de realizado por Gershon, en 1974, de que en el curso de la respuesta inmune se generaba actividad supresora, es decir, mediadores capaces de inhibir la reacción inmunológica en marcha, llevó a la especulación sobre la existencia de células T con actividad supresora de la respuesta inmune. De acuerdo con esta hipótesis, existirá un repertorio de células T supresoras (fenotipo CD8+) inhibiendo constantemente células T helper autorreactivas. Las dificultades para clonar células T con actividad supresora, la ambivalencia de actividades supresoras-colaboradoras de algunos clones obtenidos y la falta de caracterización a nivel molecular del fenómeno de supresión, mantiene un interrogante sobre este aspecto de la regulación de la respuesta inmune, si bien en la actualidad la posibilidad más aceptada es que las células supresoras sean en realidad clones de células T productores de las citocinas con efecto inhibidor: IL 10 y TGFB».

Se entiende, que dentro del aspecto diversidad de las especies, se encuentran inmersos todos los valores que se pretenden proteger como bienes jurídico-penales separados; obviamente, dentro de lo anotado con anterioridad, se encuentra lo relativo a la *identidad del ser*; para conseguir dicha diversidad, es necesaria la existencia de seres disímiles (no idénticos) en lo que a su herencia genética respecta, es decir, que presenten una propia identidad genética.

La clonación en sí, no constituye una alteración del genotipo del individuo; la técnica propiamente lo que hace es duplicar la información genética del ADN de una célula o de un embrión, razón por la que no opera una alteración del genotipo con la presencia de genes extraños o el aislamiento de genes, simplemente, por la manipulación de las células o embriones, en sentido de duplicación, se consigue un nuevo ser casi igual al original. Como bien ha señalado Lacadena Calero, es el motivo por el que se ubica como manipulación genética «*sensu lato*».

Aparte sería, como ya se advirtió, que a más de la duplicación de la célula o embrión, en la clonación se practique una de las técnicas de Ingeniería genética, como la recombinación de ADN por ejemplo, donde se daría paso a la alteración del genotipo del ser, y por la transmisión hereditaria al genoma humano, existiendo a su vez, de darse esto, un concurso de normas con el artículo 159, de darse lo indicado.

La realidad material de este aspecto es la célula o embrión clonado.

#### **4.2.2.2.2. SELECCIÓN DE LA RAZA POR OTROS PROCEDIMIENTOS**

Se vuelve a recalcar que la intención del legislador es adecuar ciertos términos a los posibles adelantos científicos, que puedan darse en un futuro no muy lejano, con el propósito de conseguir la estabilidad y la fijeza en la Ley ordinaria penal. Se entiende esto, como la justificación por la que se vuelven a incluir los delitos relativos a la manipulación genética dentro del Código Penal de 1995, y es esta la razón posible, para dejar abierto el término «por otros procedimientos»<sup>744</sup>, en prevención y por precaución de futuras técnicas que puedan conseguir el fin, cuya aparición sea inmediata o mediata<sup>745</sup>.

Para que se lleve a cabo la conducta típica, por el momento, se puede efectuar a través de la Ingeniería genética, y el consiguiente recambio de ADN de los genes. Al emplearse la Ingeniería genética, se estaría alterando el genotipo y el genoma humano, es así que esta conducta debería ir incluida, en el artículo 159, a más de que se trata de una técnica de manipulación genética «*strictu sensu*». En relación con esto, y por las pretensiones de fundamentar su diferenciación con la clonación, dentro del artículo 160.3., y como ya se señaló, en concreto se ha tratado dentro de las conductas que involucran a la manipulación genética «*sensu lato*»; en concreto, aunque, en un sentido general, todas tienen este carácter.

---

<sup>744</sup> Vid. Flamigni, «Lo statuto dell’embrione tra giudizi morali e sviluppo tecnologico», *Questioni di Bioetica, La tutela penale della persona, Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di, Laura Fioravanti, Giuffré Ed., Milano, 2001, pp. 111, la reproducción selectiva se basa en la planificación de los cromosomas del futuro ser, con la eliminación de ciertos caracteres o la inserción de otros, es así, como se cambia el genotipo y la herencia.

<sup>745</sup> Vid. sobre el tema un amplio estudio en Romeo Casabona ed., *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares, Bilbao-Granada, 2004, en especial Romeo Casabona: «Aportación del principio de precaución al Derecho penal», en «Principio de precaución...», pp. 386 ss., quien concluye que el traspaso del principio de precaución al Derecho penal, no conlleva una ruptura o quiebra de las categorías de fundamentales de la Teoría del delito, como así tampoco, no contribuye a una disminución de la función garantista del bien jurídico; Schroeder, «Principio de precaución, Derecho penal y riesgo», en «Principio de precaución...», pp. 423 ss.,

Finalmente y antes de pasar a indicar el aspecto aquí protegido, se debe mencionar que en esta conducta, se establecen claras intenciones eugenésicas, con connotaciones discriminatorias, tendientes a vulnerar el principio de igualdad, valor supremo del ordenamiento jurídico<sup>746</sup>.

Al margen de estas consideraciones, en cuanto a selección de raza, igualmente se está protegiendo como aspecto del bien jurídico-penal único, el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia, *la identidad de la especie*. No cabe duda, que una de las características de la especie humana es la presencia de las diferentes variedades genéticas propias de cada raza, este aspecto, conforma la identidad de la especie humana como tal, en sí misma diversa, y es en esta diversidad racial, como parte de la identidad de la especie, que se encuentra la supervivencia de la misma<sup>747</sup>.

La realidad material sobre la que descansa el aspecto del bien jurídico-único, sería la célula, gameto, embrión, feto o individuo nacido, sobre el cual se practican los procesos de selección de la raza.

---

<sup>746</sup> En similar sentido: Romeo Casabona, «Protección de bienes jurídicos...», en «Genes en el...», p. 157, considera que: «las acciones sobre el genoma humano... despiertan recelos y se rechaza la eutanasia positiva, las manipulaciones genéticas con propósitos raciales o racistas y las que degradan de algún modo la especie humana, por ejemplo, al mezclarla genéticamente con animales; se pretende evitar el resurgimiento “modernizado” de las corrientes eugenésicas de principios de siglo en el ámbito anglosajón, y los abusos cometidos al amparo del régimen nacional-socialista»; para Corcoy Bidasolo, «Límites y...», en «Nuevo Derecho...», pp. 1116-1117, en su interpretación considera que la clonación se castiga cuando esta dirigida a la selección de la raza.

<sup>747</sup> Vid. Alkorta Idiakez, Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado, Aranzadi, Navarra, 2003«Regulación jurídica de la...», pp. 177 ss. y 206 ss. mayor explicación sobre Tecnología Reproductiva, lo permitido y no permitido en la legislación y relacionadas a estas técnicas.

### **4.2.3. REPRODUCCIÓN ASISTIDA SIN CONSENTIMIENTO (ARTÍCULO 161)**

#### **4.2.3.1. POSICIONES DOCTRINARIOS**

Existe, prácticamente, unanimidad por parte de la doctrina mayoritaria, en señalar al bien jurídico-penal protegido en este artículo, a la libertad, con algunas variaciones. Así, se cuida, una especial expresión de la libertad de la mujer la procreación, como máximo exponente del libre desarrollo de su personalidad, libertad de procrear, que se traduce en su plena autonomía para decidir cuándo y cómo desea ejercer su maternidad<sup>748</sup>. No se trata únicamente de la libertad de la voluntad, como bien jurídico específicamente protegido en los delitos de coacciones, con lo que guarda relación; se trata de algo más grave, como es la libertad de procreación, que es el bien jurídico protegido<sup>749-750</sup>.

Se puede aceptar como bien jurídico protegido en este delito de una forma general, la libertad de la mujer; pero, no se elimina los problemas que plantea este tipo penal, especialmente, en cuanto a considerarle como un delito de coacciones<sup>751</sup>, también, se puede subsumir dentro del delito de lesión; sin embargo, estos delitos son insuficientes para la explicación de la

---

<sup>748</sup> Vid. en este sentido García González, *Límites...*, p. 374; Muñoz Conde, DP. PE., p. 141, afirma que: “el bien jurídico es claramente la libertad de la mujer a no ser fecundada en contra de su voluntad, lo que se aproxima más a un delito contra la libertad que a un delito de manipulación genética”; Corcoy Bidasolo «Límites y...», en «Nuevo Derecho...», p. 1118.: “es evidente que se protege un bien jurídico-penal individual: el derecho fundamental a la libertad de la mujer para decidir sobre la práctica o no de un reproducción asistida”.

<sup>749</sup> Con este criterio Romeo Casabona, «Los llamados...», en «Genética y...», p. 391.

<sup>750</sup> Vid. Alkorta Idiákez, «Regulación jurídica...», pp. 70 ss. un estudio amplio sobre la libertad de procreación.

<sup>751</sup> Vid. de este criterio: Higuera Guimerá, «Los delitos relativos a la manipulación genética», AP, párr. 484; entre otros.

conducta típica y no expresan el desvalor de la acción, en una forma completa<sup>752</sup>.

#### 4.2.3.2. CONCRECIÓN DE LOS ASPECTOS PROTEGIDOS

Como se ha dicho, se parte de la interpretación de la voluntad del legislador, que al colocar todas estas conductas típicas, en un mismo título, lo hace en relación a la concepción amplia de manipulación genética, es decir, manipulación genética «*sensu lato*», dentro de la cual, constan las técnicas de reproducción asistida. Esta técnica no comporta la alteración del genotipo o genoma, pues, es conocido que en la reproducción asistida, ya se emplee cualquiera de sus métodos, no se da un recambio de ADN en los genes, como ocurre con las técnicas de Ingeniería genética. Con este caso, se observa una vez más que la intención del legislador, era precisamente regular la manipulación genética «*sensu lato*», dicho de otro modo, todas las técnicas que emplea la Biotecnología. Visto de tal forma, las críticas sobre la incongruencia de la presencia de la reproducción asistida sin consentimiento en este Título no encuentran asidero.

Dentro del planteamiento elaborado, se parte de la concreción de principios como la vida (con su respectiva reinterpretación en base a la Constitución, es decir, mutación constitucional, por lo que se trata de la supervivencia de las especies), y con principios como la libertad e igualdad, que se conjugan con el fin de unificar al bien jurídico-penal único protegido en los delitos relativos a la manipulación genética que aquí se proponen.

---

<sup>752</sup> En este sentido y siguiendo la opinión de: Valle Muñiz y González González, «Utilización...», en PJ, p. 139, expresan que «el delito de coacciones y lesiones es insuficiente en cuanto al desvalor de la acción, pues se da un absoluto desprecio a la dignidad de la mujer y al libre desarrollo de su personalidad, lo que afecta a la autodeterminación del ser humano en un ámbito tan fundamental como el de la procreación y conlleva consecuencias que pueden tornarse irreversibles».



Como se ha expresado en su momento, todos los principios tienen un papel fundamental, con el fin de conseguir la evolución de la especie y su supervivencia. En este sentido, el principio que funciona como parte del bien jurídico-penal único es la *libertad*, como acertadamente señala la doctrina mayoritaria, al considerar que el bien jurídico-penal es la libertad, con diferentes matices. Pero, al tratarse de relacionar con el bien jurídico único, se considera que se está protegiendo como aspecto de este: *la libertad de procreación como mecanismo para el desarrollo de las especies y su supervivencia*. En esta libertad de procreación, se encuentra la decisión libre y consentida de la mujer, que es quien lleva adelante el proceso de procreación. Nótese que en este caso, no se menciona la falta de consentimiento del donante, sino simplemente la falta de consentimiento de la mujer, quien ha cumplido con la labor de portar en su vientre, el proceso de procreación hasta sus últimas consecuencias: el alumbramiento.

En apego a lo expuesto por Valle Muñiz, no se considera que el tipo pueda ser reconducido al delito de coacciones o lesiones, pues, aporta un plus de lesividad, que no se centra solamente en la libertad, sino en la procreación, como base elemental y fundamental de la evolución y existencia de vida en el planeta. Por lo que el aspecto de protección en este artículo, es parte del bien jurídico-penal único. Como se ha manifestado, a lo largo de estos planteamientos, la supervivencia de las especies y su evolución, es decir, el principio matriz vida reinterpretado, se debe tratar siempre, con el debido apego a la libertad e igualdad, para conseguir la protección de este fin. Así, es lógico que se proteja la libertad en la procreación.

La realidad material sobre la que descansa el aspecto del bien jurídico-penal único: la libertad de procreación como mecanismo para el desarrollo de las especies y su supervivencia dentro de esta conducta, es la mujer.

Cualquier delito de lesión o de manipulación del genotipo, en los embriones o gametos a implantarse, serán motivo de concurso de delitos; nunca se podría entender aquí que se dan únicamente estos, y no un delito de manipulación genética «*sensu lato*», como es la reproducción asistida sin consentimiento.

## **5. LA RELACIÓN ENTRE LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES Y BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES: UNIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL INDIVIDUAL Y SUPRAINDIVIDUAL EN UN ÚNICO BIEN JURÍDICO-PENAL DE DOBLE DIMENSIÓN**

### **5.1. PUNTUALIZACIONES SOBRE EL TÉRMINO SUPRAINDIVIDUAL CON RELACIÓN A LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

Como más acorde con el delito relativo a la manipulación genética, se adoptará, el término bien jurídico-penal *supraindividual*<sup>753</sup>. El término

---

<sup>753</sup> Vid. supra, n. 58, sobre la utilización indiferenciada de los términos, bienes jurídico-penal colectivo, supraindividuales, universales, de nueva generación, etc.; Santana Vega, en «La protección penal...», pp. 96 ss., realiza una explicación, sobre el contenido de los bienes jurídico-penales colectivos, así: «a. Desde un punto de vista amplio, los bienes jurídico-penales colectivos se podrían concebir como todos aquellos que no se circunscriben a una persona determinada, y en consecuencia, se incluirían dentro de esta categoría tanto los bienes jurídico-penales colectivos *estricto sensu*, como los públicos e institucionales. b. Desde un punto de vista más estricto, los bienes jurídico-penales colectivos se han de diferenciar tanto de los bienes jurídico-penales individuales como de los públicos, también denominados institucionales o generales, en atención al ámbito de afección de la lesión o puesta en peligro de los mismos; mientras que los bienes

colectivo hace relación a un sector de intereses determinados; en este sentido, se puede citar los intereses de orden económico, los derechos de los trabajadores, etc.<sup>754</sup> A criterio de Pérez Álvarez<sup>755</sup>, los bienes jurídico-penales están en función de la sociedad, así, en el caso concreto de los bienes jurídico-penales protegidos en los delitos de manipulación genética, estos abarcan un campo más extenso<sup>756</sup>, al no referirse a un determinado colectivo, ni son patrimonio de una sociedad determinada, por lo se debe entender dentro del término sociedad, a la humanidad, que es indiferente de las posiciones ideológicas, culturales, religiosas, económicas, que puedan diferenciar a una determinada sociedad de otra. Es de notar, que este tipo de bienes se encuentran sobre el individuo, su lesión o puesta en peligro afecta a toda la humanidad, a todas las sociedades, es decir, a la sociedad entendida de manera general, pues, la afección de la vida individual contiene un plus de afectación a la humanidad, y por último y en atención a las consideraciones sobre el bien jurídico-penal aquí realizadas, a la supervivencia de las especies<sup>757</sup>.

---

jurídico-penales públicos o generales afectarían al conjunto de la Sociedad-Estado (seguridad interior, Administración de Justicia), los colectivos se mantienen dentro de un nivel de sectorialización de intereses determinados, de acuerdo con el apartado anterior, por su referencia a una pluralidad de sujetos implicados en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal, lo que diferencia de los bienes jurídico-penales individuales».

<sup>754</sup> En este sentido Cuesta Pastor, «Delitos obstáculo...», pp. 97 ss.

<sup>755</sup> Vid. Protección penal del consumidor. Salud Pública y alimentación, Ed. Praxis, Barcelona, 1991, p. 46.

<sup>756</sup> Vega Santana, «La protección penal...», p. 97, como macroconceptos se utiliza bienes supraindividuales o universales especie de género son los bienes jurídico-penales colectivo difusos e institucionales.

<sup>757</sup> Vid. a favor del empleo del término bien jurídico-penal supraindividual: Corcoy Bidasolo, «Delitos de Peligro...», p. 28 ss.; Carbonel Mateu, Breves reflexiones...», p. 12; en contra: Martínez-Buján, Derecho penal económico, PG, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 94; Pérez Álvarez, Protección penal del consumidor. Salud Pública y alimentación, Ed. Praxis, Barcelona, 1991, p. 46, quien diferencia los términos supraindividual y colectivo, el primero está sobre el individuo y el segundo en función de todos los miembros de la sociedad; Busto Ramírez, Control Social y Sistema Penal, PPU, Barcelona, 1987, p. 195, señala que: «los bienes jurídicos colectivos, pueden afectar a una masa de individuos o a un colectivo, de ahí que pareciera un nombre

Los bienes jurídico-penales supraindividuales presentan en todo caso mayor similitud con los bienes jurídicos públicos, institucionales o intereses generales<sup>758</sup>, si se tiene en cuenta que pueden abarcar a todas las sociedades y estados. Por lo tanto, existe un interés general que no puede ser considerado de protección subsidiaria como en el caso de los bienes jurídicos colectivos, con respecto a los bienes jurídicos individuales. En este sentido, se considera que los bienes jurídico-penales supraindividuales, por lo manifestado sobre la relación a la humanidad, y a las demás especies, quedan más relacionados con los intereses generales, y no pueden ser considerados como bienes jurídicos colectivos por ser un criterio más restrictivo y que no se ajusta a la esencia del bien jurídico penal-único relacionado con la manipulación genética.

## **5.2. PROPUESTA DE UNIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL INDIVIDUAL Y SUPRAINDIVIDUAL, EN UN ÚNICO BIEN JURÍDICO-PENAL DE DOBLE DIMENSIÓN**

---

apropiado el de bienes jurídicos colectivos, es decir, que están en las relaciones de la colectividad o un colectivo, y por ello mismo, su afección implica a la colectividad o bien colectivo».

<sup>758</sup> A criterio de Santana Vega, en «La protección penal...», p. 100 ss., «...los bienes jurídicos penales colectivos se diferenciarían de los intereses generales, los cuales, además, serían su dimensión superior, en que mientras los colectivos pueden fraccionarse, v. gr. salud pública, no sucede lo mismo con los bienes jurídico-penales generales»; para Robles Planas, (cit. por la autora), «... en la protección de los denominados intereses generales hay una gran carga de “integración” como prevención general positiva, en tanto que la reafirmación de la vigencia del sentimiento vulnerado se logra cada vez que, indirectamente, se castiga el ataque al interés en protegerlo. La consecuencia fundamental de esta acotación es que mientras que los bienes jurídico-penales colectivos, en el caso de no ser protegidos especialmente, lo serían subsidiariamente por el correspondiente bien jurídico-penal individual, con independencia de la suficiencia o no de esta protección, los intereses generales solo pueden ser protegidos expresamente, sin que quepa hablar de la protección subsidiaria de los mismos».

### **5.2.1. EL BIEN JURÍDICO-PENAL INDIVIDUAL Y EL BIEN JURÍDICO-PENAL SUPRAINDIVIDUAL, COMO PUNTO DE DISCUSIÓN DENTRO DEL DERECHO PENAL**

En sintonía a lo referido anteriormente con más detalle, sobre las divergencias doctrinales en cuanto a considerar al Derecho penal, como un Derecho penal nuclear, y las perspectivas de expansión del mismo, en ocasión de los cambios que una sociedad moderna implica, calificada doctrinalmente como *sociedad de riesgo o compleja*, debido a la aparición de formas innovadoras de ataque, que se han materializado en nuevos tipos penales, relacionados a bienes jurídicos supraindividuales<sup>759</sup>. De los planteamientos dogmáticos surgidos con esta ocasión, se deducen varias alternativas con el fin de legitimar la presencia de los bienes jurídico-penales supraindividuales, y su protección por parte del Derecho penal, teniéndose en cuenta que en mérito del principio de última ratio, se incluye como injusto penal únicamente a los ataques que comportan una grave lesión a un bien jurídico-penal reconocido como tal, lo contrario sería dar paso a un Derecho penal con carácter de prima ratio.

Dentro de los criterios doctrinales que mayor implicación presentan sobre el tema que se está tratando, se tiene como visión de la Escuela de Frankfurt (la más ferviente defensora del Derecho penal nuclear) que la protección de bienes jurídicos supraindividuales, se daría únicamente en tanto estén en relación con bienes jurídico-penales individuales<sup>760</sup>. Otra vía propuesta es la sostenida por Stratenwerth<sup>761</sup>, como se mencionó en su

---

<sup>759</sup> Planteamientos al respecto, supra. PP. cap. I. ap. 3.

<sup>760</sup> Vid. Hassemer, «Rasgos y crisis....», pp. 235 ss.

<sup>761</sup> Vid. en «La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos», en «La Teoría del...», pp. 371-372, indica que no se puede desconocer las consecuencias sobre las generaciones futuras, incluso, las decisiones normativas básicas que atañen a todos

momento, su aportación se encamina más allá de la protección de bienes jurídico-penales individuales, en respuesta a un marcado antropocentrismo, sino que la protección debe recaer en conductas referidas al futuro, sin retro-referencia a intereses individuales<sup>762</sup>.

Al amparo de este marco dogmático, y como planteamiento sobre el bien jurídico-penal único protegido en los delitos relativos a la manipulación genética, conforme al análisis efectuado, se sostiene que un bien jurídico-penal cualquiera que se trate, dentro de estas nuevas formas de ataque, generalmente va a tener una doble implicación, y esto porque llanamente el Derecho, y en este caso el Derecho penal, está protegiendo tanto valores individuales, como generales. Dentro de los delitos relativos a la manipulación genética, se esbozó el planteamiento de que el bien jurídico-penal único presenta *dos dimensiones*: individual y supraindividual.

Es así, y en conformidad con la Escuela de Frankfurt, lo aquí planteado se traduce en una relación siempre existente, entre las dos dimensiones del bien jurídico único, la *dimensión supraindividual* está referida a una *dimensión individual*, pues, no se puede causar una escisión entre el ser humano y su mundo, entre un ser social y la sociedad, entre una especie y

---

como colectividad, deben discutirse con razones para la cobertura penal o no, y ello debe hacerse sin el gravamen del dogma del bien jurídico.

<sup>762</sup> Vid. en ZStW 105, 1993, pp. 685 ss. cit. también por Claus Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 62; Corcoy Bidasolo, en «Delitos de peligro...», p. 26; la misma en «Límites objetivos y...», en «Política criminal...» pp. 29-30, a su criterio, «La dogmática-penal debe ir en esta dirección y, sin olvidar los principios garantistas, servir a los intereses predominantes de la actual sociedad. Sin “referencia a intereses individuales” solo implica que, desde una perspectiva de tipicidad penal, no hay una relación ni mediata en la línea de su consideración como bienes jurídicos intermedios, ni inmediata con los bienes jurídico-penales individuales. Los bienes jurídico-penales supraindividuales son autónomos pero ello no excluye que, en cuanto “intereses predominantes en la sociedad” solo podrán ser calificados como tales y, en consecuencia legitimada la intervención penal para su protección, aquellos que sirvan al mejor desarrollo personal de cada uno de los individuos que la conforman».

su hábitat, existe entonces, una *conexión mutua* entre las dos dimensiones, que estará presente en los delitos de esta naturaleza. Dicho lo cual, se sostiene que el aspecto problemático sobre la legitimación de los bienes jurídicos supraindividuales, se ve resuelto en lo referente a los delitos relativos a la manipulación genética. En consecuencia, no hay bien jurídico-penal supraindividual sin relación individual, es decir, se está ante una dimensión individual y una supraindividual, del mismo bien jurídico-penal.

En atención a la vía propuesta por Stratenwerth, si bien los avances científicos de incalculables magnitudes que hoy distraen las mentes no solo de los dogmáticos en materia penal, sino en otras ramas de la ciencia, obviamente, dan apertura a nuevas posibilidades dogmáticas hasta ahora desconocidas para el Derecho penal<sup>763</sup>; pero ello no significa que se deba dejar de lado el tratamiento de estas nuevas situaciones, y preparar cualquier enmienda doctrinal necesaria, como parte del desarrollo histórico, filosófico y sociológico que ha tenido el Derecho mismo, con el fin de responder ante estas nuevas manifestaciones, que han comenzado a conformar parte de la sociedad actual, y lo harán en mayor medida en la sociedad del futuro, por lo cual, se debe considerar las conductas futuras, como respuesta al estado de desarrollo actual de la humanidad, lo otro, sería querer detener el tiempo en un esfuerzo vano de aferramiento al pasado, cuyas estructuras y soluciones también están en proceso de mutación. Sin embargo, esto no justifica la exoneración, de considerar a los bienes jurídicos supraindividuales con referencia al individuo, pues, aunque se trate de proteger conductas futuras, aquéllas estarán motivadas por la presencia de intereses del ser humano, como primordial célula que

---

<sup>763</sup> Vid. Stratenwerth, «La criminalización...», p. 371, considera que algunos modelos sociales no pueden servir como baremo para la legitimación penal de épocas distintas, por lo tanto, en la actualidad es necesaria la presencia de los bienes colectivos.

conforma el entramado social, y que en sí, es el germen de la futura existencia de la sociedad, del Estado y en definitiva de la supervivencia de la especie. En este sentido se debe acoger el planteamiento formulado por Roxin<sup>764</sup>, sobre los *delitos del futuro* habrá que desarrollar nuevas estructuras de imputación<sup>765</sup>. De que estos problemas tomen importancia para el Derecho penal del XXI, ocasionará una relativización del concepto de bien jurídico, mas no su desaparición. Finalmente, visto así, y como punto que legitima la presencia de los delitos relativos a la manipulación genética, unos de los principales semilleros de conductas del futuro, dentro de la esfera del Derecho penal, siempre estos estarán ligados a una dimensión individual y supraindividual, caso contrario su protección no tendría razón de ser. En un perfecto equilibrio entre la esfera individual y supraindividual, lo que no obsta que en algún caso específico se deje una de las dimensiones expresamente de lado, aquí se estaría en atención a la *ratio legis* de la norma (fin de protección de la norma) y no a casos aislados.

Todo esto abre nuevas expectativas dentro la Teoría del delito, como es la imputación, también en otras instituciones dogmáticas<sup>766</sup> y en el Derecho en general.

### **5.2.2. EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA COMO FUNDAMENTO DE LA DIMENSIÓN INDIVIDUAL Y SUPRAINDIVIDUAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO**

Como fundamentos de las teorías<sup>767</sup> *sistémicas del bien jurídico*, se menciona que en la sociedad existen diversos sistemas con sus respectivos

---

<sup>764</sup> Vid. Roxin, DP. PG. 2ª edic., pp. 62 ss.

<sup>765</sup> Vid. infra. PT. cap. VII. ap. 5 ss.

<sup>766</sup> Ídem. se refiere a nuevas estructuras de imputación (colectiva).



elementos, que se relacionan entre sí y con otros sistemas. El bien jurídico, también forma parte de los sistemas, concretamente será medido por su aportación dentro del funcionamiento del sistema. Las teorías sistémico-funcionalistas del bien jurídico, preconizan que este debe responder en razón de su utilidad al funcionamiento de la vida social. Es conocido, que Amelug abordó, por primera vez, a la norma penal como funcional al sistema, cuya función es dar solución a los problemas que presenta el mismo, así se llega a la consideración de que no se deben proteger bienes jurídicos individuales; en definitiva, las necesidades colectivas están sobre las individuales. Dentro de esta posición, existen criterios en contra en la misma línea funcionalista, reivindicando la posición del individuo como partícipe de la vida social<sup>768</sup>. Las críticas en torno a estas teorías del bien jurídico son de lo más variadas y se pueden resumir en la cesación del individuo como centro del sistema y como fin de la protección del Derecho.

Son curiosos ciertos paralelismos existentes en estas teorías del bien jurídico, y el proceso de evolución y supervivencia de las especies, (anteriormente detallado). Sin querer afirmar a la ligera que se rijan por los mismos principios, pero sí destacando la relevancia que se da, tanto al *funcionamiento del sistema social*, donde todos los agentes sociales, entre ellos el individuo, con su participación ciudadana, aporta al desarrollo y funcionamiento del sistema social, se observa en relación a la *supervivencia de las especies*, que los factores biológicos, genéticos y ambientales, influyen armoniosamente en la supervivencia y evolución de las especies. No cabe duda, que existe un denominador común, que bien pudiera tratarse de la conservación y desarrollo del sistema, ya sea social,

---

<sup>767</sup> Vid. estudio de González-Salas, «La teoría del...», 2ª edic., pp. 44. ss.

<sup>768</sup> En este sentido, Mir Puig, *Función de la pena en un Estado social y democrático de derecho*, 2ª edic., Barcelona, 1982, p. 63, el mismo, en *Introducción a las bases...*, p. 140.

como natural; los dos sistemas irán siempre en beneficio del ser humano, es decir, del individuo social, el ciudadano partícipe de la vida en comunidad, y a la vez, del individuo biológico que sustenta la supervivencia de la especie (igual ocurre para cada especie).

De lo anterior, se colige la importancia del sistema como marco de convivencia para el individuo, y la significación de este para el funcionamiento del sistema. Igual se puede ver la estrecha relación y dependencia de una especie con un determinado individuo de la misma, el interés de una especie, que se constituye como medio material biológico-evolutivo para el individuo y el valor del mismo como partícipe de la evolución de la especie.

Esta mutua dependencia y relación, indican que con el equilibrio de lo individual y social o del individuo con la especie, se puede conseguir precisamente la conservación, desarrollo o evolución de cualquier sistema, ya sea social o natural. En este sentido, se podría considerar, y en atención, a dejar de lado las críticas a las teorías sistémico-funcionalistas, sobre el relegación del individuo a un segundo plano de protección, está que la protección del Derecho, siempre debe darse dentro de un contexto individual (ser humano) y supraindividual (sistema), esto justificaría la presencia de una *doble intención* dentro de esta protección, individual y supraindividual, lo que desembocaría en que un bien jurídico, tendría *dos dimensiones*: 1. *individual*, en relación al ciudadano o individuo biológico y 2. *supraindividual*, en relación al sistema o especie determinada.

El equilibrio de las dimensiones en su protección ocasionaría la conservación, desarrollo o evolución del sistema, como se afirmó, sin dejar de lado que por causas de justificación o motivos relevantes, se incline la

balanza de protección a una u a otra o en su defecto se enfatice la protección en algunos casos de una de las dimensiones, lo que no significa que se encuentre esta desconectada completamente con el bienestar del ser humano o del sistema.

En apego al principio de igualdad, se podría entender que la dimensión individual y la supraindividual son estrictamente necesarias para el funcionamiento del sistema, solo el equilibrio entre las dos, conduciría a los fines indicados. Y desde un punto de vista sistémico-funcionalista, las dos dimensiones son útiles y elementales dentro de la existencia de la concepción de bien jurídico; entonces, no existe una falta de legitimación de una de estas dimensiones, ya sea la individual o la supraindividual.

### **5.2.3. LOS PRINCIPIOS Y LOS VALORES CONSTITUCIONALES QUE ORIGINAN UN BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO, COMO FUNDAMENTO DE LA DIMENSIÓN INDIVIDUAL Y SUPRAINDIVIDUAL DEL MISMO<sup>769</sup>.**

---

<sup>769</sup> Varios autores se manifiestan sobre la protección penal y su relación con elementos constitucionales, así: Hassemer, ¿Pueden haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, en «La Teoría del bien...», pp. 95 ss. entre sus conclusiones, conjuntamente con manifestarse de acuerdo con la relación entre el Derecho penal y la protección de bienes jurídicos con relación constitucional, indica que el bien jurídico es el fundamento necesario y constitucional tanto para concebir un deber de protección como para determinar los límites a las intervención y su cálculo preciso; Lagondny, «El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional», en «La Teoría...», p. 136, concluye que el Derecho constitucional debe reflexionar sobre su dogmática, y en tal medida el Derecho penal se erige en piedra de toque de la dogmática constitucional, por lo tanto, este conjunto de cuestiones deben tratarse al margen de los límites disciplinares, debido a que el Derecho penal se enfrenta a un déficit explicativo que es salvado por el Derecho constitucional; pero, al mismo tiempo, el Derecho penal está obligado a participar en tal aclaración para la dogmática constitucional; Böse, «Derechos fundamentales y Derecho penal como Derecho coactivo», en «La Teoría...», pp. 137 ss. comenta que al bien jurídico se le asigna una función limitadora del Derecho penal y una función crítica del sistema, sin la cual, se vería únicamente como un postulado político-criminal, sino también el bien jurídico es un límite constitucional para la intervención del Derecho penal, por lo tanto, debe fundamentarse desde la

En este trabajo, se considera que tanto el bien jurídico-penal supraindividual e individual, conforman un solo bien jurídico-penal de doble dimensión: supraindividual e individual, esto con fundamento en los principios que se tienen en cuenta, este criterio engloba a bienes jurídico-penales supraindividuales y a bienes jurídico-penales individuales<sup>770</sup>. El pronunciamiento se fundamenta en la *vida individual* y en la *vida de la especie*, ambos, provenientes del mismo principio vida; pero con valoraciones de utilidad individual y de utilidad para la especie.

Al respecto, se debe considerar que el individuo, en ejercicio de su libertad de elección y moral<sup>771</sup>, por ser un ente social, elige como fin de la sociedad la supervivencia de la especie. En el mismo sentido que se explicó para fundamentar la vida como principio matriz de todo, sin la existencia de la especie, no existe sociedad, conforme a ello, todas las elecciones encaminadas del hombre si bien tienen diferentes fines, el *fin último es su supervivencia como especie*, sin ello, nada quedaría, pues, dentro de las expectativas sociales esta su supervivencia, sin esta no se cumple ninguna expectativa más. Este sentimiento del individuo de supervivencia y de sobrevivir como especie en sociedad ha aflorado ante las nuevas tecnologías, especialmente con la Ingeniería genética; el caso Dolly, puso el dedo en la llaga y avivó el miedo de perder la vida como especie, lo que ha ocasionado que el Derecho intervenga en la protección del principio matriz, del bien jurídico supremo y sustento de todos los demás.

---

Constitución, en relación a la intervención del Derecho penal sobre los derechos fundamentales, lo que darían pautas materiales para que el legislador traslade al ámbito de la protección penal; entre otros que critican la remisión a la Constitución, están: Kahlo, «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal», en «La Teoría del...», p. 57, considera que la Constitución tiene un fundamento prepositivo y preconstitucional, que debe haberse conceptualizado, con un trabajo analítico y no se puede sustraer de algunas consecuencias con la mera remisión a la Constitución.

<sup>770</sup> Vid. Alexy, «Teoría de los derechos...», p. 106.

<sup>771</sup> Vid. infra, PT, cap. VII, ap. 2 ss.

El bien jurídico individual y el supraindividual se ven fundamentados sobre valores, dentro del proceso de vida individual y su extensión en la vida social. El hombre actúa en sociedad, nunca aislado de la misma, y esta no existe sin el hombre, la supervivencia de ambas partes, se supeditan a la existencia vital del hombre y a la existencia vital de la especie<sup>772</sup>; de tal forma, son dos realidades en un solo todo que se complementa. De allí, que el valor sistema social surge de esta íntima relación individuo-sociedad dentro de las connotaciones nuevas que trae la Biotecnología, por lo que se debería entender al sistema social, en una nueva interpretación, como vida individual-supervivencia de la especie, téngase en cuenta que el sistema social es el fundamento que caracteriza al Estado, como Estado social.

En relación a los llamados valores superiores, se considera que en la Constitución española, el principio matriz vida es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico<sup>773</sup> y el origen de los demás principios-valores supremos, los cuales tienen como finalidad conseguir el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, estos últimos son elementos fundamentales del orden político y de la paz social<sup>774-775</sup>.

---

<sup>772</sup> Vid. Vergés Ramírez, *Derechos humanos: Fundamentación*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 129, considera: «que la vida es personal y social al mismo tiempo, conforme a la condición del hombre, que es por naturaleza ambas cosas, sin solución de continuidad. Y de tal suerte que se da una simbiosis entre una y otra, a semejanza de la que hay entre los miembros, constitutivos de nuestro cuerpo humano, pues la sociedad en tanto lleva ese nombre específico, en cuanto es patrimonio de las personas, que la constituyen en calidad de su ser social. Por ello, pretender salvaguardar una dimensión del hombre, con detrimento de otra del mismo, equivaldría a un absurdo»; Benítez Ortúzar, *Límites penales...*, p. 102, considera que los bienes individuales ya sentados en la tradición jurídica de los Estados, pueden surgir otros bienes de titularidad colectiva como la integridad genética de la especie, y su normal desarrollo evolutivo, de donde se deriva la unicidad genética de cada individuo –que lo hará único e irrepetible–.

<sup>773</sup> Vid. STC 54/1985.

<sup>774</sup> Vid. *supra*, cap. V, ap. 5.2.1., con este criterio se discrepa de la posición de Valle Muñiz y de González González, quienes consideran (como se vio) que los valores superiores del ordenamiento jurídico son coordinados de manera dispositiva por la

Por otra parte, conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán<sup>776</sup>, se tiene que «la imagen del hombre, plasmada en la Ley Fundamental, no es la de un individuo soberano en sí mismo; más bien ha decidido resolver la polaridad individuo-comunidad, refiriendo y vinculando a la persona a esa comunidad, sin que por ello aquella vea menoscabada su sustantividad». Sin duda, esta postura jurisprudencial, al analizar la polaridad individuo-comunidad, respalda la argumentación emitida en este trabajo.

Finalmente, aquí se concluye que el bien jurídico-penal, en los delitos relativos a la manipulación genética, está formado por dos dimensiones, individual y supraindividual, vinculadas por el principio matriz vida, interpretado como supervivencia de la especie, lo que es un factor de importancia fundamental para la vida individual y la vida social; pues, por la expectativa social máxima, que se presenta de continuar la existencia como sociedad, se deriva de la perpetuidad del Estado social y democrático de Derecho o de la forma de Estado que se dé en el futuro. Visto así, el bien jurídico-penal como un solo bien, con doble dimensión: individual y supraindividual: el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia, goza de legitimidad, en cuanto a ser considerado como bien jurídico merecedor de protección penal, esto trae como consecuencia que también se legitime la existencia de estas conductas como tipos penales, y justifica, el adelantamiento de la barrera de protección por parte del

---

dignidad humana, la cual es el fundamento del orden político y de la paz social, y que articula a los valores superiores con los derechos fundamentales, de los cuales, se derivan bienes jurídicos constitucionales y bienes jurídico-penales.

<sup>775</sup> Vid. infra. PT, cap. VI, ap. 3.2.3.3.2.

<sup>776</sup> Vid. BVerfGE 4, 7 (15 ss.) cit. por Benda, «Dignidad Humana...», en «Manual de Derecho...», p. 119.

Derecho penal, si se ataca a uno de los aspectos del bien único, por consecuencia por su íntima relación se pone en peligro al mismo.

#### **5.2.4. LAS DIMENSIONES DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO: SUPRAINDIVIDUAL E INDIVIDUAL EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

Del bien jurídico-penal único: el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia, presenta cada tipo penal, el respectivo aspecto del bien único que se está protegiendo, ya sea que presenten aspectos correspondientes a la dimensión supraindividual e individual o únicamente a una de ellas. Téngase en cuenta que un delito que proteja solo el aspecto supraindividual, no implica que no esté en relación con un interés individual, que al final se resume, en el ser humano<sup>777-778</sup>, como se vio de la relación de mutua dependencia que se tiene entre las dimensiones supraindividual e individual.

##### **5.2.4.1. LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA «*STRICTU SENSU*»**

###### **5.2.4.1.1. ALTERACIÓN DEL GENOTIPO (ARTÍCULO 159)**

###### **5.2.4.1.1.1. DIMENSIÓN SUPRAINDIVIDUAL**

---

<sup>777</sup> Vid. supra, ap. 4 ss, se ha mencionado ya el aspecto protegido en cada tipo, de corte supraindividual, aquí se incluirá lo concerniente a la dimensión individual, únicamente señalando la dimensión supraindividual, en atención a una mejor ordenación metodológica. En cuanto a la selección de raza, por ser la técnica empleada de Ingeniería genética, y una vez realizada la debida separación de la conducta de clonación, se ubica dentro de los delitos relativos a la manipulación genética «*strictu sensu*».

<sup>778</sup> Vid. supra. n. 762, lo expuesto por Corcoy Bidasolo, en relación a los bienes jurídicos supraindividuales, que servirán al mejor desarrollo de los individuos que conforman la sociedad.

El aspecto del bien jurídico único es *la identidad de la especie*.

#### **5.2.4.1.1.2. DIMENSIÓN INDIVIDUAL**

La otra dimensión del bien jurídico-penal único, en este caso sería *el libre e igualitario desarrollo genético del ser humano*, tomándose en consideración si la técnica es empleada en una célula, gameto, embrión, feto o individuo nacido, pues, como se advirtió, al afectarse a la dimensión individual, se pondría en peligro al bien jurídico-supraindividual señalado.

#### **5.2.4.1.2. ARMAS BIOLÓGICAS (ARTÍCULO 160.1.)**

##### **5.2.4.1.2.1. DIMENSIÓN SUPRAINDIVIDUAL**

El aspecto del bien jurídico-penal único es el libre e igualitario desarrollo de la comunidad y su supervivencia.

##### **5.2.4.1.2.2. DIMENSIÓN INDIVIDUAL**

En este delito *no se encuentra la dimensión individual*, como se ha dicho, los bienes jurídico-penales (individual y supraindividual) se encuentran en íntima relación; pero en este caso al darse una aplicación con fines de destrucción masiva, implica la totalidad de los individuos, eso no resta a que se pierda la relación con el ser humano, pues en última instancia, al proteger a una comunidad, el Derecho está protegiendo al individuo concreto, que forma parte de esa comunidad.

#### **5.2.4.1.3. SELECCIÓN DE RAZA (ARTÍCULO 160.3.)**



#### **5.2.4.1.3.1. DIMENSIÓN SUPRAINDIVIDUAL**

El aspecto del bien jurídico-único es la identidad de la especie.

#### **5.2.4.1.3.2. DIMENSIÓN INDIVIDUAL**

La dimensión individual del bien jurídico-penal único, aquí afectada es *el libre e igualitario desarrollo genético del ser humano*, tomándose en consideración si la técnica es empleada en una célula, gameto, embrión, feto o individuo nacido, como se advirtió. Al afectarse la dimensión individual, del bien jurídico, se pondría en peligro la dimensión supraindividual del bien jurídico-penal único.

### **5.2.4.2. LOS DELITOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA «SENSU LATO»**

#### **5.2.4.2.1. FECUNDACIÓN DE ÓVULOS (ARTÍCULO 160.2.)**

##### **5.2.4.2.1.1. DIMENSIÓN SUPRAINDIVIDUAL**

El aspecto del bien jurídico-penal únicos es la procreación humana.

##### **5.2.4.2.1.2. DIMENSIÓN INDIVIDUAL**

En este aspecto, la dimensión individual se torna polémica, pues a simple vista, es *la protección del embrión humano*<sup>779</sup>; pero se sumerge dentro de la

---

<sup>779</sup> Se debe tener en cuenta el sentido de embrión, sin la diferenciación pre-embrión, que introduce el Informe Warnock.

divergencia del tiempo en el que se debe proteger la vida, que de acuerdo a una determinada legislación se protegerá o no esta dimensión individual. Cabe señalar que la redacción del texto legal es confusa, se puede entender por óvulo fecundado, a un embrión que sin fines de procreación, tendría como fin la investigación, prácticas transgénicas, entre otras.

#### **5.2.4.2.2. CLONACIÓN DE SERES HUMANOS (ART. 160.3.)**

##### **5.2.4.2.2.1. DIMENSIÓN SUPRAINDIVIDUAL**

El aspecto protegido del bien jurídico único es la diversidad de la especie.

##### **5.2.4.2.2.2. DIMENSIÓN INDIVIDUAL**

La dimensión del bien jurídico-penal único de corte individual sería *la doble dotación genética del ser humano*.

#### **5.2.4.2.3. REPRODUCCIÓN ASISTIDA SIN CONSENTIMIENTO (ARTÍCULO 161)**

##### **5.2.4.2.3.1. DIMENSIÓN SUPRAINDIVIDUAL**

El aspecto del bien jurídico único es la libertad de procreación como mecanismo para el desarrollo de las especies y su supervivencia.

##### **5.2.4.2.3.2. DIMENSIÓN INDIVIDUAL**

No hay duda, que al tratarse de una mujer determinada se está ante la dimensión individual del bien jurídico-penal único, pues ella no ha dado su

consentimiento para la práctica de una de las técnicas de reproducción asistida. En este trabajo, se considera como dimensión individual del bien jurídico *la libertad de procreación de la mujer, como mecanismo para el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia.*

## **6. LA TITULARIDAD DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PENALMENTE EN LOS DELITOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA: TITULARIDAD Y VÍCTIMA**

### **6.1. LA TITULARIDAD DEL BIEN JURÍDICO-PENAL**

#### **6.1.1. LAS PARTICULARIDADES QUE PLANTEA LA TITULARIDAD EN LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES**

La principal característica de los bienes jurídico-penales supraindividuales es la tenencia de la titularidad de los mismos por la generalidad de las personas, puesto que no existen titulares individuales inmediatos. En esta categoría de bienes, la situación se complica por tratar de emplearse la categoría individualista en el tratamiento de los bienes jurídicos supraindividuales, debido a que los titulares, en ocasiones aparecen indeterminados, dando lugar, según planteamientos doctrinarios a la *tutela penal de los llamados intereses difusos*, que aludía Sgubbi<sup>780-781</sup>.

Se sostiene también que los bienes jurídicos difusos, se caracterizan por la identidad o semejanza de situación en la que se encuentran todos los

---

<sup>780</sup> Vid. en *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell' illegalità pena*, Mulino, Bologna, 1990, pp. 16 ss.

<sup>781</sup> Vid., Santana Vega, «La protección penal...», pp. 97 ss.

individuos<sup>782</sup>. Esta consideración se puede incluir respecto de los bienes jurídicos supraindividuales porque existe, sin duda, una identidad de situación entre los individuos titulares de este tipo de bienes.

### **6.1.2. BREVES REFLEXIONES A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (53/95)**

En base a la sentencia del Tribunal Constitucional 53/95, y con el fin de relacionar al derecho fundamental con el bien jurídico constitucional; como se vio, el objeto del derecho es el bien<sup>783-784</sup> que se persigue, como la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad; en el caso del bien jurídico, ya sea constitucional o penal, el bien, la vida, no es un simple hecho biológico, pues, no encierra un concepto axiológico, es neutro en su valoración; pero tiene su carácter como bien debido a su valor funcional, por ende, se tiene que el bien puede descansar en una cosa corporal; pero va más allá, de allí que bienes son las cosas más el valor que se les ha agregado<sup>785</sup>, aquí se considera, que se encuentra el enlace entre derecho fundamental y bien jurídico constitucional (como se ha mencionado con anterioridad), en lo atinente a la valoración de algo indispensable para la vida del ser humano en sociedad. Del derecho fundamental, constitucionalmente contemplado o del bien jurídico constitucional, se puede derivar o no un bien jurídico-penal, dependiendo de las consideraciones político criminales para elevarlo a esta categoría, conforme se presenta la necesidad de proteger penalmente a este bien, por la dañosidad social que subsistiera, como también la

---

<sup>782</sup> González Rus, Los intereses económicos de los consumidores. Protección pena, Instituto Nacional del Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986, pp. 83 ss.

<sup>783</sup> Vid. supra., ap. 4.2.1.4.

<sup>784</sup> Vid. distinción en Mir Puig, «El Derecho penal...», pp. 162-163; aquí no se da en el sentido de la realidad material sobre la que puede descansar el bien jurídico, peor aun en el sentido de objeto material del delito.

<sup>785</sup> Ídem, Mir Puig, cit. a Frondizi, «¿Qué son...», 2ª edic. México, 1962, p. 10.

repercusión negativa dentro del sistema, si se omite la protección de este tipo de bien.

Se aprecia una diferencia sustancial, entre el derecho fundamental y el bien jurídico-constitucional, pues, el bien jurídico constitucional no requiere un titular (sentencia del Tribunal Constitucional 53/85), a su vez, nótese que es el derecho fundamental, él sí que necesita de un titular para la ejecución de los mandatos ordenados por los valores superiores y contenidos en los principios<sup>786</sup>. Si bien, el derecho fundamental necesita un titular, como por ejemplo el derecho a la vida, los *principios* como la vida se pueden también proteger como un bien jurídico constitucional y no solo como un derecho.

Se entiende aquí, que el bien jurídico-penal, adquiere una *doble posibilidad* en cuanto a la titularidad:

- a. Puede tener un titular, un individuo concreto, el titular del bien (o derecho);
- b. No necesariamente puede existir un titular determinado, en el sentido de titular individualizado, como en el caso de los bienes jurídicos supraindividuales, donde el titular es la humanidad, (o colectivo determinado en el caso de bienes jurídico-penales colectivos), por el amparo que recibe de los principios de los que se deriva.

Con esto, se colige, que se justifica la titularidad individualizada, para los bienes jurídicos individuales; pero también la titularidad de la humanidad sin individualización, por la relación *derecho-bien*, como derivados de *un mismo principio*, y unidos por el objeto vida, dignidad, libertad, igualdad,

---

<sup>786</sup> Vid. en este sentido la STC 53/1985.

que dentro del bien jurídico-penal, la realidad material sobre el que descansa el bien, el objeto material u objeto de la acción, puede coincidir o no con el bien jurídico-penal. Por otra parte, de la interpretación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85, se puede entender que un bien constitucional no necesita titular; traspasando esto a la doctrina penal, un bien jurídico-penal no necesitaría de titular necesariamente, lo que dejaría sin fundamento una de las críticas principales a los bienes jurídico-penales supraindividuales, cuyos titulares son indeterminados<sup>787</sup>.

### **6.1.3. LA TITULARIDAD DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

Los tradicionalmente considerados como bienes jurídico-penales supraindividuales por la doctrina dentro de la manipulación genética, se encuentran legitimados por la referencia a un bien jurídico-penal individual, por la clara relación con el individuo<sup>788</sup>, es esta, otra razón, por lo que están lejos de ser bienes difusos, siempre está el individuo, como beneficiario de la protección que se otorgue a estos bienes, en cuanto a su lesión o puesta en peligro. Una de las características que se indican de este tipo de bienes, es precisamente la detención de la titularidad de los mismos, por la generalidad de las personas, no existen titulares individuales inmediatos, por lo que no habría difusión en los titulares de los bienes

---

<sup>787</sup> De esta sentencia surge primordialmente el problema de la titularidad del bien jurídico penal, que afecta en primera instancia a la protección de la vida prenatal; vid., supra, ap. 4.2.1.4, con más información infra PT, cap. VII, ap. 4.3.1.2.

<sup>788</sup> En este sentido: Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», pp. 183 ss.; Carbonell Mateu, «Breves Reflexiones...», pp. 16 ss.; Morales Prats, «Técnicas de Tutela de intereses difusos», en Intereses difusos y Derecho penal, CDJ, Madrid, 1994, pp. 77 ss.; también otra mención en supra, PP, cap. I, ap. 1.1.1.4.

jurídicos supraindividuales, pues, *es la humanidad la que posee la titularidad*, y es esta un conglomerado material e incluso cuantificable.

Lo que se ha dicho sobre la titularidad de este tipo los bienes jurídicos supraindividuales, es perfectamente aplicable al planteamiento expuesto en este trabajo sobre el bien jurídico-penal único dentro de los delitos relativos a la manipulación genética, que al presentar dos dimensiones: una supraindividual y otra individual, la titularidad vendría a recaer, en la *generalidad de seres pertenecientes a la especie o a un individuo concreto*, dependiendo que aspecto se proteja del bien jurídico único o en un mismo tipo penal se presentaría una doble titularidad: supraindividual e individual, si se protegen a la vez aspectos del bien jurídico-penal único que comprometan a las dos dimensiones.

## **6.2. LA VÍCTIMA**<sup>789</sup>

### **6.2.1. PARTICULARIDADES QUE PLANTEA LA TITULARIDAD EN LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES**

Antes de abordar la titularidad en los bienes jurídicos supraindividuales, y a modo de reseña, se puede decir que el tratamiento de la víctima ha planteado diferentes criterios al respecto. Primeramente, se debe considerar la diferencia entre conceptos análogos que se manejan; *el titular del bien*, es quien tiene el derecho ejemplo la propiedad, mientras que entre el sujeto pasivo, la víctima o el ofendido, es sobre quien recae la acción ilícita en Derecho penal; en algunos casos pueden coincidir la titularidad con la víctima; pero en otros no, es así, que cuando se da el robo de un objeto

---

<sup>789</sup> Vid., infra., PT, cap. VII, ap. 5 ss; en este apartado solo se planteará el tema de forma general.

prestado, el titular del bien es quien ostenta el derecho de propiedad, mientras que la víctima es el sujeto que portaba el objeto en calidad de préstamo<sup>790</sup>.

Ahora históricamente<sup>791</sup>, se dieron algunas posiciones sobre la titularidad del bien jurídico afectado, así, se consideró que el titular es el Estado, la sociedad o el individuo. Desde Von Listz y Von Ihering, quienes dividen la comunidad en Estado y sociedad, hasta llegar a las consideraciones antropocéntricas realizadas por Hegel, cuya idea se centra en que el mismo Estado convierte al hombre en el único que tiene todos los derechos, de tal manera, que es el único titular de ellos y de los bienes jurídicos; por otra parte, los bienes estatales y de la sociedad o universales son legítimos en tanto sirven para el desarrollo personal del individuo. Últimamente, el planteamiento se acentúa en la protección de la sociedad y de los individuos<sup>792</sup>, y descansa la titularidad en uno de ellos de acuerdo al interés que se proteja: si es un interés individual, será el titular el individuo, si es un interés de corte social, la titularidad recae en la sociedad y al tratarse de un interés organizativo, es el Estado el titular del bien jurídico protegido.

Se habla de *una neutralización* que sufre la categoría de víctima del delito en los bienes jurídicos supraindividuales<sup>793</sup>. Las limitadas posibilidades de las que tradicionalmente ha gozado la víctima en el proceso penal, se justifican como un mecanismo tendente a evitar la venganza privada y a eliminar la concurrencia en la comisión de todo delito de interés público. Ante la presencia de los nuevos bienes jurídicos-penales supraindividuales,

---

<sup>790</sup> Vid. González-Salas, «La teoría del...», 2ª edic., p. 103.

<sup>791</sup> *Ibíd.*, pp. 106 ss.

<sup>792</sup> En este sentido Hassemer y Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, 108.

<sup>793</sup> Vid. Hassemer, *Einführung, indie Grundlagen des Strafrecht*, C.H. Becksch, Munich, 1990, pp. 70 ss.; Paliero, «Consenso sociale e diritto penale», *RIDPP*, núm. 3, 1992, p. 915.



se hace desaparecer a la víctima, y se da la apariencia de que en esta clase de bienes no existieran sujetos pasivos del delito<sup>794</sup>. En efecto, con relación a los bienes jurídicos-penales individuales existen posibilidades de contraste, mediante la referencia al individuo concreto cuyo bien jurídico ha sido lesionado o puesto en peligro. Sin embargo, tal referente se vuelve borroso o desaparece con este nuevo tipo de bienes, es así, que estos bienes jurídicos son desindividualizados, debido al proceso de abstracción del que son producto<sup>795</sup>.

Los bienes jurídico-penales supraindividuales han ocasionado que la justicia tradicional, se encuentre con dimensiones participativas en las que se presentan masas interesadas participantes en el proceso; pero en estas masas no siempre quedan recogidos los derechos de la víctima individual, cuyos intereses pueden quedar borrados por el interés de las masas<sup>796</sup>.

### **6.2.2. LA VÍCTIMA Y SU RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL DELITO Y CON EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO-PENAL**

La posición de la víctima dentro de la Teoría del delito ha tomado, en los últimos tiempos, una suerte de *revalorización* en este sentido, varias reflexiones dogmáticas<sup>797</sup> apuntan a considerar que el concepto de bien jurídico no ayuda a la víctima dentro de la Teoría del delito; es más, esta

---

<sup>794</sup> Ídem.

<sup>795</sup> Eser, Bene giuridico e vittima del reato: prevaleza dell'uno sull'altro?. Riflessioni sui rapporti tra bene giuridico e vittima del reato, trad. Fondaroli, LIP, núm. 6, pp. 1079-1083.

<sup>796</sup> Vid. Santana Vega, La protección..., pp. 101.

<sup>797</sup> Eser, «Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima», ADPCP, vol. XLIX, fasc. III, 1996, pp. 1023-1043.

desaparece tras este juicio, convirtiéndose también en víctima de la dogmática jurídica penal<sup>798-799</sup>.

A criterio de Eser<sup>800</sup>, el concepto de delito debe incluir una alusión a la víctima, en cuanto a la lesión individual del interés de la víctima afectada, únicamente de este modo, se puede ver la *corresponsabilidad de la víctima*, para la correspondiente disminución o exclusión del injusto. Como también, el concepto de bien jurídico debe indicar expresamente el interés individual, y no solo abarcar intereses generales. Estos planteamientos a criterio del autor, si bien contradicen lo establecido y aceptado doctrinariamente, producirían un trato igualitario de la víctima en la Teoría del delito, para lo cual, no se deben temer rectificaciones de rumbo.

Del planteamiento revisado, se desprenden elementos de reflexión interesantes. Así como las críticas realizadas a las teorías sistémico-funcionalistas, por su olvido del ser humano como objeto de protección, analógicamente se continúa en cuanto a la posición de la víctima, tratando de incluir a esta con mayor peso y fundamento, con el fin de obtener una protección real, dentro de los conceptos dogmático-penales. Sin embargo, con la aparición de los bienes jurídicos supraindividuales, las posturas doctrinarias, en gran medida son distintas, de tal suerte, que se da un vuelco de la protección de intereses generales, tan defendidos y objeto de críticas por desmedro del interés individual, a la negativa de considerar como víctima a una masa de personas, cuyo protección se fundamenta, precisamente en intereses generales. Lo indicado, ha desembocado en la

---

<sup>798</sup> Vid. Shapland, Willmore, Duff, Victims in the criminal justice system, Cambridge Studies in Criminology LIII, England, 1985, pp. 1 ss. los autores al referirse al crecimiento del movimiento de las víctimas, comienzan con decir que la víctima es el «hombre olvidado» del sistema de justicia penal.

<sup>799</sup> Vid. infra, PT, cap. VII, ap. 5.3.

<sup>800</sup> *Ibíd.* pp. 1044-1046.

concepción de intereses difusos, y demás consideraciones adversas a la protección de bienes jurídicos supraindividuales y a sus víctimas masa, lo que en definitiva marca, un cambio de discurso, un oscilar del péndulo crítico entre estos dos polos, que al ser descritos así, parecen completamente opuestos e irreconciliables.

Tal como doctrinariamente se desea consolidar y defender la protección a la víctima individual, se debe de igual forma, abordar acerca de la *víctima colectiva o en masa*, cabe indicar que en este trabajo se las llamará *víctimas supraindividuales*, por considerarse más acorde con los bienes jurídicos supraindividuales, que se ven afectados en los delitos que se estudian, y por otorgarle este término mayor concreción en cuanto a lo que representa, de todas formas, el empleo de una terminológica diferente (colectivas, en masa, supraindividuales) no tiene porque despojarles de su calidad de víctimas, de hecho, lo son a la final. Como se ha expuesto en este trabajo, sobre la relación necesaria entre la sociedad y el sistema con el individuo concreto, lo que se debería reflejar en todas las estructuras del delito, es así, que con este *equilibrio*, no se daría por ende, una falta de protección a la víctima individual o a la víctima supraindividual. Y, dentro del término interés, se debe comprender siempre tanto intereses individuales como supraindividuales, si se desampara a uno de los elementos, se produce un desmedro en el plano individual o en el supraindividual, es así, que este tipo de bienes jurídicos están protegiendo intereses supraindividuales, con el fin de evitar víctimas supraindividuales, de allí puede verse su legítima presencia dentro del Derecho penal<sup>801</sup>.

---

<sup>801</sup> Landrove Díaz, La moderna Víctimología, Tirant lo blancha, Valencia, 1998, passim, con un estudio completo sobre las víctimas.

La presencia de víctimas en masa, en relación a los bienes jurídico-penales supraindividuales y su titularidad, plantea otras circunstancias interesantes como es el consentimiento, en lo referente a la capacidad de consentir sobre bienes jurídicos que pertenecen a una totalidad, y no a un individuo determinado, como también el caso de quién debe consentir<sup>802</sup>. Todos estos cuestionamientos, se derivan propiamente de los cambios que se han dado y se siguen perpetrando en la sociedad actual, por el avance científico y tecnológico; en consecuencia, el estado actual de desarrollo de la humanidad, pone sobre la mesa de discusión a estos nuevos retos para ser resueltos en beneficio del ser humano y del sistema en el que vive<sup>803</sup>.

### **6.2.3. LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

En los delitos relativos a manipulación genética, se deja planteado, a simples rasgos, que las víctimas pueden ser individuales o supraindividuales, conforme a la afectación o puesta en peligro de la dimensión individual o supraindividual del bien jurídico-penal único<sup>804</sup>. La presencia de víctima individual o supraindividual, dependerá de la dañosidad de la acción descrita en el tipo, y es por el injusto que se determina si la víctima individualizada permite con su afección, que se ponga en peligro o lesione al aspecto supraindividual del bien jurídico-penal único.

---

<sup>802</sup> Vid. infra, PT, cap. VII.

<sup>803</sup> Vid. Landrove Díaz, «La Moderna...», p. 25, en sentido análogo se aprecia el abandono de la víctima por una mayor protección al delincuente, cuestión que con el tiempo ha comenzado a cambiar gracias al movimiento victimológico o de redescubrimiento de la víctima.

<sup>804</sup> Vid. infra, PT, cap. VII, ap. 3.2.3 ss, incluso el planteamiento de una víctima o podría en algún sentido llamarse no-víctima que es inmiscuida en una situación determinada por un representante legal, como en el caso de células, embriones y fetos.

Por la complejidad de este tipo de delitos, existen tipos en los que la masa de individuos es la afectada, produciéndose, víctimas supraindividuales, como es el caso del empleo de armas biológicas; pero en ciertas conductas que comportan la alteración de genoma, por citar un ejemplo, existirá siempre una víctima individualizada, con anterioridad a la existencia de las víctimas supraindividuales. A pesar de ello, en los delitos de manipulación genética, no se presenta una desindividualización absoluta de las víctimas, como pudiera ser calificado por los contrarios a la protección de este tipo de víctimas, pues, en conductas como la utilización de armas biológicas, si bien se daría la afección del aspecto supraindividual, las víctimas supraindividuales, producidas por la realización del injusto, pueden ser incluso cuantificadas; en cambio, en las otras conductas típicas, se puede apreciar que el tamiz principal es la víctima individual, objeto de estas técnicas; esta última consideración, a de tenerse en cuenta como secundaria en relación a lo ya expuesto sobre el equilibrio entre las dimensiones individual y supraindividual, que ya se ha reiterado en varias ocasiones.

En el caso de los OMGs se presenta una problemática diferente, si bien no consta como delito la producción de transgénicos en especies y en plantas, se puede ver que la mala aplicación de la técnica o los resultados nocivos que de ellas se desprenda, pueden perjudicar a la planta o animal, y luego, la afectación se daría a la especie animal o vegetal. Con los animales transgénicos, no se puede afectar a la especie animal hasta la segunda generación, es decir, hasta que esta se reproduzca, situación que facilita su restricción de existir alguna anomalía en el animal. Pero, en el caso de las plantas transgénicas, se puede contaminar el medioambiente y a otras plantas por efectos ambientales, como el viento que permite la polinización en las plantas. En todo caso, tratándose de transgénicos, se estaría a la observación de la afección producida en los ecosistemas, si se ve alterada la

flora o fauna concreta, se derivaría conjuntamente, un delito contra el medioambiente. Dentro de los OMGs, la víctima se vuelve más indeterminada como es el caso del animal o planta que sufre la modificación genética y, por ende, su respectiva especie, alterando en un estadio final a un ecosistema determinado y como otra víctima, se tendría a los consumidores de dichos alimentos.

De realizarse transgénesis entre especies, existirían víctimas inanimadas e individuos concretos, afectándose con ello a la especie humana y a la especie animal, y desde luego, la presencia de víctimas individuales, los consumidores afectados por los productos transgénicos.

## **7. ANÁLISIS DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA CON RELACIÓN A LAS TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN: DELITO DE PELIGRO (ABSTRACTO-CONCRETO) Y PELIGRO-LESIÓN**

Como bien señala Mir Puig<sup>805</sup>, de la valoración positiva de un bien jurídico, se desprenden valoraciones más concretas, *la lesión del bien jurídico* se constituye en una valoración negativa. Si dicha lesión realiza la parte objetiva de un tipo de delito supondrá, por una parte, la valoración negativa de la conducta peligrosa que lo cause y, por otra parte, la valoración negativa del resultado de lesión (conforme a los parámetros de la Teoría de la imputación objetiva).

Es sabido que los delitos relativos a la manipulación genética, contienen un alto grado de complejidad y se sitúan dentro de las nuevas conductas delictivas emergentes por los avances científicos y tecnológicos. El

---

<sup>805</sup> Vid. en «Valoraciones...», en «La ciencia...», p. 83.

legislador emplea ante estas nuevas formas de criminalidad, *la técnica del delito de peligro (concreto y abstracto)*, al igual que la *técnica de delitos de lesión*, con las que se conjugan las anteriores, sin embargo, en el Código Penal se hace referencia primordialmente *al resultado de lesión de las conductas*, dentro de los delitos de manipulación genética.

La técnica de delitos de peligro abstracto empleada por el legislador<sup>806</sup>, es discutida en cuanto, no se da una lesión del bien jurídico-penal, sino una puesta en peligro del bien, y así se infringe *el principio de lesividad* con repercusiones en el injusto material. Se da como consecuencia de la técnica del delito de peligro, el *adelantamiento de la barrera de protección*, a la vez que se produce en este ámbito, uno de los principales problemas para su debate y cuestionamientos con el fin de no aceptar los delitos de peligro<sup>807</sup>.

Con referencia, a los delitos de peligro (concreto y abstracto) y los delitos de lesión, dentro de la manipulación genética (por el momento), se ha de observar los casos que pueden surgir, cada uno de los cuales contiene diferencias en la lesividad (afección)<sup>808</sup> del bien jurídico-penal único protegido, y de los aspectos inherentes al mismo, aquí se producen diversas consecuencias, en cuanto a la consideración de delitos de peligro abstracto, delitos de peligro concreto o delitos de resultado<sup>809</sup>.

---

<sup>806</sup> Vid. Méndez Rodríguez, «Los delitos de peligro...», pp. 129, con más detalles sobre las técnicas de tipificación de los delitos de peligro.

<sup>807</sup> Vid. Vargas Pinto, Delitos de peligro abstracto y resultado Determinación de la incertidumbre penalmente relevante, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 38 ss. sobre la tutela anticipada de los bienes jurídico-penales, no es aceptable reconducir todo resultado penalmente relevante a la lesión de bienes jurídico-penales.

<sup>808</sup> En este sentido, vid. Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», pp. 22 ss., hace referencia a la afectación del bien, como lesión del mismo.

<sup>809</sup> Vid. Lorenzo Capello, El resultado en Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 167 ss., alude a la confusión que se puede presentar al identificar la lesión y la puesta en peligro del bien jurídico; Alcácer Guirao, ¿Lesión del bien jurídico o lesión

Como se conoce la modalidad de ataque aceptada, es de *delitos de lesión-peligro*, donde la conducta lesiona el bien jurídico supraindividual y pone en peligro al bien jurídico individual. Sin embargo, surgen divergencias, en algunos delitos como es el caso de los relativos a la manipulación genética, donde el proceso de ataque se presenta de forma distinta, teniéndose que la conducta típica, afecta previamente la dimensión individual del bien jurídico-penal único y pone en peligro la dimensión supraindividual del bien jurídico, esta situación produce una nueva problemática, a la cual se ha respondido con la existencia de los *delitos peligro-lesión*, porque se da un peligro para el bien jurídico-penal único de dimensión supraindividual y la lesión efectiva a la dimensión individual, es decir, el proceso *inverso* del anterior<sup>810</sup>.

Dentro de la primacía que se otorga en la línea de ataque a los bienes jurídico-penales supraindividuales frente a los individuales, el primer lugar lo ocupan los bienes jurídico-penales supraindividuales, tanto en la modalidad lesión-peligro, como en la de peligro-lesión. Esta diferenciación carece de fundamento, pues, como se ha visto en el caso del bien jurídico-penal en manipulación genética está conformada por dos dimensiones: individual y supraindividual, que conforman el único bien. En este sentido, se puede considerar que los delitos de peligro-resultado, se tornarían en *delito de lesión-peligro inversa*, al invertir la línea de ataque de las dimensiones del bien jurídico-penal único.

---

del deber? Apuntes sobre el concepto material del delito, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 33 ss. con un amplio estudio sobre la lesión del bien jurídico.

<sup>810</sup> Vid. Vargas Pinto, «Delitos de peligro...», pp. 135-155, al referirse a las perturbaciones que sufren los bienes jurídico-penales colectivos y a sus manifestaciones (lesión y peligro), manifiesta que es la forma abstracta e indeterminada de estos bienes las que marcan la diferencia en la forma de perturbación y de tutela; cita como ejemplo, el peligro del peligro en los bienes jurídicos colectivos con referencia a bienes jurídico individuales, debido al adelantamiento de la barrera de protección.



A partir de lo expuesto con respecto a las valoraciones más concretas, a continuación se realiza un análisis muy breve de los delitos de manipulación genética, en cuanto al resultado de lesión y peligro para el bien jurídico-penal que importan estas conductas.

## **7.1. LA AFECTACIÓN DE LA DIMENSIÓN INDIVIDUAL Y PELIGRO DE LA DIMENSIÓN SUPRAINDIVIDUAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO**

### **7.1.1. CLONACIÓN REPRODUCTIVA Y SELECCIÓN DE RAZA (ARTÍCULO 161.2)**

Se lesiona la dimensión individual (libre e igualitario desarrollo de la identidad del ser humano –clonación-, libre e igualitario desarrollo genético del ser humano –selección de raza–) y se pone en peligro (mero) la dimensión supraindividual del bien jurídico–penal único (libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia), en este caso la lesión subsume al peligro, mientras no haya reproducción.

### **7.1.2. REPRODUCCIÓN ASISTIDA SIN EL CONSENTIMIENTO (ARTÍCULO 162)**

Con esta conducta se lesiona la dimensión individual, la libertad de procreación como mecanismo para el desarrollo de las especies y su supervivencia, y se pone en peligro la dimensión supraindividual del bien jurídico penal–único.

## **7.2. PELIGRO PARA LA DIMENSIÓN SUPRAINDIVIDUAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO**

### **7.2.1. ALTERACIÓN DEL GENOTIPO (ARTÍCULO 159.1)**

Si se da la manipulación del genotipo; pero no se produce la reproducción, se lesiona la dimensión individual del bien jurídico único y se pone en peligro al bien jurídico único de carácter supraindividual.

### **7.2.2. ARMAS BIOLÓGICAS (ARTÍCULO 160.1)**

Si se producen armas biológicas exterminadoras de la especie humana, se cumple el tipo únicamente con la fabricación (resultado-lesión), con lo que se pone en peligro al bien jurídico-penal único, el libre e igualitario desarrollo las especies y su supervivencia.

## **7.3. AFECCIÓN A LA DIMENSIÓN SUPRAINDIVIDUAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO**

Aunque no consta dentro del tipo, en el caso de que se diera el empleo de las armas biológicas, se lesionaría al bien jurídico-penal único y se estaría aquí ante un delito de resultado.

### **7.3.1. FECUNDACIÓN DE ÓVULOS CON FINES NO REPRODUCTIVOS (ARTÍCULO 161.1)**

Se lesionaría el aspecto dentro de la dimensión individual del bien jurídico único: la procreación humana para el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia.

## **7.4. AFECCIÓN DE LA DIMENSIÓN INDIVIDUAL Y SUPRAINDIVIDUAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO**

### **7.4.1. ALTERACIÓN DEL GENOTIPO (ARTÍCULO 159.1)**

Se cumple con la conducta típica: alterar el genotipo, si se consigue la reproducción, y si la manipulación del genotipo con las técnicas señaladas conlleva una lesión del individuo por nacer o ya nacido, se afectaría al embrión humano o al nuevo ser, como dimensión individual. En consecuencia se produce un delito de lesión, por existir una afectación material a la dimensión individual y a la supraindividual del bien jurídico-penal único.

### **7.4.2. CLONACIÓN REPRODUCTIVA Y SELECCIÓN DE RAZA (ARTÍCULO 161.1.)**

En el mismo caso, si hay reproducción estamos ante la lesión de las dos dimensiones de bien jurídico-penal único: individual y supraindividual, siendo un delito de lesión.

## **8. CRITERIOS PARA RESTRINGIR EL TIPO**

Dentro del planteamiento sobre restricción del tipo, se considera como término general, que una restricción dependerá de un *análisis pormenorizado en cada caso*, al respecto, se deja sentado algunos criterios para ello, en estas dos alternativas:

1. Se acogen los postulados señalados por Corcoy Bidasolo<sup>811</sup>, y se puede considerar, que sino se produce la reproducción del individuo, cuyo genotipo ha sido modificado, no se afecta al bien jurídico-penal supraindividual, así se restringe el tipo.

2. De la valoración del bien jurídico-penal único, el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia, y de los diferentes aspectos que lo componen, se puede tener en cuenta las siguientes posibilidades:

– Si se *afecta a uno de los aspectos*, se entiende afectado el bien jurídico-penal único (amplio).

– La *lesión de uno de los aspectos* del bien jurídico-penal único, en su dimensión individual no basta; así si no hay reproducción, en unos casos no se puede efectuar la lesión al bien jurídico-penal-único (restrictivo), pero producirá un resultado de peligro para bien jurídico-penal-único, como en el caso de la producción de armas y la alteración del genotipo.

## **9. LA FUNCIÓN MERAMENTE SIMBÓLICA DEL DERECHO PENAL**

En la actualidad, se reprocha al legislador el acudir a efectos simbólicos, a la vez que emplea el Derecho penal con fines de calmar los temores de la sociedad ante los nuevos riesgos existentes; además de este motivo, se consideran otros intereses del legislador ante la introducción de normas

---

<sup>811</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», pp. 165 ss.

penales simbólicas, como es brindar una imagen de preocupación por el bienestar ciudadano ante la sociedad, intenciones electorales, entre otras<sup>812</sup>.

El fenómeno ha adquirido en los últimos tiempos, un matiz inquietante y se ve presente en las reformas legislativas que se dieron recientemente en Europa, sin dejar de lado, que los organismos internacionales y europeos, cada vez están acudiendo al Derecho penal, con el fin de solucionar diferentes conflictos<sup>813</sup>.

Con respecto a esta situación, Silva Sánchez<sup>814</sup> considera, desde una perspectiva empírica, que las funciones del Derecho penal en el conjunto de la sociedad, se sitúan como una función ético-social, una función simbólica y una función de satisfacción de necesidades de psicología social. Respecto a los aspectos simbólicos o retóricos, expresa que se dan en prácticamente todas las manifestaciones de la legislación penal, lo problemático en si no es el elemento simbólico, sino su carácter absoluto dentro de disposiciones que son incapaces de cumplir directamente con la finalidad de protección de bienes jurídicos (función instrumental), se limitan a desplegar tal efecto que por ello, resulta elevado a la categoría de función exclusiva, que a la larga, ocasiona la pérdida de fiabilidad y de la función de protectora del Derecho penal. Las disposiciones con una exclusiva función simbólica son ilegítimas y deben desterrarse del Ordenamiento jurídico.

---

<sup>812</sup> Vid. en este sentido, Peris Riera, «La regulación...», pp. 300 ss. Cuesta Pastor, «Delitos obstáculo...», p. 31, entre otros.

<sup>813</sup> En este sentido Vid. Díez Ripollés, «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», AP, t. I, 2001.

<sup>814</sup> Vid. en «Aproximaciones...», pp. 300 ss.

Roxin<sup>815</sup>, confirma que dado a que todas las leyes penales tienen un impacto simbólico más o menos grande, por el deber que tienen de operar en la formación de la conciencia de la población, los elementos simbólicos de la legislación no son inadmisibles de forma general, depende hasta qué punto se sigue garantizando la suficiente referencia al bien jurídico<sup>816 817</sup>.

Al respecto Corcoy Bidasolo<sup>818</sup>, sostiene que la función simbólica que se presenta en estos nuevos sectores no se puede rechazar de plano, puesto que no se debe olvidar la fuerza configuradora de valores que posee el Derecho penal, al igual que las demás leyes. La eficacia preventiva general de prohibir con la amenaza de una pena, determinadas conductas es evidente. Es cierto que este nuevo Derecho penal es un mero Derecho penal simbólico en sentido negativo, cuando no se produce un proceso en el que se diluciden responsabilidades (inaplicación) o cuando es aplicado para castigar de vez en cuando conductas de esta clase, así se lesionaría el principio de justicia e igualdad. La función simbólica sería solo rechazable si fuera la única función de los preceptos penales<sup>819</sup>.

---

<sup>815</sup> Vid. DP. PE, p. 59.

<sup>816</sup> Sigue la misma línea de Roxin: Baratta, vid. «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica», en Pena y Estado, núm. 1, 1991, p. 101, considera que dentro de los fines de la pena se traduciría en afirmar que así como la prevención general negativa desarrolla su virtualidad intimidatoria, mediante un nivel admisible de función simbólica, la que representa la existencia misma del tipo penal, este nivel resulta superado por la prevención general positiva. En ella no concurre sino que prepondera la mera utilización simbólica del Derecho penal.

<sup>817</sup> Vid. Roxin, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, AAVV; «Teoría del bien jurídico...», p. 451, sobre el tema el autor da ejemplos de leyes penales simbólicas, así la protección de la tranquilidad del electorado (leyes extrapenales), la sanción a los delitos de genocidio cometidos en el pasado nacional socialista por haberse trascendido es época.

<sup>818</sup> Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», p. 200.

<sup>819</sup> Vid. en la misma línea Luzón Peña, «Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética» en «Genética y...», pp. 51 ss., se refiere a que la función únicamente simbólica del Derecho penal es contraproducente para la protección de bienes jurídicos a través de la prevención general de delitos, pero si va unido el

Dentro de los delitos relativos a la manipulación genética, que son tomados como uno de los ejemplos de la función simbólica del Derecho penal, en las nuevas reformas, llevadas a cabo en el Código Penal, se tipifican algunas conductas consideradas como de *ciencia ficción*; así, conductas como la clonación humana, que según informes científicos, hasta el momento son inaplicable, sin embargo, ello no resta que sí puedan serlo a corto plazo.

Pues, se ve claramente dentro de los delitos de manipulación genética una función meramente simbólica del Derecho penal<sup>820</sup>, a pesar de ello vale recalcar, que no se tratan de preceptos con finalidad exclusivamente simbólica, sino se debe atender al bien jurídico-penal en juego, como alude Roxin. A pesar de los esfuerzos doctrinarios por delimitar el bien jurídico-penal protegido o los bienes jurídico-penales en cada tipo y la falta de acuerdo al respecto, eso no elimina la importancia de que existan principios y valores dignos de protegerse.

Se reconoce que la regulación de los delitos genéticos ha sido precipitada, sin el aval del consenso propugnado por la Bioética, a pesar de ello, no se puede desconocer la presencia de los planteamientos que traen los temas biotecnológicos, incluso antes de la inclusión en el Código Penal, sin

---

simbolismo a la función de prevención y protección real de bienes jurídicos, el Derecho penal, no parece tan rechazable. Señala que es posible en un inicio una ineficaz aplicación por la novedad de los nuevos tipos, pero su inclusión es un paso básico e indispensable no solo para generalizar la convicción entre los ciudadanos de la grave reprobabilidad de estas conductas, sino también para calar en la conciencia de los jueces que se debe imponer las correspondientes sanciones.

<sup>820</sup> En este sentido Peris Riera, «La regulación...», pp. 130 ss. Huiguera Guimerá, «Derecho penal...», pp. 59 ss. García González, «Límites penales...», pp. 228 ss. entre otros.

olvidar que eran ya considerados como faltas graves en la ley administrativa.

Si bien el legislador actuó de una manera apresurada, como se ha mantenido, se puede justificar esta actuación, por el temor social ante los nuevos avances científicos; no se niega aquí, que las críticas realizadas a las intenciones del legislador puedan ser afanes políticos; pero debe tenerse en cuenta con base a la observación de que la función simbólica del Derecho penal vendría a la larga a menoscabar la confianza en el ordenamiento jurídico, de igual forma, en el campo que nos ocupa, la no reacción legislativa para prevenir las conductas tipificadas, podría ocasionar el mismo efecto: la desconfianza en el ordenamiento jurídico por la falta de oportuna reacción, en un terreno, en el que los avances científicos presentan una velocidad considerable. Son, precisamente, los efectos negativos de los avances científicos los que el Código Penal ha de prevenir, evitando ciertos experimentos, pues la norma penal puede desplegar toda su fuerza preventiva en este sentido Eser, considera que «no puede tratarse aquí de dar pábulo a una inocente enemistad frente a la tecnología, si no asegurarse de los posibles riesgos y correspondientes precauciones, antes de que nos deslicemos, sin darnos cuenta, hacia avances científicos que puedan mostrarse como un camino sin retorno»<sup>821</sup>.

Dentro de los planteamientos efectuados en este trabajo, se alega que en atención al bien jurídico-penal único; el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia, protegido en los delitos relativos a la manipulación genética «*sensu lato*» y a sus diferentes aspectos, no se puede hablar de la *existencia de preceptos penales con exclusiva función simbólica*, por lo tanto ilegítimos, es así que se concuerda plenamente con

---

<sup>821</sup> Eser, «Derecho penal...», p. 228.



lo manifestado por la doctrina, en párrafos anteriores; especial hincapié sobre el criterio propuesto por Roxin, en relación al bien jurídico, que por lo analizado a lo largo de estas páginas, se justifica la función meramente simbólica en los delitos relativos a la manipulación genética (no exclusiva función simbólica), y por ende al estar legitimados estos delitos con *un bien jurídico-penal* digno de protección, se cumple con el principio de intervención mínima y con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos-penales<sup>822</sup>.

---

<sup>822</sup> Vid. Romeo Casabona, «Prevención versus simbolismo en el Derecho penal de las biotecnologías», en «Estudios jurídico-penales sobre...», pp. 121, un amplio y certero análisis sobre la función simbólica dentro de los delitos de manipulación genética.

## PARTE TERCERA

# ANÁLISIS DEL CONSENTIMIENTO Y DE ALGUNOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN RELACIÓN A LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA

## CAPÍTULO VI

### APRECIACIONES SOBRE LA UBICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DENTRO DEL DERECHO PENAL

1. La Teoría del consentimiento: análisis general sobre la doctrina existente. 1.1. Análisis crítico sobre los planteamientos originales. 1.2. Análisis crítico sobre las teorías actuales. 2. El consentimiento como institución jurídica: su ubicación dentro del Derecho penal. 2.1. El consentimiento dentro de la Teoría política. 2.1.1. La historia política del consentimiento. 2.1.2. El consentimiento dentro de la Filosofía política: sus principales expositores. 2.2. Consentimiento y democracia. 2.2.1. El consenso y el disenso dentro del sistema democrático: especial referencia a la desobediencia civil. 2.2.2. Algunos apuntes sobre la democracia moderna y el consentimiento. 3. El consentimiento y su función dentro del *Ius puniendi* del Estado. 3.1. Los criterios doctrinarios generales. 3.1.1. El concepto y los principios limitadores del *Ius puniendi*. 3.1.2. Teoría de los derechos subjetivos del Estado: anotaciones puntuales sobre su desarrollo y el estado actual de su tratamiento. 3.2. La presencia del consentimiento dentro del *Ius puniendi*: argumentos a favor. 3.2.1. Argumentos de conexión: el consentimiento y su relación con la Teoría política. 3.2.1.1. El consentimiento en los inicios de la sociedad. 3.2.1.2. El consentimiento como instrumento clave dentro de la Teoría del contrato social. 3.2.1.3. El consentimiento dentro del sistema democrático: aciertos y crisis. 3.2.1.4. El consentimiento y la relación entre el Derecho y el poder. 3.2.2. El consentimiento dentro del Derecho penal: Planteamiento general de los argumentos jurídicos. 3.2.2.1. La relación entre el consentimiento y algunos principios jurídicos que limitan al *Ius puniendi* del Estado. 3.2.2.2. Justificación del consentimiento dentro del sistema penal. 3.2.3. Desarrollo de los argumentos jurídicos para delimitar el consentimiento como parte del *Ius puniendi* del Estado y su naturaleza jurídica. 3.2.3.1. Breves anotaciones técnicas a emplearse. 3.2.3.2. El consentimiento dentro de la Constitución. 3.2.3.3. Reformulación de los principios limitadores al *Ius puniendi*. 3.2.3.3.1. Los antecedentes del consentimiento y su carácter de principio extrasistémico dentro del *Ius puniendi* del Estado. 3.2.3.3.2. Finalidad teleológica de los principios del *Ius puniendi* del Estado. 3.2.3.3.3. Clasificación de los principios del *Ius puniendi* del Estado conforme a su naturaleza colectiva y a su naturaleza individual. 3.2.3.3.4. Las principales relaciones sistémicas entre los principios limitadores al *Ius puniendi* del Estado: especial referencia a la relación sobre el criterio de libertad entre los principios de culpabilidad con los de naturaleza individual. 3.2.3.3.5. La importancia

de los principios dentro del sistema penal. 3.2.3.4. Los principios de naturaleza individual y su orientación político-jurídica. 3.3. Los efectos jurídicos del consentimiento. 3.4. La relación del consentimiento con otras instituciones dentro de la Teoría del delito.

## **1. LA TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO: ANÁLISIS GENERAL SOBRE LA DOCTRINA EXISTENTE**

Hay análisis muy variados y minuciosos sobre el desarrollo jurídico del consentimiento, como también de las posturas jurídicas defendidas antaño y en la actualidad, por lo tanto, resulta reiterativo realizar un enfoque similar con pequeñas matizaciones a las aportaciones que muy eficientemente presentan algunos autores<sup>823</sup>. En su lugar, en este espacio se realizará simplemente una mención de los aspectos aportados por el desarrollo de la Teoría del consentimiento, que con posterioridad pueden fundamentar el criterio que se planteará en este trabajo con relación al consentimiento.

### **1.1. ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LOS PLANTEAMIENTOS ORIGINALES**

Inicialmente, y como es sabido, la división más célebre que se tiene sobre el consentimiento es la realizada por el alemán Geerds<sup>824</sup>, quien mantiene que existen dos clases de consentimiento: «acuerdo» y «consentimiento», cada uno con un diferenciado campo de aplicación. Como consecuencia del acuerdo procede la exclusión de la tipicidad, mientras que el consentimiento, conforme a la doctrina mayoritaria y objeto de diversos análisis y debates doctrinarios, es una causa de justificación. Esta división,

---

<sup>823</sup> Vid. De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», pp. 13 ss., con un amplio estudio doctrinal y sus respectivas críticas.

<sup>824</sup> Vid. infra, PP, cap. II, ap. 1.3.2.1.

lejos de aclarar la naturaleza jurídica del consentimiento, levanta el desacuerdo con respecto a la naturaleza y situación del consentimiento dentro del Derecho penal, amén del tratamiento particular que debe recibir este en la rama civil u otras áreas.

Históricamente, del Derecho romano se puede deducir el baremo hasta ahora empleado para limitar la eficacia del consentimiento. Los juristas romanos lejos de clasificar o dividir el consentimiento, empiezan a sistematizar casos, y así, pueden distinguir los delitos que afectan a los derechos privados, los cuales admitían el consentimiento del titular del derecho; en cambio, los delitos que afectan en sí a intereses públicos, quedan fuera del consentimiento; lo dicho, se refleja en los dos principios cuyo origen se remonta a este Derecho: «*volenti non fit injuria*» (lo que se realiza con la voluntad del lesionado no constituye delito) y el «*privatorum convenio juri publico non derogat*» (en ningún delito donde se encuentren intereses públicos se puede aceptar el consentimiento).

Sin duda, de lo anterior se desprende que, históricamente, se tienen muy claros los límites del consentimiento y, por ende, su efectividad dentro de los delitos. En la actualidad, los límites considerados por los romanos, son empleados dentro del criterio que sustenta la libertad del titular para disponer de ciertos bienes jurídicos, y la restricción a la libertad para disponer de otros bienes, que por un acuerdo unánime, en el último caso son los bienes jurídico-penales supraindividuales, mientras que en el primer caso se ubican los bienes jurídico-penales individuales<sup>825</sup>. En este trabajo,

---

<sup>825</sup> Vid. infra., PP, cap. II, ap. 1.2, sobre la problemática de los bienes en el Derecho canónico y en la Ilustración, claro indicativo de la existencia de bienes personales como la vida y la salud, que históricamente han sido muy controversiales en cuanto a su disposición, por lo que, la doctrina y la jurisprudencia se pronuncian en uno y otro sentido.

se entiende que las posteriores pronunciaciones recogen y reformulan la muy acertada doctrina romana, que como se aprecia ha sobrevenido a través del tiempo, precisamente por basarse en un contenido formal aceptable para limitar al consentimiento<sup>826</sup>.

Por su parte, las escuelas de derecho han tomado posición en relación al consentimiento; es de destacar, la frontal oposición de la Escuela Histórica que considera como algo incorrecto que el Derecho penal quede a merced de la voluntad del individuo. Sin embargo, es la Teoría liberal la cual preconiza la libre disposición del bien jurídico como parte del desarrollo del individuo, por lo que no existe lesión del bien jurídico si su titular dispone del bien, acto que conlleva a la expresión misma del desarrollo del individuo<sup>827</sup>.

Como se vio, el mayor desarrollo doctrinario sobre el consentimiento se produjo en Alemania, autores como: Zitelmann, Honing, Mezger, Von Hipper entre otros<sup>828</sup>, colaboraron notoriamente en la configuración de muchos de los aspectos que hoy forman parte de la Teoría del consentimiento en Derecho penal.

## **1.2. ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LAS TEORÍAS ACTUALES**

---

<sup>826</sup> Vid. supra, PP, cap II, ap. 1.3.1.1 y ap. 1.3.1.2, así se tiene a la Teoría de autodeterminación del titular, que en su momento sustituyó a la Teoría del negocio jurídico.

<sup>827</sup> Vid. con este criterio, Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 517.

<sup>828</sup> Vid. supra, PP, cap. II, ap. 1.3; De la Gándara Vallejo, «Consentimiento...», pp. 13 ss., como se indico, presenta un estudio amplio sobre las teorías, sobre los fundamentos de la eficacia del consentimiento como: la Teoría del negocio jurídico, la Teoría del derecho de autodeterminación del titular, la Teoría de ponderación de principios o valores, la Teoría que cuestiona el principio de unidad del ordenamiento jurídico y los principios fundadores de las causas de justificación.

Como doctrinas actuales y que participan en la sistematización del consentimiento, se encuentra la ya mencionada Teoría diferenciadora o dualista, con su división entre acuerdo y consentimiento<sup>829</sup>. A partir de aquí, se ha tratado de identificar la naturaleza jurídica del consentimiento con los dos aspectos: exclusión del tipo y/o causa de justificación, dependiendo del caso concreto. En contraposición a ello, se sitúa la Teoría unitaria, que inserta al consentimiento dentro de la Teoría del tipo, y por lo tanto, únicamente excluye la tipicidad<sup>830</sup>.

Las posturas doctrinarias emitidas entre estas dos teorías han propiciado debates continuos, y en la actualidad se mantiene la divergencia doctrinal. Por lo dicho anteriormente, la división de Geerds en su intento por sistematizar el consentimiento, produjo la confusión que se puede apreciar en cuanto a la naturaleza del mismo, razón por la cual, es lógico que no se encuentre un acuerdo doctrinal, pues, se ha intentado dotar al consentimiento de características que su naturaleza no contiene, y ante una situación creada artificial y forzosamente, el problema también se presenta en el momento de resolver casos concretos y de determinar el efecto de la disposición del titular del bien a través del consentimiento, es decir, sirviéndose de este para disponer sobre el bien jurídico.

En este trabajo, luego de varias consideraciones, se concluye que la naturaleza del consentimiento difiere completamente de ser tratada como exclusión del tipo o como causa de justificación, estos son simples efectos del consentimiento. Para iniciar con una posición sobre el tema, en un

---

<sup>829</sup> Vid. supra, PP, cap. II, ap. 1.3.2.1.4, cabe recordar las recientes aportaciones a esta teoría a cargo de Jakobs en Alemania y Luzón Peña en España.

<sup>830</sup> Vid. supra. PP, cap. II, ap. 1.3.2.2.2, ver sobre los primeros planteamientos del consentimiento dentro de la teoría del tipo y la evolución predominante de la Teoría realizada por Roxin.

sentido literal<sup>831</sup>, se entiende por *naturaleza*: «la esencia íntima de un ser»<sup>832</sup>, por ende, se trata de concretar la verdadera naturaleza del consentimiento, es decir, la esencia íntima de su ser, que doctrinariamente se encuentra en la exclusión del tipo o como causa de justificación. De esta forma, se ha planteado la supuesta naturaleza del consentimiento, y de allí, la discusión sobre delimitar si es la una, la otra o las dos; pero, se puede apreciar que en un sentido gramatical, no es la naturaleza del consentimiento la exclusión del tipo, ni la causa de justificación, pues, para verificar esta premisa, también se debe invocar semánticamente al término *efecto*, entendido como: «consecuencia de una causa»<sup>833</sup>, en este sentido, se entiende que el consentimiento produce, ocasiona un efecto, que es: la exclusión del tipo o una causa de justificación. Sin duda, al otorgarse el consentimiento por parte del titular del bien jurídico, se produce la exclusión del tipo o una posible causa de justificación; en otras palabras, el consentimiento es la causa para que se produzca una exclusión del tipo o una causa de justificación, sin ser por ello, ninguno de estos efectos la naturaleza misma del consentimiento, es decir, su esencia. Su naturaleza en sentido gramatical, es el de ser una *causa*, que lógicamente produce ciertos efectos, en este caso, efectos jurídicos. Con lo dicho se puede entender la confusión doctrinal, a raíz de la división de Geerds, que en su momento intentó sistematizar el consentimiento. Téngase en cuenta que los sinónimos de *sistematizar*, indican: organizar, estructurar, ordenar,

---

<sup>831</sup> Vid. Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 44-45, sobre los criterios de interpretación jurídica, entre los cuales consta la interpretación gramatical de la ley como la de mejor jerarquía dentro de los restantes criterios; sin embargo, este estudio se inicia con una interpretación gramatical de los términos, lejos de la tradicional interpretación de una disposición legal en concreto.

<sup>832</sup> Vid. *Diccionario español actual*, Grigalbo S.A., Barcelona, 1998, p. 653.

<sup>833</sup> Vid. *ibíd.*, p. 348.

normalizar, reglamentar<sup>834</sup>, y no significa, que se haya tratado de profundizar sobre la naturaleza jurídica del mismo o queriéndolo se derivó netamente en la sistematización del consentimiento<sup>835</sup>.

De lo anterior, se sostiene que la naturaleza del consentimiento en Derecho penal es todavía motivo de investigación y discusión, con ello, aquí se pretende realizar una aproximación a la esencia misma del consentimiento, por lo que se afirma desde ya, que en plena concordancia con lo manifestado por López Barja de Quiroga<sup>836</sup>, el consentimiento está relacionado con los problemas atinentes al *Ius puniendi* del Estado. También es de señalar que dentro de la doctrina general, es el único autor que con real convencimiento indica esta hipótesis<sup>837</sup>, la cual, se pretende analizar con la finalidad de proponer una naturaleza jurídica del consentimiento, cuyos efectos jurídicos pudieran ser la exclusión del tipo o una causa de justificación como el estado de necesidad. Una vez realizado lo descrito, se terminaría con el análisis del consentimiento y su especial presencia como consentimiento informado dentro del ámbito médico, concretamente en los delitos relativos a la manipulación genética.

---

<sup>834</sup> Vid. Diccionario de sinónimos y antónimos de la Lengua Española, ESPASA CALPE, Madrid, 1994, p. 693.

<sup>835</sup> Vid. infra, ap. 3.3, con mayor detalle sobre la naturaleza y efectos dentro de este estudio.

<sup>836</sup> Vid. «El Consentimiento...», p. 33.

<sup>837</sup> Las nuevas posiciones dogmáticas sobre el consentimiento en Derecho penal, Kessler, «Clarifying consent: Peter Westen's the Logic of consent», LP, 2006, pp. 193 ss., realiza un estudio sobre la posición de Westen, quien considera que el consentimiento es un concepto que contiene muchas implicaciones, lo que ocasiona que existan diferentes clases de consentimiento (constructivo –consentimiento de dos elementos iguales en las mismas condiciones–, informado e hipotético), y se aplica en Derecho penal para determinar la responsabilidad en los delitos, razón por la cual expresa varias cosas, en este sentido es más apropiado hablar de la Lógica del consentimiento.



## 2. EL CONSENTIMIENTO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA: SU UBICACIÓN DENTRO DEL DERECHO PENAL

### 2.1. EL CONSENTIMIENTO DENTRO DE LA TEORÍA POLÍTICA

El consentimiento no solo tiene implicaciones en el Derecho penal y en el Derecho médico, lejos de esto, se está ante un viejo concepto que ha sido adecuado y empleado por otras ramas del Derecho con el fin de explicar el desarrollo de varias instituciones. Para terminar con el análisis del consentimiento en el Derecho penal, se debe partir primeramente con un enfoque sobre la influencia del consentimiento dentro de la Teoría Política.

La Teoría Política<sup>838</sup> tiene como objetivo de estudio al fenómeno político y cuenta con varias disciplinas auxiliares. Para el caso que aquí interesa, se acude a la Filosofía política y a la Historia política<sup>839</sup> con el ánimo de

---

<sup>838</sup> Vid. Porrúa Pérez, Teoría del Estado, Ed., Porrúa, 32.<sup>a</sup> ed., México, 1999, pp. 30-31, explica que el estudio de los hechos políticos dan origen a una serie de disciplinas, que pueden ser clasificadas en dos ramas: a. Política teórica, cuyo objeto es el estudio desde diferentes aspectos del fenómeno político; b. Política práctica, la cual estudia la actividad del individuo que integra las comunidades políticas y promueven su funcionamiento. La política teórica se denomina también como: Ciencia política, Teoría política o Teoría del Estado y su finalidad es explicar científicamente el fenómeno político, al repasar sus elementos e investigar sus causas y su fundamento ético. La Ciencia política, en un sentido amplio, contiene disciplinas políticas auxiliares; entre estas se encuentran tres fundamentales: La Filosofía política, la Historia política y la Ciencia filosófico-histórica de la política o Ciencia crítica del Estado, conocida esta como Ciencia política *stricto sensu*.

<sup>839</sup> Vid. Ídem, y entiéndase como Filosofía política a la rama que estudia el fenómeno político con el fin de obtener un conocimiento filosófico del mismo; por su parte, la Historia política, estudia los fenómenos políticos que se han producido históricamente de forma sistemática, y aborda a su vez, la historia de los hechos y la historia de las ideas políticas.

realizar un recorrido sobre el inicio y el desarrollo de la idea del consentimiento<sup>840</sup>.

Como idea general, el consentimiento dentro de la Teoría Política o Teoría del Estado hace su aparición para intentar explicar el origen del Estado y justificar su poder. Entre las teorías que se manejan<sup>841</sup> se encuentran las doctrinas del pacto social, presididas por la idea rectora de afirmación que el Estado es una creación humana, una obra de la voluntad del hombre y por lo tanto, su origen se encuentra en el pacto social.

### **2.1.1. LA HISTORIA POLÍTICA DEL CONSENTIMIENTO**

Del mencionado pacto social, proviene la idea que el consentimiento para la Filosofía política está relacionada con la Teoría del contrato social, lo que se conoce como Doctrina contractualista<sup>842</sup>. Así, dentro del devenir histórico, el consentimiento sigue un esquema propio y determinado<sup>843</sup>.

En la Grecia Clásica<sup>844</sup>, los sofistas (siglo V a. C.) instituyen el criterio que el Derecho, el Estado y la sociedad tienen su origen en un acuerdo expreso por medio del cual los hombres les instituyen. En este sentido, la idea del consentimiento tiene una relevancia práctica dentro del mundo griego, con la aplicación del sistema democrático por parte de Pericles.

---

<sup>840</sup> Vid. Vallés, *Ciencia Política: Una introducción*, 5ª edic., Ariel, Barcelona, 2006, *passim.*, con un estudio más detallados sobre política, sociedad y Estado.

<sup>841</sup> Vid. Porrúa Pérez, «Teoría...», pp. 410-411.

<sup>842</sup> En este sentido, vid. Pelayo González-Torre, *Consentimiento, Democracia y obligación política*, Colex, Madrid, 1994, p. 27.

<sup>843</sup> Vid. entre otros: *ibíd.*, pp. 27-68, con un amplio estudio, resumido en estas páginas; Porrúa Pérez, «Teoría del...», pp. 90 ss.

<sup>844</sup> *Ibíd.* pp. 27-30.

Entre los pensadores romanos<sup>845</sup>, Cicerón quien sigue a Aristóteles en la idea de considerar que el Estado surge paulatinamente mediante las formas más insipientes de asociación humana, como es la familia. Pero, el filósofo romano emplea el término *iuris consensu*, para referirse a una multitud asociada por un mismo derecho (*iuris consensu*) que sirve a todos por igual, lo que se interpreta que el Estado es una asociación de ciudadanos congregados en torno al consentimiento de la Ley, así, se identifica al consentimiento como una actitud automática por la cual los individuos se someten a la Ley.

En la edad media<sup>846</sup>, se produce un predominio de los intentos por justificar el origen del poder popular, para ello, se tiene como fundamento el *Corpus Justiniano* y las enseñanzas de la Iglesia. Dentro de este marco, a pesar de que se habla de un cierto pacto entre los súbditos y los reyes, para legitimar el poder del soberano a cambio de mantener y respetar los derechos del pueblo llano, en general, el papel del consentimiento, tanto en las relaciones de sometimiento como comunitarias, presenta un radio de autonomía muy escaso.

A inicios de la edad moderna<sup>847</sup>, irónicamente se continúa por parte de los monárquicos católicos, con la labor de justificar el poder del rey en el consentimiento del pueblo, requisito necesario para someter a los súbditos al poder del monarca y evitar un levantamiento, de esta inclinación, es importante la subsiguiente idea, si el poder se deriva del consentimiento del pueblo, este legitimaría también un levantamiento contra el monarca injusto. Sin embargo, a pesar de este juego concedido al consentimiento, la idea del mismo se presenta bastante limitada. A pesar de todo lo indicado,

---

<sup>845</sup> *Ibíd.* pp. 31-32.

<sup>846</sup> *Vid. ibíd.* pp. 33-41.

<sup>847</sup> *Vid. ibíd.* pp. 41-47.

una aportación vital de la época se encuentra en el ámbito anglosajón, Hooker, en su obra: «The Laws of Ecclesiastical Polity», desarrolla por primera vez una teoría contractual, la misma que produce una clara influencia en la obra de Locke. Hooker, sostiene que el origen del Estado ofrece un doble aspecto, por un lado natural y por otro artificial, y termina con proponer conceptos de consentimiento expreso y tácito, que posteriormente serán retomados por Locke; aunque el autor no profundizó demasiado en sus enunciados, dejó latente la idea del consentimiento en el ámbito político.

En el siglo XVII<sup>848</sup>, el consentimiento da un giro sumamente importante, pasa de ser un medio de justificación de las monarquías absolutas a proclamar la defensa de los derechos individuales y de las libertades de los individuos frente al Estado. Es así que para la Teoría política, esta época conlleva a un florecimiento fecundo de las teorías contractualistas, las cuales sustentan al consentimiento como origen de la autoridad política. Sin duda, la aparición de autores como: Locke, Pundendorf, Grocio, Hobbes, entre otros, introducen la idea de derecho como una creación libre de los hombres. Entre lo más destacado en ese momento es la idea de individualismo, clave para entender la nueva forma de concebir el pensamiento, que los derechos naturales propuestos por varios autores, son derechos típicamente individuales, pensados en relación a personas individuales y por ende el consentimiento se puede otorgar también por personas aisladas, ya no únicamente tomadas en cuenta desde una óptica de comunidad, lo que confluye en la premisa que son las personas aisladas los sujetos principales en las relaciones políticas. Esta tendencia, puede decirse que es el proceso de individualización aplicado en Teoría política.

---

<sup>848</sup> Vid. *ibíd.* pp. 47-57.

Una mención aparte se daría a los precedentes del consentimiento democrático<sup>849</sup>, al respecto, durante el mismo siglo XVII en el que otro autor contractualista: Rousseau, consolida un nuevo cambio cuantitativo y conecta al principio del consentimiento con conceptos como soberanía popular, participación política o democracia directa. El autor, preconiza la posibilidad de practicar una democracia directa, al sustentar su tesis precisamente en que la soberanía no puede ser representada, y si la gente no ratifica personalmente, el acto es nulo e inválido; es así que esta afirmación presenta una nueva lógica dentro del consentimiento. Con la aparición de Rousseau en la doctrina política se inicia una vasta discusión sobre los más diversos temas que componen las bases de la democracia que van desde el sustento de la soberanía hasta la participación igualitaria de hombres y mujeres, a través del derecho al voto, dentro de la democracia directa.

Finalmente, en la actualidad, la Teoría del consentimiento relacionada con las ideas de soberanía popular y participación política presenta problemas al relacionarse con las modernas democracias; así, que deja de conjugarse únicamente con la libertad política, con los procesos electorales, con la participación en la toma de decisiones públicas, para ser visto, por una parte, como un acuerdo generalizado entre la mayoría de los ciudadanos, respecto de las características más generales de la organización política, y por otra parte, y como una crítica al modelo, que comienza a verse afectado por los argumentos relativos a la apatía y a la ignorancia política de la mayoría de los ciudadanos, en relación al acuerdo general de los ciudadanos de disfrutar de mayores cuotas de bienestar social y económicas, por lo tanto, este interés genera en los ciudadanos, la disposición de apoyar y consentir en los regímenes que otorguen estas

---

<sup>849</sup> Vid. *ibídem.*, pp. 57-65.

condiciones. Autores, como Atiyah, Rawls, entre otros, estudian estos factores relacionados con la crisis de las formas fuertes del consentimiento en la práctica política<sup>850</sup>.

### **2.1.2. EL CONSENTIMIENTO DENTRO DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA: SUS PRINCIPALES EXPOSITORES**

El pensamiento político en los siglos XVII y XVIII, se ve enriquecido y marcado por la presencia de dos corrientes doctrinarias, de indiscutible contribución dentro de la Ciencia política. Por un lado, se tiene a los postulados provenientes de la Escuela de Derecho natural, que obtienen conclusiones mediante la observación y descripción de hechos políticos concretos, y por otra parte, nace la Escuela de Derecho Natural Racionalista, la cual fundamenta sus principios exclusivamente en la razón, característica que es elevada a categoría de norma fundamental de la conducta humana. Esta Escuela fue llamada a finales del siglo XVIII como Escuela de Derecho Natural de la Ilustración y cuenta entre sus figuras más importantes a Hobbes, Locke, Rousseau, Puffendorf, Thomasius y Kant. En

---

<sup>850</sup> Vid. *ibíd.*, pp. 479 ss. al margen de lo que se refiere al consentimiento y los problemas en la práctica política, la crisis que presenta el Estado actual, se aparta de la concepción formalista del Estado, que considera como un puro fenómeno jurídico, por lo que se sostiene que la crisis del Estado implica una crisis en su aspecto social y en su aspecto jurídico, y en sí la crisis del Estado obedece a la pérdida de la confianza en la validez de las ideas políticas que dieron vida y sostuvieron a los tipos de Estado que se han desarrollado históricamente, la última concepción del Estado moderno, corresponde al modelo de Estado liberal, cuya característica principal es el considerarlo formado para el servicio exclusivo del individuo, y entre sus principios se encuentra el sufragio universal, los partidos políticos, la presencia de grupos de presión, y un sistema democrático sólido; sin embargo, este modelo se encuentra con dificultades y crisis constantes; vid. *infra*, PT, cap. VI, ap. 3 ss, se volverá sobre el tema al analizar el consentimiento dentro del *Ius puniendi*

términos generales esta Escuela hace un considerable acercamiento a la idea de que el Estado es el resultado de la actividad humana<sup>851</sup>.

De los autores citados anteriormente y pertenecientes a dicha Escuela, tres de ellos Hobbes, Locke y Rousseau, son considerados como las principales figuras dentro de la denominadas Teorías contractualistas<sup>852</sup>, estas teorías, junto con otras, han tratado de examinar el origen filosófico del Estado y de justificar su poder<sup>853</sup>. Las Teorías contractualistas, en general, funcionan dentro de las premisas del contrato social y del pacto para la creación del Estado, en donde el consentimiento tiene un papel relevante.

En un resumen muy escueto de los principales criterios planteados por los autores más destacados, se inicia con Hobbes<sup>854</sup>, el autor del «El Leviatán», obra publicada en 1651, quien considera que como freno a la violencia nacida del ejercicio del poder por definición ilimitado, solo puede ser eficaz un poder sin límites, ello quiere decir, que en la instauración de la sociedad política (*commonwealth civitas*) del Estado, los ciudadanos de común acuerdo, se despojan completamente de su poder individual y lo transmiten a la autoridad pública.

Entre los pensadores políticos, Locke es considerado como el artífice intelectual de la revolución que transformó el absolutismo político de su país Inglaterra, en una monarquía parlamentaria. También se le atribuye influencia en hechos históricos y políticos de gran relevancia como la

---

<sup>851</sup> Vid. Porrúa Pérez, «Teoría...», pp. 92-93, el autor crítica en sentido general la posición de la Escuela, y considera que el peor fallo es considerar a la actividad creadora como algo artificial, y la atribución que se hace al hombre primitivo, inventor consciente del Estado de cualidades que son propias del hombre que vive en sociedad y que ha adquirido estas cualidades por un proceso de histórico largo.

<sup>852</sup> Vid. *ibíd.*, pp. 91-95.

<sup>853</sup> Vid. *ibíd.*, pp. 409 ss., con mayor detalle sobre el origen Estado y sus teorías.

<sup>854</sup> Vid. AA. VV., *Historia del pensamiento político*, 2.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1992, p. 59.

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América del Norte y las raíces ideológicas del liberalismo revolucionario francés del siglo XVIII. Con su «Ensayo sobre el Gobierno Civil» en 1690<sup>855</sup>, Locke establece la fórmula liberal del Estado moderno<sup>856</sup>, por ende, en Europa, la noción de consentimiento luego de la obra del autor es sustraída de los planteamientos más conservadores y se asienta en el pensamiento liberal<sup>857</sup>.

Al igual que los pensadores contractualista, Locke se refiere a un primitivo estado de naturaleza, en donde los hombres se encuentran en un perfecto estado de libertad para disponer de sus bienes, sin tener que pedir consentimiento a otros hombres, únicamente actúan conforme a la ley natural, esta ley es la razón, la cual establece que ningún hombre debe hacer daño a los demás, por el uso de los bienes naturales como la vida, salud, libertad y posesiones. Este criterio se deriva de la igualdad e independencia deducido por la razón y que es fundamental en los seres humanos<sup>858</sup>.

En sí, la Teoría del consentimiento en la obra de Locke se ve reflejada, dentro del mismo origen de la familia, pues, el matrimonio es un acto voluntario, como también dentro del origen de la comunidad política y el medio por el cual el gobierno tiene la capacidad de hablar de obligaciones y de obediencia a los ciudadanos. En resumen, este paso del Estado prepolítico a la comunidad política, se establece en base al consentimiento, que para Locke es histórico y racional. Así como también, el contrato establecido es una forma de proteger a los derechos liberales que Locke

---

<sup>855</sup> Vid. otras obras del autor con relación al consentimiento: *Social Contract*, Oxford University Press, London, 1960, pp. 3-206; *Two Treatises of Government*, Cambridge at the University Press, Cambridge, 1963, *passim*.

<sup>856</sup> Vid. AAVV, «Historia...», p. 65; Porrúa Pérez, «Teoría...», p. 93.

<sup>857</sup> Vid. Pelayo González-Torre, «Consentimiento...», p. 121.

<sup>858</sup> Vid. Porrúa Pérez. «Teoría...», p. 93.



anuncia: vida, libertad y propiedad y, por su lado la sociedad tiene la facultad de ejercer el derecho de rebelión<sup>859</sup>.

Finalmente, Rosseau, con su obra más importante. «El Contrato Social» (1762), crea una doctrina que influyó en la revolución francesa de 1789, al igual que los demás contractualistas, el autor parte de que en la edad primitiva el hombre vivía libremente en armonía con la naturaleza como un noble salvaje, y a raíz del cultivo de la tierra, el nacimiento de la cultura, surge la propiedad y la desigualdad entre los seres humanos, y para recuperar la libertad perdida, los individuos se pusieron de acuerdo en crear artificialmente la sociedad política, en donde la soberanía no es depositada en un grupo de hombres (contrario a Hobbes), sino en la comunidad, su expresión emanará de la voluntad del pueblo o voluntad general, y lo que de allí se consiga, es la verdad política. El criterio de voluntad del pueblo o voluntad general ha tenido una repercusión extraordinaria dentro de la doctrina política y llega hasta hoy con un valor dogmático indiscutible<sup>860</sup>.

## **2.2. EL CONSENTIMIENTO Y LA DEMOCRACIA**

En estas líneas para escribir sobre Democracia, únicamente se hará relación a los aspectos en los que medie el consentimiento. Como es conocido, la democracia actual tiene sus orígenes en la antigua Grecia, y esta Institución se ha visto enriquecida por insignes pensadores, sin dejar de lado, los hechos históricos que marcaron pautas importantes en la formación de los estados dentro del sistema democrático.

---

<sup>859</sup> Vid. Pelayo González-Torre, «El Consentimiento...», pp. 71 ss.

<sup>860</sup> Vid. Porrúa Pérez, «Teoría...», pp. 95-97; AAVV. «Historia...», pp. 72-76.

En la actualidad<sup>861</sup>, uno de los principales tópicos se centra en la discusión sobre las clases de democracia existentes, así por un lado, la democracia directa, conocida como la democracia de los antiguos, en donde el pueblo ejerce el poder directamente, y por otra parte, la democracia indirecta, en esta clase de democracia el poder es ejercido a través de representantes elegidos por el pueblo, esta es la democracia de las sociedades actuales, cuyo matiz particular de democracia directa, se encuentra exclusivamente con la participación del pueblo en un referéndum.

La democracia directa y la democracia representativa comparten el principio de legitimidad<sup>862</sup>, por el cual, el poder es aceptado como legítimo y por ende, debe ser obedecido. De esta afirmación se desprenden dos principios fundamentales: el principio de legitimidad ya mencionado y el principio de obediencia. Sobre el principio de legitimidad del poder, se dice que descansa en última instancia en el consenso de quienes son sus destinatarios, como también de aquel por el cual es legítimo el poder que deriva de la superioridad de quien lo detenta (según diversas teorías puede ser natural o sobrenatural). En el primer caso, se está ante un poder ascendente, y en el segundo caso, ante un poder descendente, tanto la democracia directa o la indirecta reconocen su poder de una forma ascendente; sin embargo, la diferencia está marcada por la forma en que se otorga este poder, es decir, en el poder ascendente, el consenso se expresa sin mediaciones, mientras que el poder descendente, el consentimiento se hace a través de intermediarios que actúan en diferentes niveles a nombre y representación de quienes están en la base de la pirámide<sup>863</sup>.

---

<sup>861</sup> Vid. Bobbio, Norberto Bobbio: el filósofo y la política (Antología), Fernández Santillán (comp.), Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 226.

<sup>862</sup> *Ibíd.*, p. 230.

<sup>863</sup> Nino, *Ética y Derecho Humano*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 378, el autor en relación a la democracia y al consentimiento de los gobernados, realiza una interesante aclaración

Durante la lucha de ideas políticas que se han desarrollado a través de la Historia, en la Época Contemporánea, la contraposición entre liberalismo y democracia tiende a desaparecer<sup>864</sup>, los regímenes democráticos cada vez son interpretados como la continuación de los Estados liberales, y en la actualidad, no existen Estados democráticos que no sean liberales. Las ideas democráticas y liberales se han entrelazado de tal manera, que se considera que del reconocimiento de los derechos liberales son un presupuesto necesario para el ejercicio de la participación ciudadana, y a su vez, el mayor empleo de la participación se ha convertido en el principal remedio contra la subversión de los principios del Estado liberal, hasta el punto de considerarse que la libertad y la democracia caminan juntas, y cuando caen, también caen juntas<sup>865</sup>. Junto a estas dos ideas, se une la idea de igualdad sustancial, en reemplazo de la puramente formal o jurídica, esta fue defendida por los movimientos socialistas que se opusieron tanto al liberalismo como a la democracia y originaron un nuevo concepto, el de

---

sobre el alcance del consentimiento y de la aprobación, así el consentimiento a diferencia de la aprobación, no implica prestar acuerdo a la obligación o responsabilidad que estén adscritas a cierta clase de actos, solo es necesario que se ejecute uno de ellos conociendo que este acarrea esa obligación o responsabilidad, como ejemplo se tiene que quien comete un delito probablemente desaprobará la pena a la que se le puede someter, sin embargo, consiente en asumir la respectiva sanción penal. Con ello se explica que la participación en el proceso democrático, aun para expresar desaprobación, puede en sí misma implicar el consentimiento hacia el resultado de ese proceso, así la democracia sería la única forma de gobierno que garantiza que su producto (leyes, etc.) sea consentido por aquellos a quienes se aplica.

<sup>864</sup> Vid. *ibíd.*, p. 232, en el pasado, las ideas liberales y democráticas se mostraron como doctrinas opuestas, en el Estado liberal, se produce el predominio de los derechos de libertad, lo que dio paso a los derechos políticos, con lo cual este tipo de Estado cambia paulatinamente hasta llegar al sufragio universal, tanto masculino como femenino, mientras que en un Estado democrático, los individuos gozan de las libertades llamadas negativas y de las libertades positivas, por lo que participan directa e indirectamente en los asuntos públicos. En la actualidad, hay razones históricas fundamentales para considerar la necesidad de estas dos características dentro de un mismo Estado: por un lado, la participación democrática es necesaria para salvaguardar las libertades civiles, y por otro, la protección de los derechos de libertad es necesaria para una correcta y eficaz participación.

<sup>865</sup> Vid. *Ídem.*

democracia social, puesta en práctica y defendida por los partidos socialdemócratas o laboristas desde la segunda mitad del siglo XIX hasta nuestros días<sup>866</sup>.

Es interesante la particular definición que se ha dado sobre la democracia y que interesa desde el punto de vista que se tomará en este Trabajo, en este sentido Hayek<sup>867</sup>, escribió que el mayor abuso que se puede hacer de la definición de la democracia es el no referirla *a un procedimiento para alcanzar el acuerdo sobre una acción común*, y a cambio llenarla de un contenido sustancial que prescriba cuáles deben ser los fines de esta acción.

De regreso a las teorías contractualistas<sup>868</sup>, las cuales son un referente constante para los defensores de la democracia como sistema, en primer lugar se destaca, que un régimen democrático nace por el pacto de no agresión puramente negativo entre individuos y grupos en conflicto, se logra así, un compromiso recíproco de excluir el uso de la fuerza en sus relaciones. En un segundo momento, se tiene un pacto positivo a partir del cual los mismos participantes acuerdan llegar a soluciones pacíficas en futuras controversias. El pacto debe ser garantizado contra posibles violaciones futuras, por ende, se debe respetar lo acordado incluso con el uso de la fuerza. Sin duda, este poder común característico de los gobiernos democráticos cuando el pacto que lo origina prevé que debe ser limitado por los derechos inviolables de la persona y que se ejerza el máximo de participación, y por consiguiente con el consenso de los involucrados.

---

<sup>866</sup> Vid. *ibíd.*, 235.

<sup>867</sup> Vid. cit. por Bobbio, *Ídem*.

<sup>868</sup> Vid. *ibíd.*, pp. 234-236.

Con lo expuesto queda claro que en el concepto de democracia actual<sup>869</sup>, se encuentra presente el consentimiento, tanto en la diferenciación entre democracias directas y democracias indirectas, en donde el procedimiento del consentimiento actúa como parámetro para su estudio. Así también la participación ciudadana en los ideales democráticos, teniéndose que toda participación incluye consentimiento. De igual forma, dentro el pacto de no agresión contiene el consentimiento de los involucrados en el proceso.

Finalmente, para terminar con la cuestión relativa al sistema democrático y el consentimiento, se debe mencionar dos de los principios fundamentales dentro de la democracia: a. La participación<sup>870</sup>, es un concepto que ha generado una Teoría propia, en lo primordial y en relación con el consentimiento, la propia idea de consentimiento trae consigo el pormenor de que son los participantes quienes consienten en su gobierno, lo que se relaciona directamente con la obligación política en cuanto, son los ciudadanos quienes consienten en su gobierno y las leyes, a los cuales tienen la obligación de obedecer y b. La regla de la mayoría<sup>871</sup>, específica que especialmente dentro de las democracias occidentales es crucial su aplicación principalmente para la elección de las autoridades que detentaran el poder y tomarán las decisiones que involucran a toda la comunidad.

---

<sup>869</sup> Vid. *ibíd.*, 237, existen en la actualidad diferentes grados de democracia y esto depende de varias razones vinculadas a la historia y a la sociedad de cada país, entre esto se debe considerar, razones históricas, sociales, económicas y políticas, lo que genera sociedades con un mayor nivel de democracia, y sociedades que poseen solo algunos requisitos de democracia.

<sup>870</sup> Entre muchos autores que tratan el tema: vid., Nelson, *La Justificación de la democracia*, Ariel S.A., Barcelona, 1986, pp. 53 ss.

<sup>871</sup> Vid. entre otros con un estudio amplio sobre el tema: Bobbio, «La regla de la mayoría: límites y aporías», en «Norberto Bobbio: el...», pp. 254 ss.

### **2.2.1. EL CONSENSO Y EL DISENSO DENTRO DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO: ESPECIAL REFERENCIA A LA DESOBEDIENCIA CIVIL**

De la frase: «*Democrazia vuol dire dissenso*»<sup>872</sup> se puede tener una apreciación muy cercana de la estructura del sistema democrático en su fondo, es así que se considera con mucha lógica que la democracia es un juego entre el consenso y el disenso; por lo tanto, la democracia como sistema político presupone el disenso y el consenso sirve para establecer las reglas de competencia que se deben seguir. De esta manera, se puede entender a la democracia como disenso, competencia y competición y, precisamente, el sistema democrático encuentra un correcto equilibrio entre el disenso y el consentimiento<sup>873</sup>.

En términos generales, toda democracia admite, al mismo tiempo, el consenso y el disenso para establecer las reglas de juego. En la sociedad compleja actual, es imposible llegar a un consenso unánime, razón por la cual la presencia del disenso es elemental dentro del sistema y es precisamente el mismo consentimiento que da paso a que los ciudadanos libres puedan consentir (disenso que comúnmente se conoce con el nombre de oposición). Sin embargo, esta conjugación de elementos, (consenso-disenso), se puede complicar cuando entre estos dos se produce un tercer

---

<sup>872</sup> Vid. Bobbio, *Las ideologías y el poder en crisis*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 39 ss., esta frase traducida al español significa: «Democracia quiere decir disenso», es la principal idea de un escrito de prensa realizado por Albertoni, en un periódico de Turín, de la cual Bobbio en su momento convencido de la lógica que presenta la idea, realiza un análisis interesante sobre el tema.

<sup>873</sup> Vid. referente al análisis del profesor Bobbio de la tesis expuesta por Alberti y de su acuerdo con esta.

comportamiento, conocido como abstención, producto, generalmente, del hecho que tanto el consenso como el disenso son obligatorios<sup>874</sup>.

Ahora bien, el consenso puede presentar algunas características, así se hablaría de un consentimiento viciado del ciudadano, es decir, obtenido con violencia, que puede vincular a los gobernantes y gobernados para cumplir con el contrato social. Pero por otra parte, dentro de otras características, se estaría ante un consenso obligatorio o ante un consenso libre. En el caso del primero, no se puede contemplar el disenso, y lo que se daría es una obediencia de las leyes no aceptada, en cambio en el caso del consentimiento libre hay una aceptación y no una simple obediencia de la Ley, por estar convencido el ciudadano de la eficacia de esta<sup>875</sup>.

Precisamente es la situación descrita en el párrafo anterior, la que da apertura a la institución conocida como desobediencia civil, cuyos autores y textos de estudio están cobrando interés con el fin de explicar los fallos del sistema democrático. Definir el concepto de desobediencia civil<sup>876</sup> no es una tarea fácil, existe, dificultades para llegar a un acuerdo sobre el tema, pues, se considera que sería conveniente construir una definición flexible, para lo cual se parte del análisis de los requisitos de la desobediencia civil<sup>877</sup>. Sin embargo, al citar una definición más o menos consensuada y de carácter formal y neutro, se considera que la desobediencia civil es «un acto con pretensiones de legitimidad (en el plano de los valores), de carácter ilícito, si bien dentro del sistema democrático (en el plano de las normas),

---

<sup>874</sup> Vid. *ibíd.*, p. 41.

<sup>875</sup> Vid. *ibíd.*, p. 42; en el mismo sentido, Pelayo González-Torre, «Consentimiento...», p. 334.

<sup>876</sup> Vid. sobre el tema, son clásicos los trabajos de Raz, Rawls, Dworkin, De Passerín, Entreves, Habermas, Singer; en castellano: Ruiz Miguel, Prieto, De Lucas, Rojo, Rodríguez Paniagua, Garzón, Fernández, entre otros.

<sup>877</sup> Con este criterio Vid. Falcón y Tella, *La desobediencia civil*, Marcial Pons, Barcelona, 2002, pp. 26-27.

que busca la eficacia de sus fines a través de distintos medios (en el plano de los hechos)», así se produce una definición del fenómeno en tres dimensiones<sup>878</sup>.

Sin duda, la definición de desobediencia civil es muy importante, pues, de esta manera se puede delimitar a otras figuras como la objeción de conciencia, la revolución o la resistencia<sup>879</sup>. Concretamente en relación a la obediencia civil, como criterio general se considera que la desobediencia civil es el género y la objeción de conciencia es una especie dentro de ella<sup>880</sup>.

En relación al sistema democrático, la desobediencia civil se presenta precisamente ante los problemas que suscita la democracia<sup>881</sup>, si bien está más que conocida, justificada y aceptada la obediencia al Derecho dentro de un sistema democrático<sup>882</sup>, también se entiende que la presencia de la desobediencia civil enmarcada dentro del disenso no es un fenómeno completamente negativo<sup>883</sup>, más bien, debe ser tratado con cautela y como

---

<sup>878</sup> Vid. *Ibíd.*, p. 28.

<sup>879</sup> Vid. *Ibíd.*, p. 27.

<sup>880</sup> Vid. En este sentido, Peces-Barba, «Desobediencia civil y objeción de conciencia», en ADH, 1988-1989, p. 164; el mismo, *Derechos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 374 ss.

<sup>881</sup> Vid. A opinión de: Falcón y Tella, «La Desobediencia civil...», p. 26.

<sup>882</sup> Vid. Peces-Barba, «Desobediencia civil...», pp. 160-164; en el mismo sentido, Singer, *Democracia y Desobediencia*, trad. Gustavino, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 31 ss., efectúa un análisis sobre la obediencia a los gobiernos se basa en la autoridad que proviene del pueblo, para lo cual es importante el consentimiento de los gobernados.

<sup>883</sup> Al respecto Vid. estudio de Falcón y Tella, «La Desobediencia...», pp. 290 ss. sobre la existencia de varias teorías explicativas de la Desobediencia civil, así: la Teoría de la coacción, que basa la validez del Derecho en la fuerza; la Teoría del reconocimiento, cuya principal punto es la aceptación del Derecho; las Teorías mixtas con un posición intermedia entre las dos anteriores; por su parte, las Teorías del reconocimiento presentan dos manifestaciones históricas, el reconocimiento individual y el reconocimiento general y finalmente se tienen a las Teorías democráticas del consentimiento, la aceptación y la representación popular y el principio de mayoría,



último recurso cuando se ven violentados los derechos políticos y los civiles de los ciudadanos<sup>884</sup>.

## 2.2.2. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA DEMOCRACIA MODERNA Y EL CONSENTIMIENTO

Indudablemente, que el sistema democrático tal como fue concebido en su momento por la sociedad griega ha sufrido algunas alteraciones; como ejemplo se puede citar el cambio de la democracia directa de antaño con la democracia participativa que se tiene en la actualidad<sup>885</sup>. Así también sirve para indicar la evolución que ha tenido la democracia.

En la actualidad, de la concepción de los autores clásicos y sus puntos de acuerdo y de desacuerdo, se ha pasado a otros aspectos de interés<sup>886</sup>; la misma desobediencia civil acumula adeptos para su estudio, como forma de responder ante la crisis de la democracia. Ni el mismo Montesquieu hubiera vaticinado la situación de las democracias actuales, pues, téngase en cuenta que su aportación y estudio se enmarca dentro del proceso democrático de su tiempo<sup>887</sup>. Sin embargo, de los mismos conocimientos griegos surge la idea, de que la forma de gobierno es la de igualdad natural

---

para la cual el consentimiento cumple un papel fundamental en el momento que por disenso se produce la desobediencia civil.

<sup>884</sup> En este sentido Vid. Falcón y Tella, «La Desobediencia...», pp. 301-302.

<sup>885</sup> Vid. Bobbio, «La Democracia de los modernos y la de los antiguos», en «Norberto Bobbio: el...», p. 239; Pasquino, «Participación política, grupos y movimientos», en Pasquino (comp.), trad. Chavarri, Morán, Ruiz de Azúa, Manual de Ciencia Política, Alianza Ed., Madrid, 1986, pp. 179, con un estudio sobre la importancia de la participación política en la actual época de las masas.

<sup>886</sup> En este sentido, Allan, «Thin beats fat yet again-conceptions of democracy», LP, 2006, pp. 533 ss., el autor recurre a una concepción de democracia más restringido con un carácter procesal y no sustantivo, que protege más a los derechos individuales y a las minorías, que es mejor que el concepto amplio relacionado a las mayorías y al derecho al voto, así con el criterio más restringido se consigue un respeto al pluralismo minoritario y a los derechos humanos. **OJO AUMENTAR 2008**

<sup>887</sup> Vid. Bobbio, «La Democracia...», p. 242. **OJO CAMBIAR 2008**

y de nacimiento; ante ello, el término *isogénesis* considera a todos los seres humanos semejantes e iguales, por lo tanto dignos de gobernar, y es esta igualdad natural la que hubiera cimentado las democracias modernas y los gobiernos democráticos<sup>888</sup>.

De otra parte, se establece que dentro de las democracias modernas, el soberano no es el pueblo, sino todos los ciudadanos, el pueblo se considera como una abstracción cómoda pero al mismo tiempo falaz, en contraposición de los individuos que con sus defectos e intereses, son una realidad, razón por la cual, como base de las democracias modernas están las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano, conceptos desconocidos para las democracias antiguas<sup>889</sup>.

Con estas observaciones y con otras en sentido similar, se llega a puntualizar que el verdadero desafío para la Democracia moderna<sup>890</sup>, es enfrentar las implicaciones externas (más que las internas), es decir, mientras que un Estado democrático viva en una comunidad en la cual existen Estados no democráticos, aun el régimen de los Estados democráticos será una democracia incompleta<sup>891</sup>. Frente a esta realidad, nuevamente es fundamental un pacto de no agresión entre los diferentes estados, y la obligación de obedecer las decisiones colectivas aceptadas en base a las reglas del juego preestablecidas de común acuerdo, especialmente en lo relacionado al pacto de no agresión y no aplicación de violencia recíproca entre los estados partes. Igualmente el pacto de no

---

<sup>888</sup> Vid. *ibíd.*, p. 245.

<sup>889</sup> Vid. *ibíd.*, p. 247.

<sup>890</sup> En este sentido, Rawls, «The idea of an overlapping consensus», OJLS, vol., 7., 1987, pp. 2 ss., la teoría del consentimiento aplicado a las modernas democracias debe tener en cuenta la concepción de justicia dentro del funcionamiento de las instituciones políticas. **OJO AUMENTAR 2008**

<sup>891</sup> Vid. Bobbio, «La Democracia...», p. 257. **OJO CAMBIAR 2008**

agresión recíproca incluye a los individuos que abandonan el estado de naturaleza, y establecen reglas de común acuerdo para una correcta convivencia de la sociedad civil<sup>892</sup>.

Para terminar y en relación al consentimiento, se hace énfasis en que para la consecución de un pacto de no agresión dentro de las modernas democracias, pues, queda claro que la presencia del consentimiento y de la consecución de un pacto, viaja paralela a los cambios que muestra el sistema democrático<sup>893</sup>.

### **3. EL CONSENTIMIENTO Y SU FUNCIÓN DENTRO DEL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO**

#### **3.1. ALGUNOS CRITERIOS DOCTRINARIOS GENERALES**

##### **3.1.1. EL CONCEPTO Y LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL *IUS PUNIENDI***

---

<sup>892</sup> Vid. Ídem.

<sup>893</sup> Vid. Al respecto, Rodríguez Cabrero, «Por un nuevo contrato social: el desarrollo de la Reforma social en el ámbito de la Unión Europea», en Moreno comp., Unión Europea y Estado de Bienestar, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Estudios Sociales Avanzados, Madrid, 1997, pp. 3 ss. señala en su estudio, que los nuevos cambios en el Estado de Bienestar, traen una dificultad para llegar a un consenso en torno a los sistema de protección social, pues la presencia de la Globalización, es la antesala de una nueva reforma social con múltiples dimensiones que supone un reto para la ciencia civil, ante la idea de Globalización (ideología), es necesario un pacto para llegar a una síntesis en la reforma social entre el capitalismo y la democracia, así, el pacto sería una síntesis ente el capitalismo y el socialismo, y el nuevo consenso, reformaría el Estado de Bienestar con el fin de obtener: bienestar social, eficacia económica y desarrollo democrático, también el pacto social, garantizaría el empleo, como garantía básica de los derechos sociales en un entorno democrático (condición política y económica de su viabilidad), tomando en cuenta el condicionante de la globalización económica.

Se entiende por *Ius puniendi* del Estado o Poder punitivo del Estado, a la potestad o conjunto de potestades de las que dispone el Estado y por estas queda facultado para la creación y aplicación del Derecho penal<sup>894</sup>. El *Ius puniendi* como potestad proviene de la misma soberanía del Estado y puede ser aplicado en dos sentidos concretos: por un lado, en la creación de las normas penales, conforme a la atribución Constitucional para el efecto (poder legislativo), y por otro lado, en la aplicación de estas normas penales (poder judicial)<sup>895</sup>.

Sin duda, el concepto de *Ius puniendi* puede variar de acuerdo a la concepción del Estado<sup>896</sup>, sin embargo, y como característica fundamental del poder punitivo dentro del Estado social y democrático de Derecho el cual nos compete, es la Constitución la que otorga el poder punitivo al Estado, y a su vez, limita su ejercicio con la aplicación de principios como la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, traducidos como valores superiores del Ordenamiento jurídico<sup>897</sup>.

En cuanto a los principios que sirven de límites al *Ius puniendi*, la moderna concepción sobre los límites al poder punitivo del Estado tiene como orígenes: la ideología de la Ilustración, en el siglo XVIII y la Teoría del Contrato social. Dicha teoría ha sido considerada como pieza clave dentro

---

<sup>894</sup> Vid. Entre otros: Carbonell Mateu, *Derecho penal: Concepto y Principios constitucionales*, 3ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 106.

<sup>895</sup> Vid. Ídem., el autor aclara que se encuentra superada la polémica en relación a la naturaleza jurídica de dicha potestad, se ha dejado de considerar a esta potestad como un derecho subjetivo del Estado, y simplemente, se entiende que es una de las funciones que le corresponde al Estado en razón del pacto social traducido en la Constitución, por lo cual, en el concepto se delimita la función como tal, sin aludir a cuestiones de derecho subjetivo; con más detalles: infra, ap. 3.1.2.

<sup>896</sup> Vid. en este sentido, entre otros: Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 109; Fernández Rodríguez, *Los límites del Ius Puniendi*, ADPCP, 1994, p. 88.

<sup>897</sup> Vid. Carbonell Mateu, «Derecho penal...», pp. 106-107.

de la Teoría política<sup>898</sup>, por lo que se concluye el debate sobre el origen del poder punitivo como fruto del contrato social, es decir, conforme a la Teoría del contrato social, así, los ciudadanos se organizan y mediante un acuerdo, llegan a otorgar dicho poder punitivo al Estado en miras de una convivencia pacífica, de respeto y de defensa de su derecho frente a terceros, función que queda en competencia del Estado.

Los principios que limitan el poder punitivo del Estado y que se enmarcan dentro de la Teoría política del Estado social y democrático de Derecho son<sup>899</sup>: el principio de legalidad<sup>900</sup>, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de intervención mínima, el principio de última *ratio* o carácter fragmentario del Derecho penal, el principio de igualdad<sup>901</sup>, el principio de oportunidad, el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad y el principio de humanidad<sup>902</sup>.

---

<sup>898</sup> Vid. con este criterio: Roxin, «Derecho penal y Derecho penal procesal», en AA. VV., Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 21 ss. y 50 ss. conjuntamente con ello, el autor recalca la importancia del daño social, como presupuesto de la punibilidad, pormenor que tiene origen directo en la Teoría del contrato social, la cual se extendió por Europa en el siglo XVII, principalmente con la obra de Beccaria, así, finalmente, la Teoría de la dañosidad social se transforma en un límite al *Ius puniendi* y se expresa con el principio de protección a los bienes jurídicos.

<sup>899</sup> Vid. Fernández Rodríguez, «Los límites...», p. 89, sostiene que existen diferentes clasificaciones, conforme a los diferentes autores; aquí se acoge la de Mir Puig, *infra*. n. 902.

<sup>900</sup> Vid. como es conocido el principio de legalidad tiene por si mismo una importancia muy relevante y contiene a su vez principios y garantías, entre otros: la reserva de la ley orgánica, las leyes penales en blanco, el principio de taxatividad y la prohibición de analogía, la irretroactividad de la ley penal, la aplicación de la ley más favorable, el principio *non bis in Ídem*.

<sup>901</sup> Vid. Carbonell Mateu, «El Derecho penal...», pp. 107-108, acoge este principio como límite al poder punitivo.

<sup>902</sup> Vid. estudios detallados sobre los principios, entre otros: Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., pp. 109 ss., el mismo autor en El Derecho penal y el Estado social y democrático de Derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, *passim*; Roxin, DP.PG., 2ª edic., p. 65; Carbonell Mateu, «Derecho penal...», pp. 107-161; Fernández Rodríguez, «Los límites...», ADPCP, 1994, pp. 90 ss.

De regreso al Estado social y democrático de Derecho, sin duda, cada principio cumple su función dentro de estos tres estamentos, así, en líneas generales, se tiene conforme al criterio de Mir Puig, que el Estado de Derecho anuncia el sometimiento del poder punitivo al Derecho, de otro lado, el Estado social legitima la función de prevención con el fin de proteger a la sociedad, y finalmente, del Estado democrático, deviene la necesidad de que el Derecho penal estará al servicio de los ciudadanos<sup>903</sup>.

Para concluir, se ha de decir, que el titular del poder punitivo es el Estado, principio indiscutido e incuestionable<sup>904</sup>.

### **3.1.2. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS DEL ESTADO: ANOTACIONES PUNTUALES SOBRE SU DESARROLLO Y EL ESTADO ACTUAL DE SU TRATAMIENTO**

Como se ha mencionado anteriormente, a criterio de Carbonell Mateu<sup>905</sup>, la cuestión de los derechos subjetivos del Estados está zanjada, y se parte en la actualidad, de la idea de que el poder punitivo está dentro de las funciones del Estado; pero antes de llegar a esta conclusión se produjo un largo recorrido dentro de lo que se ha llamado como la Teoría de los

---

<sup>903</sup> Vid. en DP. PG. pp. 109-134, el autor asimismo realiza una división de los principios conforme a cada postulado; dentro del Estado de Derecho, está el principio de legalidad con sus garantías y principios; el Estado social acoge al principio de utilidad de la intervención social, al principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal, al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, y finalmente, el Estado democrático, contiene al principio de humanidad de las penas, al principio de culpabilidad, al principio de proporcionalidad y al principio de resocialización.

<sup>904</sup> En este sentido, Vid. interesante estudio de Abel Souto, *Teorías de la pena y límites al Ius puniendi*: desde el Estado Democrático, Dilex, S.L., Madrid, 2006.

<sup>905</sup> Vid. supra ap. 3.1.1.; Suay Hernández, «Refutación del *Ius puniendi*», en AAVV, LH. al Dr. Marino Barbero Santos IN MEMORIAM, Ed. de la Universidad de Castilla la Mancha y Ed., de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

derechos subjetivos<sup>906</sup>, de la cual, se hacen unas ligeras anotaciones por ser parte de la problemática del *Ius puniendi*.

El desarrollo principal de esta Teoría, también llamada como Doctrina de los derechos públicos subjetivos, vio la luz en Alemania durante los siglos XVIII y XIX, la obra más importante fue la de Jellinek, quien expone que el Estado es el titular de derechos y deberes, por lo tanto, tiene una personalidad jurídica. Otro autor importante fue Rocco, quien consideró que el derecho subjetivo de punir del Estado es el fundamento del sistema penal. A partir de estas afirmaciones, la lista de autores que han contribuido a desarrollar esta doctrina es considerable, así se tiene a Sthanl, Gerber, Laband, Binding, Hippel, Mezger, Mekel, Kloso, Manzini, Magir, Ferri, Vasali, Antolisei, entre otros.

A partir de la Segunda Guerra Mundial con la experiencia nazi se otorga mayor importancia al estudio del tema, con la presencia de numerosos autores, entre otros se cuenta con Romano, García de Enterría, Nieto, Alexy, Roxin, Maurack, Cobo y Vives, Quintero Olivares, Rodríguez Morillo. Los estudios realizados están encaminados a delimitar las funciones del Estado dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, con lo cual se deja de lado, la Teoría de los derechos subjetivos del Estado y se trata de establecer los lineamientos de una Teoría de la ley penal, basada en los derechos<sup>907</sup> para delimitar las relaciones jurídicas de los ciudadanos con el poder, ámbito que necesita mayor trabajo doctrinario<sup>908</sup>.

---

<sup>906</sup> Vid. se sigue estudio de Suay Hernández, «Refutación», pp. 712 ss.

<sup>907</sup> Vid. ibíd., pp. 745 ss. denominación, criterio y planteamientos de la autora.

<sup>908</sup> Vid. ibíd., p. 711.

### 3.2. LA PRESENCIA DEL CONSENTIMIENTO DENTRO DEL *IUS PUNIENDI*: ARGUMENTOS A FAVOR

Al iniciar el presente Capítulo, se dijo que en este estudio se parte del criterio con el cual se afirma que el consentimiento es un problema del *Ius puniendi* del Estado<sup>909</sup>, pues, el problema no radica en dilucidar si su naturaleza es una exclusión del tipo o una causa de justificación.

Por el análisis teórico y la respectiva crítica efectuada<sup>910</sup>, se concluye, en primera instancia, que aún queda trabajo pendiente con el fin de clarificar cuál es la naturaleza jurídica del consentimiento. Se considera que durante este tiempo, la doctrina ha creado una confusión entre la naturaleza jurídica y los efectos jurídicos que puede ocasionar el consentimiento, al respecto, está claro que generalmente, dentro de la evolución lógica de una institución, el primer paso es delimitar su causa (naturaleza), para posteriormente, ubicar las consecuencias, de allí la denominación: efectos, palabra que nunca puede ser antónima de causa. En este sentido, se cree que el planteamiento correcto inicia con delimitar la naturaleza jurídica del consentimiento, como causa, para posteriormente abordar los efectos jurídicos o las consecuencias del consentimiento. Con apego a este punto de vista, se cree que la doctrina mayoritaria, desde Geeds<sup>911</sup>, ha iniciado el proceso de estudio de forma contraria, y aquí se sostiene que se debe seguir un método deductivo, así una vez identificada la naturaleza del consentimiento, que al parecer siempre ha sido relegada a un segundo

---

<sup>909</sup> Vid. criterio expresado por López Barja de Quiroga, “Consentimiento...», pp. 4-5, 43, quien de una forma contundente y lógica, el cual se toma como premisa para este estudio por ser una afirmación lógica, aunque el autor no desarrolla el concepto.

<sup>910</sup> Vid. supra. PP, cap. II y supra, ap. 1.2.

<sup>911</sup> Se recuerda que el autor alemán en su Tesis doctoral, se pronuncia por la división del consentimiento en acuerdo y consentimiento, así inicia una larga controversia doctrinal al respecto.



plano (por el estudio de los efectos), se pasaría a considerar los efectos del consentimiento.

Con la crítica realizada a la doctrina, se parte de la premisa que el consentimiento en sí mismo es una institución jurídica, como lo es el bien jurídico-penal o la Teoría de la imputación. Esta institución juega un papel muy práctico dentro de las relaciones jurídicas en general, y no únicamente dentro del Derecho penal, así, no se descarta que conjuntamente con otras figuras jurídicas enriquezca una determinada situación. A consideración de este trabajo, como ya se dijo, es por el carácter versátil del consentimiento, que se presta a confusiones, de tal manera, que desde un inicio del estudio penal más sopesado sobre el consentimiento, directamente se procedió con la valoración de los efectos, en vez de realzar lo propio con su naturaleza.

### **3.2.1. ARGUMENTOS DE CONEXIÓN: EL CONSENTIMIENTO Y SU RELACIÓN CON LA TEORÍA POLÍTICA**

#### **3.2.2.1. EL CONSENTIMIENTO EN LOS INICIOS DE LA SOCIEDAD**

Se debe indicar, que en consecuencia y de acuerdo con el criterio de que los datos provenientes de las otras ramas del Derecho, en concreto de la Teoría política, en general sirven para realizar una conexión entre las instituciones, lo que es importante para la toma de decisiones jurídicas como accesorias a los argumentos principales que son extraídos del propio Ordenamiento jurídico<sup>912</sup>. Sin embargo, se considera que el consentimiento es una

---

<sup>912</sup> Vid. con este criterio: Suay Hernández, «Refutación...», p. 730, considera que es necesario conocer la conexión, entre consecuencias sociales y políticas, para la toma de

institución cuya presencia no le es ajena a otras áreas del Derecho, más aún, es indispensable en algunas de ellas, así por citar el ejemplo del papel del consentimiento dentro de los contratos en Derecho civil. De la seducción del consentimiento, la Teoría Política no se ve exenta, y se considera que es en esta área en donde el consentimiento tiene una trayectoria histórica considerable y de relevancia contundente para el actual funcionamiento de las sociedades políticas<sup>913</sup>.

Desde el punto de vista de la Historia política<sup>914</sup>, se recogen datos sobre la presencia del consentimiento desde los inicios de las agrupaciones humanas como sociedades primitivas, es más, a partir del acto de consentir los grupos humanos (familias o grupos tribales), deciden organizarse y crear una instancia superior para la protección de sus intereses y de estos frente a terceros. En los inicios de la sociedad primitiva, el consentimiento de los asociados es de vital importancia, y es este consentimiento un poderoso método de cohesión social, entiéndase que a partir del mismo se da paso a una organización con normas propias y a la aplicación de dichas normas,

---

las decisiones jurídicas; pero no se puede confundir al Derecho con la política, pues, el jurista llegado el momento debe encontrar sus argumentaciones en el Ordenamiento jurídico.

<sup>913</sup> Vid. Dowse, Hughes, Sociología política, trad. Rolland Quintanilla, rev. Giner, Alianza Ed., Madrid, 1999, pp. 64 ss. a manera de información, se cita a estos autores quienes realizan un análisis desde el punto de vista sociológico de aspectos atinentes a la política, al orden social, a las teorías de proceso político que tienden a explicar la relación entre el Estado y la sociedad. Dentro de las teorías del orden social, y sin estar exenta de críticas, resalta la Teoría del consenso de valores, según la cual, los individuos se relacionan entre sí por una aceptación general de valores comunes. Entre las teorías del proceso político se tienen a las siguientes: Teoría del intercambio (Homans), Teoría del intercambio y la política (Blau), Teoría de los juegos (Riker), Teoría de sistemas (Easton, Geertz), Funcionalismo estructural (Parson), todas estas teorías son las existentes dentro de las relaciones de los individuos y entre el individuo y el grupo, y están conectadas a las teorías del consenso y a las teorías del cálculo y permiten el estudio sociológico de varias instituciones como los partidos políticos, los ejércitos, etc., a más de las relaciones entre el individuo y la colectividad como parte del Estado.

<sup>914</sup> Vid. supra, ap. 2.1.1.

las cuales ven la luz una vez más mediante un proceso de consenso. Con lo indicado, se sostiene que el consentimiento es utilizado por primera vez para una tarea tan importante como es la formación de la sociedad primitiva y la elaboración de sus primeras normas, lo que viene a ser la prehistoria de las funciones del poder punitivo, en cuanto a su potestad de crear normas jurídicas.

Tal como se indicó, el primer intento de desarrollo doctrinal del consentimiento se encuentra en la Grecia Clásica<sup>915</sup>, así, la idea del consentimiento comienza su incursión dentro del sistema democrático, no concebido sin la presencia del consentimiento para avalar y legitimar el gobierno del pueblo (*demos*)<sup>916</sup>. Pues, con ello, se indica que el sistema democrático desde su nacimiento cuenta con el consentimiento como método cuyos fines son conciliar, unificar las voluntades políticas y conseguir un sistema democrático. La trascendencia del sistema democrático dentro de la Teoría política tiene una importancia considerable, y sin duda, en la actualidad es el sistema que predomina en la mayoría de naciones occidentales.

En la Edad Media y a inicios de la Edad Moderna, a pesar de que el consentimiento tiene un radio de actuación escaso, es utilizado como medio para legitimar el poder del soberano, quien se compromete a proteger a los súbditos a cambio de potestades ilimitadas. Sin embargo, a pesar del amparo de elementos y fines idóneos, se está ante la utilización del

---

<sup>915</sup> Lloyd, «Democracia, filosofía y ciencia en la antigua Grecia», en *Democracia. El viaje inacabado (508 a. C. -1993 d. C.)*, Duna (dir.), 1ª edic., trad. Jordi Fibla, Tusquets, Barcelona, 1995, pp. 54, con mayor detalle sobre el tema.

<sup>916</sup> Vid. Escamilla Castillo, «Demos y Democracia», en *AFD*, t. XXIII, 2006, pp. 267 ss. con un replanteamiento de la democracia partiendo de una visión de democracia limitada, en este sentido, las nuevas democracias se basan en la opinión pública libre y autónoma respecto al poder público, más que en los votos que obtiene quien gobierna.

consentimiento como una fórmula para garantizar la sumisión del pueblo al monarca. Es interesante, en este aspecto, observar las múltiples posibilidades que presenta el consentimiento, pues, algunas veces es empleado políticamente con fines de cohesión social, como sustento procesal para el acuerdo y el perfeccionamiento del sistema democrático, y en otras ocasiones, su utilización se limita a legitimar la sumisión de los ciudadanos al monarca<sup>917</sup>. La característica descrita es elemental, debido a que indica lo moldeable que puede ser la Institución por las diferentes ideologías políticas, también de ello se desprende, que esta facultad del consentimiento, le permite tener un carácter neutro, pues, éticamente no es ni bueno, ni malo, políticamente no cumple con una función positiva o negativa, esto dependerá del marco ideológico y político en el que se desenvuelva, por lo tanto, todo ello indica que la esencia del consentimiento radica en el hecho de ser un método y/o proceso, es decir, el medio para alcanzar un fin<sup>918</sup>.

La visión del consentimiento que se tiene en la Edad Media, indica el carácter metódico y procesal del consentimiento, de tal forma, puede entenderse que ha funcionado y funcionará como un arma de vital importancia, que tanto puede servir para cazar, como para matar. Paradójicamente con el transcurrir de la Edad Moderna, se dieron los mayores avances dentro de la Teoría política, y es la presencia de autores

---

<sup>917</sup> Roiz, El gen democrático, Trotta, Madrid, 1996, pp. 53-129, realiza un análisis sobre el apoyo de algunos filósofos como Hobbes, para sustentar el poder de la monarquía.

<sup>918</sup> Vid. Pelayo González-Torre, «Consentimiento...», p. 328, en relación al empleo del consentimiento dentro del individualismo liberal, para llenar la noción de obligación y poder, se parte de la aceptación del individuo y de sus vínculos con la comunidad a través de dos vías: por un lado, el consentimiento permite la obediencia a la ley, y por otra parte, al exigirse el consentimiento como fundamento de la autoridad política, también se presenta una prevalencia del individuo frente al Estado, en este sentido, el Estado es un instrumento artificial construido por el consentimiento de los ciudadanos y destinado a satisfacer sus intereses, de esta forma el consentimiento protege la esfera de libertad personal del individuo.

como: Locke, Pundendorf, Grocio, Hobbes, quienes proporcionan una nueva utilidad al consentimiento dentro de la Teoría contractual, así, el consentimiento fundamenta al pacto social, lo que justifica la presencia del Estado y de sus poderes<sup>919</sup>.

Como criterio concluyente en este trabajo, y con base a lo expuesto por los autores de la materia, se considera que el consentimiento ha sido empleado de dos maneras: a. Para la formación del Estado y la creación de leyes<sup>920</sup>, y b. Para gobernar el Estado, conforme a las peculiaridades de cada forma de gobierno y de cada régimen político. De tal forma, se puede resumir que la participación del consentimiento se presenta en la elaboración del pacto social que origina el Estado, el cual a su vez contiene diferentes formas de gobierno, de tal suerte, que el consentimiento toma varios matices según el régimen que se trate; así dentro del sistema democrático, el consentimiento es continuo y hace su aparición el disenso<sup>921</sup>, mientras que en un sistema autoritario el consentimiento está suspendido, y participa solo en la forma del Estado pero no en la forma del gobierno, y finalmente, dentro de un sistema aristocrático y monárquico, el consentimiento se encuentra limitado. En cuanto al disenso ha estado presente en todos los regímenes, su manifestación es clara dentro de las reformas y revoluciones que se han dado dentro de la Historia del pensamiento político, en este sentido, por ejemplo se tiene a la mítica Revolución francesa como expresión del disenso al sistema monárquico autoritario que la promovió.

---

<sup>919</sup> Vid. Bobbio, «Norberto Bobbio...», *passim.*, un análisis histórico amplio sobre el tema.

<sup>920</sup> Vid. con un criterio similar, Peces-Barba, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed., Debate, Madrid, 1993, p. 34, afirma que si el origen del poder soberano es el pacto social, su primera función es la producción de normas jurídicas.

<sup>921</sup> *Ibíd.*, p. 124, en relación al poder social, que puede cambiar al poder del Estado, se dice que está plenamente establecido en la Constitución, así se establecen las reglas propias de tal forma que no se produce una ruptura entre el poder del Estado y el poder social, pues, las discrepancias y el viejo derecho a la rebelión, están regulados en el Ordenamiento jurídico a través de las “reglas de cambio”.

### **3.2.1.2. EL CONSENTIMIENTO COMO INSTRUMENTO CLAVE DENTRO DE LA TEORÍA DEL CONTRATO SOCIAL**

A partir de la obra de Locke<sup>922</sup>, considerado como el padre del Estado liberal, se produce una relevancia expresa al consentimiento como método para llegar al pacto social, lo que deviene en la Teoría del contrato social. Como es sabido, las teorías contractualistas sostenidas por varios autores (principalmente Rousseau y Hoobes), en su momento histórico tuvieron mucha influencia en acontecimientos sociales y políticos cuyos efectos son patrimonio de la política actual.

El papel del consentimiento dentro de estas teorías es clave para sustentar el pacto social, por el cual, el individuo sale de su organización primitiva y mediante el consenso llega a establecer parámetros de convivencia, unos respecto a la creación de un ente superior, al cual le extienden el poder de tomar decisiones colectivas para el bienestar de la sociedad, en cuanto a la creación de normas y su aplicación<sup>923</sup>. Con este panorama enfatizado por los autores contractualistas<sup>924</sup>, se puede colegir que en materia política, el consentimiento es un procedimiento empleado con varios fines, así, el consentimiento tiene su primera incidencia *ex ante* de la creación del Estado, precisamente, en el momento que se presenta una incipiente organización, el consentimiento es un mecanismo utilizado para la estructuración de esta, y una vez, la voluntad colectiva de organizarse se

---

<sup>922</sup> Vid. supra. ap. 2.1.2.

<sup>923</sup> Dahl, La Democracia y sus críticos, Ed. Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1992, pp. 120, con una visión interesante sobre la autonomía personal y la presunción de dicha autonomía, así el individuo estaría en capacidad de autogobernarse de una forma individual; pero también capacitado en la toma de decisiones colectivas, para ello la gente debe estar cualificada.

<sup>924</sup> *Ibíd.*, pp. 237, con una interesante apreciación sobre la autonomía política como derecho absoluto y la necesidad de asegurar el consentimiento.

manifiesta por el consentimiento general, con lo que procede a la formación del Estado, y es a partir de un estadio *ex post* a la formación de este, es que el consentimiento nuevamente incurre como proceso para delimitar las normas a seguir y su aplicación, de allí inicia la sociedad primitiva su desarrollo político.

En la actualidad<sup>925</sup>, el consentimiento se ve modificado por el cambio de los elementos constitutivos de las sociedades modernas; pero no se debe olvidar, que su trayectoria ha sido larga y tuvo en el pasado varias adecuaciones conforme a los tiempos y las ideologías que acontecían; por lo tanto, en este trabajo, se considera que una de las mayores conexiones que tiene el consentimiento, con otras ramas del Derecho, es el carácter histórico procesal que ayudó a la materialización de una institución tan importante como es el Estado, el cual incide en todas las áreas de estudio y aplicación jurídica.

### **3.2.1.3. EL CONSENTIMIENTO DENTRO DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO: ACIERTOS Y CRISIS**

La democracia es la expresión de un proceso consensuado con el cual se pretende una justa distribución y gestión del poder, que precisamente y por respeto a la igualdad de los ciudadanos, recae en el ente creado para tal función, el Estado<sup>926</sup>. Desde antaño se consintió en la formación del

---

<sup>925</sup> Puigpelat Martí, “Libertad y seguridad en un nuevo contrato social”, AFD, t. XXII, 2005, pp. 101 ss., destaca que pese a las críticas y problemas que presenta la Teoría del Contrato social, se puede seguir utilizando este concepto porque es compatible con los presupuestos culturales vigentes en las sociedades occidentales contemporáneas, así, se determinan nuevas características del contrato social conforme a las exigencias de la sociedad actual, como por ejemplo la libertad y seguridad de las mujeres.

<sup>926</sup> Vid. Signorini, “Veritá, Consenso, Democracia”, en Filosofía e Democracia, Fiorot (ed.), Giappichelli Ed., Torino, 1992, pp. 167 ss., con un análisis filosófico sobre la relación entre el consenso y la democracia; Buchanan, Tullock, El cálculo del consenso

sistema con la finalidad de obtener mayores garantías políticas para el *demos*, en un anhelo por conseguir una igualdad material y formal entre los individuos y dentro de la sociedad.

Decir, consentimiento dentro del sistema democrático, es prácticamente tener que enunciar todas las figuras que conforman el sistema<sup>927</sup>, como por ejemplo el consentimiento está presente en la regla de mayorías, pues, mediante el consentimiento se decide qué opción política, jurídica o social será aplicada, y es el consentimiento del mayor número de involucrados el que incide en la decisión final crucial para el continuo desarrollo del sistema. La participación ciudadana también tiene su gran cuota de consentimiento<sup>928</sup>, porque es el mecanismo por el cual se materializan las acciones a favor de la comunidad, y es la comunidad la que decide y consiente sobre las decisiones a través de su participación; entonces, el consentimiento y la participación, entrañan una igualdad inseparable, igualdad no en su denominación, mas sí en el proceso de la participación y esta se plasma a través del consentimiento o la voluntad de involucrarse. Como último ejemplo, se tiene a la soberanía, vieja heredera de los fundamentos contractuales, resulta claro, que el conjunto de individuos consienten en la creación del Estado, y a este le ceden las facultades de acción sobre la vida en comunidad, es decir, de ejercer actos de soberanía. Nuevamente, esta premisa de aceptación general e indiscutible pone al consentimiento como un proceso de enlace para que el poder de los ciudadanos pueda pasar de estos al Estado, y a su vez sea el Estado el que aplique, de allí que se deriva el poder punitivo del Estado.

---

(fundamentos lógicos de una democracia constitucional, Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1980, *passim*).

<sup>927</sup> Vid. *supra*, PT, cap. VI. ap. 2.2.

<sup>928</sup> Swift, *Democracia y participación*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2003, *passim*, realiza una crítica general al sistema democrático y lo que favorece a estamentos de poder, también analiza nuevas alternativas de la participación ciudadana en el mundo.



Como ya se indicó en líneas anteriores, las democracias actuales<sup>929</sup> presentan diferencias con las democracias pasadas, no se debe obviar, que precisamente el sistema democrático directo fue inspirado y creado en una determinada sociedad, por lo que los detractores y críticos con el sistema, consideran que no se está, en la actualidad, en igualdad de condiciones, y el sistema democrático y el consentimiento se encuentran en crisis. Ahora bien, no se puede dejar de lado que con los nuevos retos de estos tiempos, se está avizorando la presencia de otros factores, que en su devenir, contraponen al consenso dentro del juego democrático, aquí se tiene al disenso, el que se presenta también por un proceso de consentimiento, en donde un grupo de disidentes debe consentir en disentir, consentir para organizarse y elaborar mecanismos de protesta ante el juego democrático, por lo que se trata de un acto completamente legítimo, al margen de los límites conciliadores que se establezcan con el objetivo de evitar una convulsión ciudadana. Dentro de manifestaciones del disenso se tiene la desobediencia civil y en un ámbito individual, la objeción de conciencia<sup>930</sup>. Al tratar de encontrar mayores diferencias entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia en relación al consenso y disenso, se puede decir que la desobediencia civil es un fenómeno colectivo y que atañe a las Ciencias políticas, mientras que la objeción de conciencia es un acto individual en el que está relacionado el Derecho penal, por cuanto es indispensable la libertad para disponer sobre un bien jurídico; en este caso,

---

<sup>929</sup> Bobbio, *Democracy and Dictatorship*, trad. Kennealy, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1989, pp. 149 ss. con más detalles sobre la democracia moderna; Besson and Martí (ed.), *Deliberative Democracy and its discontents*, Ashgate Publishing Limited, England, 2006, passim; Shapiro, *El estado de la teoría democrática*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2005, pp. 115 ss; Holden (ed.). *Global Democracy. Key Debates*, Routledge, London/New York, 2000, passim.

<sup>930</sup> Vid. supra. ap. 2.2.1.

tanto la desobediencia civil y la objeción de conciencia están sujetas al mismo juego democrático consenso y disenso en sus respectivas esferas<sup>931</sup>.

Con lo dicho, las sociedades complejas, dentro del sistema democrático, seguramente deben ver en sus cimientos algunos cambios<sup>932</sup>, y no es de extrañar que estén patrocinados por el consentimiento como método de cambio, sin dejar de poseer el carácter de sistema democrático en un sentido general<sup>933</sup>.

#### **3.2.1.4. EL CONSENTIMIENTO Y LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y EL PODER**

Antes de entrar en el análisis del consentimiento y los principios limitadores al *Ius puniendi* dentro del Derecho penal, y luego de repasar la trayectoria del consentimiento en Teoría Política, es necesario realizar una revisión de la relación del Derecho y el Poder, y especificar cuál es el papel que desempeña el consentimiento.

La problemática es compleja, así lo demuestran los diversos autores que han tratado el tema<sup>934</sup>, hasta el punto de considerar que esta relación (Derecho-Poder), es un requisito *sine qua non* para captar el sentido

---

<sup>931</sup> Vid. con similar criterio: Peces-Barba, “Desobediencia civil...», p. 168, afirma que la objeción de conciencia se basa en la libertad.

<sup>932</sup> Dahl, *La Democracia y sus críticos*, Ed. Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1992, *passim*, con un interesante estudio sobre las transformaciones que ha sufrido la democracia desde que fue creada, así también proporciona una perspectiva sobre una nueva transformación.

<sup>933</sup> Vid. Becker, “Significados opuestos del concepto de consenso”, Garzón Valdés (comp.), *Derecho y Filosofía*, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1988, p. 70, una crítica sobre el consentimiento dentro del sistema democrático, así, se debe aceptar en el consenso una versión realista amparada en una legalización democrática.

<sup>934</sup> Vid. entre otros: Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres DL, Valencia, 1980, *passim*; Heller, *Teoría del Estado*, trad. Tobío, Fondo de Cultura económica, México, 1942, pp. 256 ss. Peces-Barba, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, pp. 29 ss.

completo de cualquier Ordenamiento jurídico<sup>935</sup>, y más concretamente en el proceso de elaboración de las normas jurídicas<sup>936</sup>.

Para profundizar en la relación se considera que el poder tiene dos dimensiones<sup>937</sup>. Por una parte, un poder restringido, cuya titularidad le corresponde al Estado y por otro lado, un Poder amplio, en donde la titularidad la ejerce el conjunto de fuerzas y factores sociales. Así, un Ordenamiento jurídico pierde su vigencia si deja de contar con el apoyo social, que es el que lo sustenta<sup>938</sup>. Con lo dicho, se puede concluir, que el poder ocupa una posición de supremacía y superioridad sobre el Derecho, y es este el fruto exclusivo de la decisión desnuda de poder<sup>939</sup>.

La importancia de la relación es fundamental para la recepción y realización de los derechos fundamentales<sup>940</sup>, con esto, es preferible manejar un concepto amplio de poder. Así se puede referir al poder político, es decir, al Estado como la forma moderna de articulación y aplicación del poder político, lo que obliga a tener en cuenta que los cambios ideológico-políticos conllevan a una variabilidad en el concepto, en el contenido y en los límites de poder. De tal forma, que las posibilidades que de aquí se desprenden son realmente importantes, pues,

---

<sup>935</sup> Vid. Peces-Barba, «Introducción a la...», p. 34, afirma que si el origen del poder soberano es el pacto social, y su primera función es la producción de normas jurídicas.

<sup>936</sup> Vid. en este sentido, Ansuátegui Roig, Poder, ordenamiento jurídico, derechos, Dykinson, Madrid, 1997, p. 43.

<sup>937</sup> Aquí, se darán nociones del poder en relación a la organización y funcionamiento del Estado, sin dejar de mencionar al poder individual que tiene cada miembro de la sociedad para relacionarse con los derechos fundamentales que le asisten.

<sup>938</sup> Vid. *ibíd.*, p. 44.

<sup>939</sup> Con este criterio, Vid. Peces-Barba, Curso de derechos fundamentales: Teoría General, Eudema, Madrid, 1991, pp. 323-333, sin embargo, la posición más pura sería la presentada por Kelsen, que entiende al Estado como una exclusiva realidad jurídica; Ansuátegui Roig, «Poder...», pp. 46-47, con más detalle.

<sup>940</sup> Vid. *ibíd.*, pp. 52- 63, un mayor estudio entre la relación Derecho, Poder y derechos fundamentales.

de un Poder con un fundamento social amplio, puede decirse que es un Poder legítimo y la idea de legitimidad genera consenso para su aceptación<sup>941</sup>.

Con lo dicho, la posición de Bobbio es fundamental para indicar que la eficacia del sistema jurídico se sustenta en la presencia de un mínimo de consentimiento, es así, que las nociones de fuerza y consentimiento son los fundamentos del poder, aún más, la fuerza y el consentimiento se mezclan de tal manera que no existe un Estado tan despótico que no presente una mínima referencia al consentimiento<sup>942</sup>. En este sentido, el criterio de Bobbio apoya la argumentación realizada en líneas anteriores sobre la presencia del consentimiento en los Estados totalitarios de la Edad Media.

Con lo expuesto, queda doctrinariamente analizada la relevancia del consentimiento para fundamentar el poder, y a su vez, este para sustentar el sistema jurídico. Es de recalcar, que entre la conexión de los criterios sobre la formación del Estado mediante el pacto social, el consentimiento de los individuos y el sustento del Derecho como sistema jurídico, existe un común denominador que es el consentimiento de los individuos y de las fuerzas sociales; por lo tanto, con este vínculo de conexión entre la formación del Estado, el Poder y el Derecho, no se debe extrañar que el consentimiento vuelva a presentarse nuevamente en las diferentes ámbitos del Derecho, en este caso se analizará en el Derecho penal.

### **3.2.2. EL CONSENTIMIENTO DENTRO DEL DERECHO PENAL: PLANTEAMIENTO GENERAL DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS**

---

<sup>941</sup> Vid. *ibíd.*, p. 47.

<sup>942</sup> Vid. en *Teoría General del Derecho*, 1ª edic., Ed. Debate, 1992, pp. 137.

Para iniciar el tratamiento de este importante aspecto, primero se debe hacer hincapié en la función que tienen los argumentos de conexión antes señalados que son obtenidos de manera directa de la Teoría política y de sus ramas, concretamente, la Historia política y la Filosofía política para conseguir el fin que se persigue en estos apartados en cuanto a delinear la naturaleza jurídica del consentimiento. Sin embargo, se considera que la conexión histórica entre el consentimiento y el *Ius puniendi* del Estado tiene su principal fundamento en la Teoría del contrato social, que se puede interpretar que esta doctrina<sup>943</sup> también conecta al poder punitivo del Estado con el contrato social, y esta conexión es necesaria para justificar a su vez el consentimiento dentro del *Ius puniendi* de cara, principalmente, al Derecho penal.

Con una breve recapitulación sin pretensiones de repetir los argumentos ya señalados, las aportaciones obtenidas de la Teoría política se pueden concretar en los siguientes aspectos: a. El consentimiento como expresión de la voluntad social, constituye un aspecto de carácter netamente público, tendiente a la formación del Estado por el pacto social y a la posterior capacidad que se le otorga al Estado para crear y aplicar normas; b. El consentimiento como expresión de la voluntad individual, se destaca en esta área, que dentro de un proceso inductivo, a partir de la expresión de una voluntad individual, se genera un cúmulo de voluntades individuales, y es esto lo que da paso a la voluntad social para fundar el Estado; c. La función procesal del consentimiento, empleado como método para la ejecución de la voluntad individual y de la voluntad colectiva; d. El

---

<sup>943</sup> Vid. con similar criterio, Roxin, «Derecho penal y...», pp. 50-51, hace mayor referencia al daño social como presupuesto de la punibilidad; pero sin dejar de mencionar los límites modernos del *Ius puniendi* dentro de la Teoría del Contrato social.

consentimiento como elemento constitutivo del Poder y sostén del Ordenamiento jurídico<sup>944</sup>.

Sobre los aspectos en mención, y como apreciación en este trabajo, se debe indicar que el consentimiento cumple con una función procesal dentro de la Teoría política; sin duda, es una institución única y de amplio radio de aplicación. Ante ello, lo que destaca es el carácter procesal del consentimiento, pues, no se debe olvidar que al ser empleado como método para la materialización del Estado, del Poder y del Derecho, ha estado presente dentro del origen y las funciones del Estado, es así, que el consentimiento se ubica dentro del poder punitivo del Estado, y con respecto al Derecho penal vendría a sustentar al Ordenamiento jurídico penal, cuyo origen se encuentra principalmente en el Poder ejercido con el respaldo de las fuerzas sociales, las mismas que consienten en el otorgamiento de dicho poder, lo que se conoce como la soberanía del Estado.

Dentro del Derecho penal, el Estado se sustenta en el poder (obtenido por el consentimiento de la voluntad social) para la creación y aplicación de las leyes penales, por lo tanto, se considera que no únicamente el consentimiento tiene una posición indiscutible dentro del *Ius puniendi* del Estado, por su herencia histórica y política, sino, que por otra parte, el consentimiento tiene un carácter procesal, pues, el consentimiento es un método para obtener la materialización de la voluntad social y de la

---

<sup>944</sup> Vid. Pelayo González-Torre, “Consentimiento... p. 328, acorde al criterio expuesto, concluye que la idea del consentimiento es empleada por el individualismo liberal, y considera que al exigirse el consentimiento como fundamento de la autoridad política, se produce una prevaencia del individuo frente al Estado, este el Estado es un instrumento artificialmente constituido por el consentimiento de los ciudadanos y destinado a satisfacer sus intereses, por lo tanto, el consentimiento protege la esfera de libertad personal de los individuos.

voluntad individual, que concluye con la consecución de un pacto social, el que contiene la expresión de la mayoría de voluntades participantes<sup>945</sup>. Se puede adelantar con decir, que como criterio en este trabajo<sup>946</sup>, es allí donde se debe investigar sobre su naturaleza jurídica, sin descartar, que sea precisamente esta su naturaleza, así fue creado y utilizado, y queda por observar, si aún cumple con esta función dentro del Ordenamiento jurídico, al cual sustenta mediante el Poder, por lo que se puede resumir, tal como se dijo en el literal d, que el consentimiento, en términos generales, es uno de los soportes del poder y del Ordenamiento jurídico.

Con lo expuesto, se ha limitado en realizar una apreciación del consentimiento dentro de la Teoría política, con el único fin de buscar argumentos de conexión, lejos de prender desarrollar minuciosamente una Teoría del consentimiento en el campo político, para ello se tendrán en cuenta los criterios de los especialistas del área<sup>947</sup>. Dentro de este punto se

---

<sup>945</sup> Vid. Pelayo González-Torre, “Consentimiento”, pp. 17-18 y 327 ss., en este sentido se concede la razón al criterio original de John Locke, quien dio al consentimiento un carácter procesal, y considero que es aplicable en problemas prácticos, y de esta forma se emplea el consentimiento dentro de la legislación inglesa; Kant, contrario a esta visión, considera al consentimiento como una mera idea reguladora de la razón, de allí viene por parte de la dogmática alemana un análisis teórico.

<sup>946</sup> Vid. infra. ap. 3.3., con mayor detalle.

<sup>947</sup> No se puede obviar que el tratamiento del consentimiento dentro de la Teoría política presenta autores modernos, quienes conjuntamente con los clásicos han terminado por crear una Teoría del consentimiento, así: a. Pintkin, “Obligation and Consent I” en APSR, núm. 69, 1965, passim; el mismo en «Obligation and Consent II” en APSR, núm. 69, 1965, passim, con criterio similar, desarrolla a la vez una Teoría propia del consentimiento con apego a la idea de la Teoría del consentimiento abierta y libre de contenidos sustantivos pendientes de la voluntad mayoritaria o incluso individual de los ciudadanos, en este sentido también se tiene al consentimiento como un requisito procesal; b. Singer, “Democracia y...», pp. 31 ss. y 55 ss. con su Teoría sobre el cuasi-consentimiento, y la obligación de participar en los procesos electorales, indica que el consentimiento en este campo no es real; c). Partidge, Consent and Consensus, Pall Mall Press Limited, London, 1971 pp. 146 ss. considera en sus estudios que todas las formas de organización que están presentes contienen una porción de consentimiento, es así que este comportamiento se da en todos los ciudadanos y en todos los sistemas, incluso apunta que dentro del sistema democrático el consentimiento es más fuerte que en los regímenes totalitarios, a pesar de las dificultades de expresión general del

adelanta que la conexión estudiada servirá para una posterior valorización del consentimiento dentro de los principios que plantea la doctrina<sup>948</sup>.

Finalmente, en los apartados siguientes se comenzará con los argumentos jurídicos y el estudio de la relación del consentimiento con algunas instituciones del Ordenamiento jurídico.

### **3.2.2.1. LA RELACIÓN ENTRE EL CONSENTIMIENTO Y ALGUNOS PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE LIMITAN AL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO**

Es un criterio dominante y sin cuestionamientos, el que los límites del poder punitivo del Estado se encuentran en los mandatos constitucionales y en los estamentos del Estado democrático y social de Derecho. La Constitución provee de valores al Ordenamiento jurídico, los que se traducen en principios, cuya función es limitar el poder punitivo del Estado. Ahora bien, la labor de este trabajo es destacar la conexión que tienen algunos de estos principios con el consentimiento, sin la pretensión de realizar un análisis pormenorizado de estos, simplemente se traerá a colación los principios que se consideran relacionados directamente con el consentimiento.

En cuanto al principio de legalidad se puede decir que la relación con el consentimiento es de carácter indirecto, pues, como crítica a la crisis que presenta este principio se dice, que ha sido despojado de un contenido

---

consentimiento, de igual forma, afirma que siempre queda la posibilidad del disenso; d. Plamentaz, Consentimiento, libertad y obligación política, trad. Reyes Mazzoni, Fondo de Cultura Económica, México, 1970, pp. 16 ss. quien realiza un estudio pormenorizado del consentimiento como autorización dentro del sistema democrático moderno. Dentro de la literatura española, Pelayo González-Torre, «Consentimiento... », passim, con un interesante trabajo apoya el carácter procesal del consentimiento.

<sup>948</sup> Vid. infra. ap. 3.2.3.3 y ap. 3.2.3.3.1.



político, y se le ha transformado en simple exigencia técnica<sup>949</sup>. Tanto el principio de legalidad como el consentimiento son poseedores de un gran bagaje de acontecimientos históricos, de tal forma, no es extraño que en la evolución de estos conceptos, precisamente los hechos históricos y políticos, hayan marcado su origen y consolidación, es así, que el principio de legalidad cuyo origen se remonta a la Carta Magna inglesa de 1215, que sin duda constituyó un límite de carácter político al poder del rey, con ello estableció ciertas garantías de libertad, y sin ir a más detalles histórico-políticos queda clara la relación del origen del principio con un acontecimiento político (que no fue el único en su desarrollo). Por parte del consentimiento, como se analizó, siempre estuvo relacionado a las primeras acciones políticas con el fin de acceder a una sociedad organizada por el pacto social; consentimiento, Poder, Estado y Derecho presentan una conexión con claras bases histórico-políticas; pero sin duda la consagración del consentimiento como una institución propia, puede verse en la Teoría del contrato social, al ser el fundamento operativo para la existencia y organización del Estado. Por lo dicho, tanto el principio de legalidad como la figura del consentimiento, tienen en sus orígenes y desarrollo de hechos histórico-políticos.

Con relación al principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos, este es un importante límite al poder punitivo del Estado ejercido a través del Derecho penal. Este principio puede otorgar considerable material sobre la presencia del consentimiento dentro del *Ius puniendi*, tan es así, que en términos generales se considera que la presencia del consentimiento dentro de este principio es decisiva. Lo dicho se sustenta con relación a tres aspectos: desde un punto de vista amplio, es la sociedad que mediante el consentimiento otorga al Estado la soberanía para que a su nombre ejerza la

---

<sup>949</sup> Con este criterio, Vid. Fernández Rodríguez, «Los límites...», p. 91.

potestad de creación y aplicación de leyes; desde una visión normativa, se puede ver que la protección de los bienes jurídicos, por parte del Ordenamiento jurídico, es una decisión de Política criminal por la cual y con fundamento en una mayoría legislativa (regla de mayoría) se considera que bienes jurídicos deben recibir protección penal, conforme a las necesidades de protección de la sociedad; como último, desde una concepción individual, y con amparo en el Estado democrático, el individuo es libre de ejercer sus derechos y de disponer libremente de sus bienes, es decir, consentir sobre ellos, pues, es este un aspecto fundamental para la limitación del poder punitivo del Estado<sup>950</sup>.

Muy relacionado al anterior, el principio de intervención mínima, de última *ratio* o de carácter fragmentario, en sus dos primeras expresiones, faculta al Derecho penal a aplicar el poder punitivo del Estado, únicamente en los casos necesarios por la gravedad de la afección al bien jurídico-penal. En este aspecto, igual que en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se puede analizar la relación con el consentimiento desde varios puntos de vista. Conforme a un aspecto general o por representación, la sociedad es la que al otorgar la soberanía al Estado por medio del consenso, está consintiendo en los bienes que se deben considerar como dignos de tutela jurídica. Igualmente desde un punto de vista normativo, el poder legislativo con amparo a la regla de mayoría, toma una decisión de connotaciones político– criminales tendientes a delimitar hasta dónde en un mismo bien jurídico debe intervenir el Derecho penal por la gravedad en su ataque (libertad, patrimonio), como también legitima la aplicación del Derecho penal sobre los bienes de indiscutible protección (vida, salud). Ahora bien, desde un punto de vista individual, el individuo puede en un

---

<sup>950</sup> Vid., PT, cap. VII, ap. 2.1, se volverá con el tema cuando se trate sobre la disposición de bienes jurídico-penales.

momento dado disponer de ciertos bienes jurídicos<sup>951</sup>, y con ello cambiar el mandato del Ordenamiento, teniéndose en cuenta, que el Derecho penal dentro de un Estado social, estará siempre a servicio de la sociedad.

Sobre el principio de culpabilidad, dentro de sus características generales se conoce no únicamente como un límite al *Ius puniendi*, sino que también tiene funciones elementales dentro de la Teoría del delito<sup>952</sup>. El principio de culpabilidad se deriva de la proclamación del Estado social y democrático de Derecho y de la dignidad de la persona (artículos: 1.1. y 10.1. de la Constitución española), como consecuencias prácticas lo que se obtiene del principio de culpabilidad, tiene el carácter de derechos fundamentales<sup>953</sup>. De lo expuesto en el presente apartado, este trabajo se limita en primera instancia en plantear una conexión, entre la disposición de bienes jurídicos mediante el consentimiento, que influye en la imputación en general (principio de culpabilidad),<sup>954</sup> y que tendría como fundamento el derecho a la libertad y con lo que de ello se pueda extraer, sin dejar de ser a la vez, este principio un límite al poder punitivo del Estado. De igual forma, se considera que el consentimiento dentro del principio de culpabilidad tiene

---

<sup>951</sup> Vid. Von Hirsch, «El concepto de bien jurídico y el «Principio del daño»», en «La teoría del...», pp. 38 ss., estudia comparativamente la doctrina anglo-americana y la europea continental (alemana) con relación al concepto de bien jurídico cuyo equivalente en el ámbito anglo-americano, sería el *harm principle* (principio de daño), para este principio son fundamentales las consideraciones expuestas por el filósofo Mill sobre la libertad (*On Liberty*-1859), con la cual se justifica la falta de castigo a las conductas que conllevan una lesión para uno mismo, y solo sería penado las conductas que lastiman a terceras personas; con críticas a esta comparación: Kahlo, «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal», en «La teoría del...», pp. 59–65, especialmente considera que esta solución de Mill aplicada en el Derecho es insatisfactoria, debido a que desde la perspectiva del utilitarismo, no solo tiene que ver con la felicidad individual, sino también con el bien común, es decir, con el bienestar de la comunidad.

<sup>952</sup> En este sentido, Vid. Fernández Rodríguez, «Los límites...», p. 105.

<sup>953</sup> Vid. *ibíd.*, p. 107.

<sup>954</sup> Vid. *infra*, ap. 3.2.3.3.4.

muchas formulaciones que realizar desde un punto de vista procesal, como posible parte del *Ius puniendi* del Estado.

Finalmente, y con relación al principio de humanidad que consagra el respeto a la dignidad de la persona mediante la humanidad de las penas, se puede analizar otra fase de este principio de carácter individual, así se tendría el respeto del Derecho penal y por ende de la Política criminal, a la libre disposición de los bienes jurídicos, como expresión de la dignidad individual y del libre desarrollo de la personalidad<sup>955</sup>.

### **3.2.2.2. JUSTIFICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DENTRO DEL SISTEMA PENAL**

Se considera que la presencia del consentimiento dentro del sistema penal queda justificada mediante dos vías de igual importancia: la primera dentro de una visión estatal y la segunda dentro de un marco individual. Los dos aspectos, estatal e individual, tienen una real y conjunta importancia de estudio conforme al giro histórico de la Teoría del consentimiento, razón por la que se dejó de tomar únicamente el análisis del consentimiento en la formación del Estado, sino que también es procedente establecer la

---

<sup>955</sup> Vid. Silva Sánchez, “Aproximaciones...», pp. 210 ss., en su análisis sobre el utilitarismo y los principios garantísticos para la fundamentación del *Ius puniendi*, prefiere los argumentos garantísticos para la imposición de la pena y la justificación del Derecho penal moderno. De igual forma se refiere a la reducción de la violencia estatal desde el punto de vista utilitarista y desde una visión garantista, así la intervención estatal debe ser reducida en la mayor medida de lo posible por el daño que ocasiona perfectamente singularizables y cuantificables, por lo tanto la intervención estatal puede responder a consideraciones utilitaristas, como el establecimiento de una pena menos grave o la despenalización de algunos delitos; mientras que desde las consideraciones garantistas, los criterios limitadores de prevención son una cuestión del modelo de Estado, que se limita sí mismo, dichos límites más que eso son verdaderos fines asumidos por el Estado liberal de Derecho y que tienen un rango idéntico al del fin de protección social a través de la prevención.

relevancia y la utilidad del consentimiento en la esfera individual<sup>956</sup>. Se considera con mayor detalle, los siguientes puntos:

**a. El consentimiento como fundamento y límite del *Ius puniendi* del Estado.** Esta justificación tiene como antecedente lo que ya se comentó, y se puede resumir en tres aspectos: por una parte, el consentimiento actúa como método para que tanto las voluntades sociales como individuales constituyan un pacto social, con el fin de organizar al Estado; por otro lado, el Estado mediante el aparato legislativo y judicial se pronuncia normativamente con la creación (por consenso de la mayoría legislativa) y aplicación de las leyes; finalmente, se denota en este punto a más de la presencia procesal del consentimiento en los aspectos anteriores, que es un argumento más que justifica dentro de la relación poder y Estado, la existencia misma del Estado a través del consenso de las fuerzas sociales que sustentan al poder, y por consecuencia al Estado y al Ordenamiento jurídico.

El consentimiento en este ámbito es indiscutible que posee una dimensión procesal aplicable en la creación del Estado y de sus instituciones; pero también una dimensión legitimadora del Poder, del Estado y del Ordenamiento jurídico, que a la vez limita la actuación del poder punitivo. Con ello, la presencia del consentimiento queda más que justificada, al amparo no solamente de los fundamentos de conexión con la Teoría política, sino, como un elemento indispensable que legitima al Poder para

---

<sup>956</sup> Con similar criterio, vid. Simón Lorda, “El consentimiento informado... p. 13, en donde menciona el giro antropológico del consentimiento, precisamente con el contractualismo dentro de la Teoría política, esto de la mano de Hobbes, Kant, Locke, Rousseau, lo que conlleva a que se considere al consentimiento como libre, individual e informado por parte de los ciudadanos, que conforman una sociedad política y que a su vez dará legitimidad a las formas de gobierno, este hecho también está relacionado al problema del consentimiento informado, vid. supra., PP, cap. II.

un correcto funcionamiento del Estado, y como consecuencia participa en la creación del Ordenamiento jurídico y en su aplicación, en el caso que interesa: la creación y la aplicación de las normas penales, así, se concluye, que el consentimiento tiene una presencia *ex ante* y *ex post* dentro de la institución estatal.

**b. El consentimiento como fundamento y límite del Derecho penal frente a los derechos fundamentales**<sup>957</sup>. Este aspecto íntimamente unido a la capacidad de disposición de los bienes jurídico-penales mediante el proceso de consentir, por así considerar la persona en su fuero interno, criterio que presenta muchos elementos que pueden ser analizados. Por un lado, y desde el punto de vista de los bienes jurídicos, se está ante lo que el individuo, con apego al principio de libertad (valor del Ordenamiento jurídico) considera lo que son sus derechos fundamentales, y si bien por una parte puede disponer de ciertos bienes jurídicos sin intromisiones del Derecho penal, por otra, delegará la protección de ciertos bienes al Derecho penal. En este sentido, esta manifestación de la voluntad individual de la persona en primera instancia, y luego en su conjunto con el empleo del consentimiento para la toma de decisiones, puede aunar voluntades sociales prestas a ser oídas por la Política criminal, y decantar qué bienes puede el individuo disponer libremente y qué bienes no puede disponer; es así que en estos procesos, se impregna dentro de la voluntad individual y social al consentimiento como método de expresión de los intereses individuales y

---

<sup>957</sup>Vid. con criterio similar, Suay Hernández, «Reputación...», p. 711, sostiene que el análisis del impacto del Derecho penal en las libertades y los derechos es un ámbito en el que no se tiene en cuenta la magnitud de la injerencia que conlleva el ejercicio del poder, y es un campo en el cual queda mucho por hacer; en el mismo sentido, López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 23, manifiesta que en relación a la intervención del Estado frente a la disposición del bien jurídico no es un problema pacífico, precisamente es donde el Estado quiere intervenir, el lugar en el que se produce una reivindicación de los derechos fundamentales, dentro de la idea del *right to be alone*, por lo que se entiende que el límite al Estado es el derecho a la autodeterminación individual.

de los intereses sociales. Por otra parte, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, como expresión de los valores del Ordenamiento jurídico, dicho Ordenamiento, incluido el Derecho penal, pese a sus amplias facultades punitivas, está llamado a respetar la dignidad del ser humano y permitir el libre desarrollo de su personalidad; ahora bien, es el ser humano quien durante procesos históricos ha establecido límites a los poderes estatales con el fin de vivir dignamente y tener un desarrollo personal adecuado. Dentro de este proceso de conquistas históricas se tiene a la Revolución francesa, a la Declaración de Derechos Humanos, que sin dejar de lado, y mucho menos sin intentar desmerecer la presencia necesaria del poder punitivo del Estado para una convivencia pacífica, sin duda, en momentos determinados es la voluntad social la que consiente o disiente sobre el poder otorgado al Estado soberano y al Ordenamiento jurídico, claramente esta potestad individual y social (ciudadana) se manifiesta al amparo de un derecho fundamental como es la libertad, fin que se consigue por la expresión de la voluntad a través del empleo del consentimiento<sup>958</sup>.

Con lo dicho, como fundamento procesal legitimador, el consentimiento tiene razones de sobra para estar presente dentro del Derecho penal, tanto como fundamento del Ordenamiento jurídico, como límite al poder

---

<sup>958</sup> Vid. Íbid, pp. 713 ss., con un amplio estudio sobre el desarrollo teórico de los límites del poder punitivo del Estado, este desarrollo ha sido más amplio dentro de la doctrina de los derechos subjetivos del Estado, por tener más años de existencia. Sin identificarse el presente trabajo con el uso terminológico, se quiere señalar algunos criterios interesantes, que fueron pronunciados por algunos autores dentro de esta doctrina, así: a. Jellinek, para él, el derecho subjetivo público tiene su poder en la ampliación de la capacidad de la libertad actual y dentro de los estatus que presenta el Estado, menciona en el segundo estatus (*status libertatis*), al ciudadano como señor de su esfera, en los actos individuales hay libertad de actos por parte del individuo; b. Binding, por su parte analiza el tema más en sujeción a los delitos; c) Rocco, mantenía el criterio de que el derecho de penar, es un derecho subjetivo público del Estado, derivado del *status subiectionis* general de los súbditos y de la obediencia política.

punitivo y como medio de expresión de la voluntad del individuo y de la sociedad.

### **3.2.3. DESARROLLO DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS PARA DELIMITAR EL CONSENTIMIENTO COMO PARTE DEL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO Y SU NATURALEZA JURÍDICA**

#### **3.2.3.1. BREVES ANOTACIONES TÉCNICAS A EMPLEARSE**

Con el fin de tratar al consentimiento dentro del *Ius puniendi* del Estado, se considera metodológicamente viable seguir un esquema que inicia con el análisis del consentimiento dentro de la Constitución española, para luego pasar de los fundamentos que de allí se obtuviesen a una apreciación tentativa del consentimiento, y finalmente, los resultados analizarlos dentro de la orientación política–jurídica que corresponde.

#### **3.2.3.2. EL CONSENTIMIENTO DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN**

En pos de alcanzar la naturaleza jurídica del consentimiento, y por la irrefutable importancia que presenta el texto constitucional, se recurre a él al inicio, con el fin de establecer la importancia que concede la Constitución al consentimiento. Es así, que el artículo 1.1. de la Constitución española, se proclama como valores superiores del Ordenamiento jurídico a la libertad, a la justicia, a la igualdad y al pluralismo político. Dentro de este marco constitucional, se considera que el consentimiento está relacionado con los valores superiores de libertad y del pluralismo político.



En relación al pluralismo político, se establece que es una de las bases para el desarrollo democrático. Este sistema fue relacionado al consentimiento en líneas anteriores<sup>959</sup>, por lo cual, se parte directamente a tratar la relación entre la libertad y el consentimiento.

Sería una ardua tarea y no propia de este estudio tratar de abarcar las múltiples discusiones filosóficas que se presentan sobre el concepto de libertad dentro del Ordenamiento jurídico en general y dentro del Derecho penal en concreto<sup>960</sup>, por lo que se limita a realizar un análisis normativo con el fin de relacionar al consentimiento con este valor superior<sup>961</sup>. Con ello, se considera como es sabido, que los valores superiores de un Ordenamiento jurídico son conocidos por ser principios constitucionales, que hoy por hoy, tienen una innegable valoración positiva dentro de la doctrina en general y también dentro de la dogmática penal<sup>962</sup>. Los principios constitucionales expresados en los valores superiores determinan los fines teleológicos que persigue el Ordenamiento jurídico, con la Constitución como norma suprema y de mayor jerarquía dentro del sistema jurídico, pues, al tratarse de principios, se estaría frente a una valoración

---

<sup>959</sup> Vid. supra, ap. 2.2.2.

<sup>960</sup> Vid. entre otros: Engisch, *La Teoría de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho Penal*, trad. Guzmán Dalbora, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006, passim; Schünemann, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 24 ss sin embargo en un momento dado, será una mayor precisión propia al respecto; Mill, *Sobre la libertad y otros escritos: la dominación de la muerte, Capítulos sobre el socialismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1991, pp. 41 ss. Rawls, Fried, Sen, *Libertad, igualdad y derecho*, Planeta Agostini, Barcelona, 1994, passim; AAVV, Millar, (ed.), *Liberty*, Oxford University Press, 1991, passim; Gray, *Freedom*, Humanities Press Internacional, Inc., Atlantic Highlands, NJ, USA, 1991, passim.

<sup>961</sup> Sin embargo, en un momento dado, se hará una mayor precisión propia al respecto, Vid. infra, PT, cap. VII, ap. 2 ss.

<sup>962</sup> Vid. Sánchez Martínez, *Los principios en el Derecho y la Dogmática penal*, Dykinson, 2004, pp. 58-60, destaca la importancia que tienen los principios para el Derecho penal actual y su empleo por diferentes autores, así entre otros: Mir Puig, Polaino Navarrete, Cobo del Rosal, Vives Antón, Beccaria, Esser, Bobbio, Betti, Kelsen, Hart, Dworking, Alezy, Larentz, entre otros.

axiológica del principio, sin duda la argumentación axiológica o teleológica empleada en estos casos y apoyado por la doctrina<sup>963</sup>, a tal punto que se crea por parte de algunos autores que el criterio teleológico es el único válido para analizar los principios<sup>964</sup>. Ante ello, y sin ser ministerio primordial de este trabajo detenerse en puntuaciones metodológicas, se considera que dentro de la valoración de algunos principios pueden existir elementos procedentes del sistema de lógica, así, tal como señalan algunos autores, efectivamente existe la presencia de un giro inductivo para la construcción de un principio<sup>965</sup>.

Acorde con los pasos de argumentación interpretativa que se han de seguir<sup>966</sup>, se tiene cuatro estamentos que se verán cumplidos con el fin de determinar si se cuenta con un nuevo principio implícito dentro del principio constitucional de libertad.

Como primer paso metodológico, y como punto inductivo se trae a colación algunas de las normas jurídicas existentes donde se menciona al consentimiento<sup>967</sup>, el Código penal se refiere al consentimiento de manera

---

<sup>963</sup> Vid. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, 1ª edic., Ariel, Barcelona, 1994, pp. 331, con un amplio estudio sobre argumentos teleológicos.

<sup>964</sup> Con este criterio, Vid. Sánchez Martínez. «Los principios en...», pp. 100 y 109; Silva Sánchez, «Aproximación...», p. 259.

<sup>965</sup> Vid. de esta opinión, Prieto Sanchis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 142-146, destaca una injerencia inductiva y deductiva en los principios implícitos constitucionales, como también de la presencia de un componente analógico, por lo que, es imposible dejar de lado al sistema de lógica.

<sup>966</sup> *Ibíd.*, p. 160, se sigue para la elaboración interpretativa aquí expuesta los pasos indicados por Prieto Sanchis.

<sup>967</sup> Únicamente, se aludirán a las disposiciones del Derecho penal y del Derecho médico, en donde de forma expresa se refieren al consentimiento; pero, al margen del Derecho penal, otras ramas jurídicas emplean el consentimiento, así: Derecho Civil (Código Civil, entre otros: los arts. 118, 123, 124, 156, 162, 164, 177, 1262, 1265, 1269, 1.270, 1320, 1322, 1376 a 13678, 1382, 1386. 1388), Derecho Notarial (Ley 24/2001 del Notariado, art. 17 bis, num. 1).

expresa en los siguientes tipos penales: aborto (artículos: 144 y 145), lesiones (artículo 155), esterilización de incapaces (artículo 156), reproducción asistida (artículo 161), abusos sexuales (artículo 181), hurtos (artículo 236), delitos contra la propiedad industrial (artículos 273 y 274), descubrimiento y revelación de secretos (artículos 197.1. y 200), allanamiento de domicilio (artículo 537.1.1.), uso de equipo terminal de telecomunicaciones (artículo 256)<sup>968</sup>. En Derecho Médico es donde más incidencia tiene el consentimiento, y toma el carácter de informado<sup>969</sup>, pues, se encuentra presente entre otras leyes en las siguientes: Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción asistida (artículos: 3.4. 6.1. 6.3. 8.1. 9.2. 9.3. 11.5. 11.6. 11.7. 15.5.a. 16.1. 16.2. 18.3.), Real Decreto 1301/2006 sobre el uso y distribución de células y tejidos humanos (artículos 7.1, 7.2. inc. 3, 8.1.), Real Decreto 2070/1999 sobre trasplante de órganos y tejidos en general (artículos: 9.1.c., 9.1.d., 9.2. 9.4. 15.1. 15.2.).

El grupo de disposiciones indicadas ha producido un abundante trabajo para los operadores jurídicos y actualmente constituye en una copiosa jurisprudencia sobre el consentimiento, en general y sobre el consentimiento informado. En especial, entre las sentencias últimas se tiene Sentencias del Tribunal Supremo: 2007/18 de mayo, 2007/20 de abril, 2007/21 de marzo, 2007/28 de febrero, 2007/23 de febrero. Sentencias de otras instancias: Juez de Primera Instancia número 4 de Alcoy, 2007/21 de marzo; Audiencia de Tarragona, /Sección 1., 2007/28 de febrero; Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, 2007/28 de febrero;

---

<sup>968</sup> Vid. infra, PP, cap. II, ap. 3 ss, con mayor detalle sobre los delitos donde se trata sobre la eficacia el consentimiento.

<sup>969</sup> Vid. infra, PP, cap. III, con mayor detalle.

Audiencia Nacional, 2007/31 de enero; Tribunal de Cantabria, 2007/26 de enero<sup>970</sup>.

Desde un punto de vista axiológico, y en consecuencia conforme al criterio de la relación existente entre el principio de libertad y el consentimiento, a más de la muy breve digresión metodológica, se considera que el valor libertad se expresa a través del consentimiento, que este valor o el concepto histórico que se haya tenido sobre la libertad en un momento determinado, tanto en el plano individual y colectivo, es expresado por el consentimiento, de esta manera, el individuo manifiesta o materializa su libertad como ser humano a través de consentir o disentir sobre algo. De igual forma, dentro de la formación de los diferentes estados, el grado de libertad fue expresado por medio del consentimiento y la consecución de los fines que pretendían, que fueron en su momento realidades sociales, políticas, etc. En la actualidad, la situación no ha cambiado, aún sigue manifestándose la libertad mediante el consentimiento, es decir, el proceso con el cual se expresa una aseveración o negativa frente a algo determinado. Ya sea desde el punto de vista individual o de Estado, la libertad como simple valor requiere un mecanismo de expresión, y es en donde el consentimiento cumple con esta función, con ello, la voluntad se materializa a través del hecho de consentir o disentir sobre el objeto o materia que se trate.

---

<sup>970</sup> Entre otras sentencias del año 2007 que se toma como ejemplo se tienen: STS 600/2007, 11 de septiembre; STS 951/2007, 12 de noviembre; STS 789/2007, 3 de octubre; STS 584/2007, 27 de junio; STS 542/2007, 11 de junio; STS 408/2007, 3 de mayo, STS 297/2007, 13 de abril; STS 238/2007, 21 de marzo; STS 154/2007, 6 de marzo; STS 10/2007, 19 de enero; STS 596/2007, de 29 de junio; STS 494/2007, 8 de junio; STS 366/2007, 7 de mayo; STS 244/2007, 22 de marzo; STS 132/2007, 27 de febrero.

En un segundo estamento, dentro de un proceso deductivo y con un matiz netamente teleológico, se tiene que todas las disposiciones que se refieren al consentimiento presentan como finalidad garantizar el respeto a la dignidad y permitir el libre desarrollo de la personalidad, una clara muestra de esta afirmación es la elaborada teoría del consentimiento informado, que de momento, en términos generales, cuenta con las garantías suficientes para que se respete la dignidad de la persona, lo que sin duda permite el libre desarrollo de la personalidad de esta. A más de otras disposiciones en las restantes áreas del Derecho, el consentimiento en todas sus expresiones normativas presenta como elemento común el de ser un mecanismo que permite la expresión de la voluntad del individuo en pleno ejercicio de su libertad, así se cumple con la finalidad teleológica que persigue la Constitución y el Ordenamiento jurídico en general, como es el respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, por ende, estos dos derechos fundamentales son eficazmente cumplidos, precisamente por el ejercicio de la libertad del individuo<sup>971</sup>.

En atención a lo anterior, y como otro eslabón dentro de la construcción dogmática atinente a la elaboración del principio, se considera que si bien no es expresado dentro del catálogo de los principios constitucionales a través de los valores superiores, tal como lo es la libertad, que tiene el carácter de principio explícito, el consentimiento en primera instancia se puede catalogar como un principio implícito<sup>972</sup>, derivado de uno constitucional como es el de libertad. Esta relación se justifica

---

<sup>971</sup> Vid. en este sentido Larenz, «Metodología de la...», pp. 337-338, enfatiza sobre la importancia que tiene los principios de rango constitucional que se expresan en la parte de derechos fundamentales de la Constitución, cuya preeminencia recae en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad.

<sup>972</sup> Vid. literaturas sobre los principios implícitos constitucionales en Prieto Sanchis, «Sobre los principios...», pp. 141 ss., Sánchez Martínez, «Los principios en...», pp. 76-78.

principalmente por ser el consentimiento un medio tradicional que ha permitido la expresión de la libertad, visto así, es indudable la íntima conexión que presentan estos dos postulados, tanto la libertad necesita del consentimiento para su expresión, y el consentimiento de la libertad como uno de los propósitos de su existencia dentro del sistema, y en una construcción dogmática, es el fundamento constitucional del cual se deriva su valoración jurídica en el Ordenamiento.

Se considera en este trabajo que del principio constitucional de libertad, no solamente es la matriz explícita del principio del consentimiento, sino que de este fecundo principio pueden resultar otros relacionados entre sí, cuyo fin teleológico, de igual forma, es el respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1. Constitución española). Es así, que el principio de libertad puede dar vida en primera instancia al *principio de la autonomía de la voluntad*<sup>973</sup>, elemento indispensable para la expresión de la dignidad de la persona, y que alcanza su materialización en el mundo jurídico mediante el principio del consentimiento, además de utilizar al consentimiento como medio de expresión de la voluntad individual, el consenso o disenso que genere la manifestación de la voluntad es la máxima expresión de la autonomía de la voluntad, con la cual cada ser humano actúa conforme a su conciencia. Esta concatenación de los principios señalados genera como consecuencia la presencia de otro principio implícito de gran importancia por las consecuencias que en la actualidad se le está otorgando dentro de la dogmática penal; en términos generales, el individuo debe ser responsable por sus propios actos, como consecuencia de la expresión de la autonomía de su voluntad a través del consentimiento, lo que podría ocasionar algunos resultados lesivos productos del proceso. Este criterio se sustenta constitucionalmente

---

<sup>973</sup> Vid. supra. P, cap III, ap. 3.9.2 y PT, cap. VII, ap. 1 ss, con mayor extensión.

conforme al principio de libertad, el individuo expresó su voluntad a través del consentimiento, lógicamente como máxima expresión de su autonomía y de la libertad de expresarse y consentir o disentir, y sus actos inevitablemente generan consecuencias jurídicas, por lo tanto, luego de una expresión consciente y libre, el individuo es responsable de los actos resultantes por sus decisiones, es así, que a consideración de este trabajo, aquí deviene el *principio de autorresponsabilidad*<sup>974</sup>, uno de los elementos claves para la configuración de la imputación personal<sup>975</sup>.

Finalmente, como último parámetro argumentativo, se tiene la efectividad del principio al momento de ser aplicado a casos concretos. La conjunción de los tres principios generales implícitos (autonomía de la voluntad, consentimiento y autorresponsabilidad) provenientes del principio constitucional y explícito de libertad<sup>976</sup>, dentro del *Ius puniendi* del Estado, pueden aplicarse en algunos casos de la Parte Especial que presentan problemas dogmáticos, así, en lo atinente a este estudio, se analizarán con relación a los delitos relativos a la de manipulación genética<sup>977</sup>.

### **3.2.3.3. REFORMULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL *IUS PUNIENDI***

---

<sup>974</sup> Vid. con una apreciación diferente, Cancio Meliá, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, 2ª edc. Bosch, Barcelona, 2002, pp. 227 ss. en la construcción dogmática dentro de su estudio sobre imputación a la víctima, deriva al principio de autorresponsabilidad directamente de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1.), de estos derechos fundamentales nacería este principio y el principio de autodeterminación.

<sup>975</sup> Vid. infra, PT, cap. VII, ap. 5.3.

<sup>976</sup> Como criterio parecido al expuesto, Roxin, DP. PG., 2ª edic., p. 512-513, al analizar sobre las posturas defendidas en relación al acuerdo y al consentimiento en la doctrina alemana, se refiere que el consentimiento descansa en la renuncia al bien jurídico que tendría fuerza justificante desde el punto de vista jurídico-consuetudinario como consecuencia del derecho de autodeterminación individual o sobre la base jurídico-constitucional de la libertad de acción (art. 2 de la Constitución alemana).

<sup>977</sup> Vid. infra, PT, cap. VII, ap. 2 ss.

Para iniciar con el desarrollo de este apartado, se ilustra previamente la situación a tratarse con unas breves reflexiones sobre la relación entre la sociedad y el Estado. Tal como se analizó anteriormente, ha sido la sociedad que con apego a su visión sobre la libertad y mediante el proceso del consentimiento origina al Estado, a partir de lo cual, la sociedad concede al Estado la facultad de elaborar y aplicar los límites jurídicos. El Estado cumple con este cometido mediante la creación de las normas jurídicas y las aplica como límite a la autonomía de la voluntad de las personas, quienes deberán respeto al Ordenamiento jurídico creado. Los límites que impone el Estado a los individuos miembros de la sociedad han ocasionado que a su vez, se plantee la necesidad de controlar las amplias facultades punitivas del Estado, este proceso desencadenó con la elaboración de los límites al *Ius puniendi* del Estado. Sin embargo, la sociedad guarda para sí el manejo de los límites éticos con el objetivo de permitir una armoniosa convivencia; pero, a pesar del amplio radio de poder de la sociedad sobre sus miembros, el individuo es la causa y finalidad de la sociedad, de allí proviene su utilidad práctica, razón por la cual, el ser humano es el protagonista de los cuestionamientos de palabra y de hecho que limitan el poder de la sociedad dentro de su vida. El camino que ha tenido la sociedad y el Estado, la primera como portadora de los límites éticos y el segundo de los límites jurídicos para el desarrollo de la vida en comunidad, presenta un paralelismo dentro del proceso de ejercicio del poder en sus campos respectivos, por ello, que los límites que impone son a su vez controlados por las fuerzas sociales, con la finalidad de conseguir estructuras útiles para la convivencia social.



Dentro del panorama descrito, y según el criterio de J. S. Mill<sup>978</sup>, es indispensable destacar la actuación de los patriotas, quienes en el desarrollo histórico de la humanidad han tenido la misión de asignar los límites que la sociedad y el Estado deben ejercer sobre la comunidad. Así se tienen como formas empleadas, por un lado, el reconocimiento de las llamadas libertades o derechos políticos, y por otra parte, como mecanismo más reciente, se establecen frenos constitucionales a través del consentimiento de la comunidad, lo que condiciona a la actuación del Gobierno de un pueblo. En relación a esto, se puede decir que la lucha entre autoridad *versus* libertad ha sido una de las expresiones perseverantes y continuas dentro de la historia, de tal forma, que en la actualidad el individuo en sociedad continúa con su lucha por la prevalencia de su libertad en ciertos ámbitos de la vida en comunidad, como expresión máxima de respeto a varios aspectos inherentes a su dignidad y al desarrollo de su personalidad, como son la autonomía de su voluntad, la facultad de manifestar su voluntad por medio del consentimiento y la posibilidad de autorresponsabilizarse por sus propios actos.

En la confrontación paralela que mantiene la sociedad y el Estado, con relación a los límites jurídicos del Estado *versus* el ejercicio del *Ius puniendi* y los límites éticos de la sociedad *versus* las libertades del individuo, se considera que nada es inamovible, más bien este conflicto puede verse transformado, siempre a favor del ser humano, pues, dentro del poder que el individuo otorgó a la sociedad y al Estado para la consecución de los límites para la comunidad en su conjunto, el individuo, como prerrogativa social y estatal, retiene en sí en última instancia el poder para limitar al poder, por lo que se produce una continua revisión de los derechos individuales que le atañen.

---

<sup>978</sup> Vid. en «Sobre la libertad y...», p. 42.

Con lo manifestado y con apego a la tendencia liberal del Derecho penal, se considera que el ejercicio de la libertad del individuo, ante la sociedad y el Estado, es una constante en continuo cambio, así lo demuestra el devenir histórico, y sin duda este parámetro seguirá mostrándose a futuro. Por lo tanto, este aspecto no implica, en ningún momento, que se pretenda restar de las facultades punitivas del Estado su propósito teleológico válido, sino, más bien se considera que se deben elaborar nuevos matices dogmáticos, que en definitiva equilibren de mejor manera los límites del Estado dentro de la esfera individual, como también, hacer lo propio respecto al poder que en última instancia tiene el individuo sobre el *Ius puniendi* del Estado<sup>979</sup>.

De acuerdo a lo anterior, se pasará a una valoración sistémica y teleológica de los principios implícitos individuales procedentes de los principios constitucionales dentro del *Ius puniendi*. También se realizará un análisis sobre la ubicación y sistematización de estos principios de cara a los principios limitadores del poder punitivo del Estado ya existentes, y finalmente, se aludirá al funcionamiento global de todos los principios dentro del sistema penal.

### **3.2.3.3.1. LOS ANTECEDENTES DEL CONSENTIMIENTO Y SU CARÁCTER DE PRINCIPIO EXTRASISTÉMICO DENTRO DEL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO**

---

<sup>979</sup> Vid. Roxin, DP. PG., 2ª edic., p. 551, dentro de una breve referencia a datos históricos en relación al consentimiento, menciona la tradicional oposición de la Escuela histórica del Derecho frente a estos planteamientos liberales, de tal forma, que la manifestación histórica del orden estatal no puede quedar a merced de la disposición del individuo.

Con relación a este punto se debe tener en cuenta el contenido de los principios sistémicos, que por su similitud con los principios implícitos son comúnmente confundidos; pues, a criterio de los expertos sobre el tema<sup>980</sup>, una de las características que comparten son los procesos axiológicos para la valoración. Dentro de las mejores elaboraciones sobre los principios extrasistémicos se tiene el trabajo de Mortati<sup>981</sup>, quien relaciona a los principios extrasistémicos con el fin político general del estado anterior al Derecho, de tal suerte, que los principios políticos presentan como característica primordial el hecho de ser prejudiciales. En general, este tipo de principios son producto de una construcción dogmática más que jurisprudencial, y posteriormente tienen un reconocimiento normativo<sup>982</sup>.

Del principio del consentimiento, al margen de presentarse como un principio implícito dentro del gran principio de libertad, en conjunción con otros, y por su trayectoria dentro de la Teoría política, se desprende como antecedente su inminente presencia en calidad de proceso para la consecución de algunos fines, así: el pacto social, la formación del Estado, la creación y la aplicación de leyes, la delegación de las facultades punitivas al Estado; todo ello, en base al cúmulo de las voluntades que expresaban su decisión libre de unirse dentro de un ente organizador<sup>983</sup>. En sus tiempos iniciales, precisamente tenía un carácter de principio

---

<sup>980</sup> Vid. Prieto Sanchis, "Sobre principios...", p. 146; Gustini, *Dalle fonti alle norme*, 2.<sup>a</sup> edic., Torino, 1992, pp. 127 ss.; Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milán, 1940, pp. 123

<sup>981</sup> Vid. en «La Costituzione...», pp. 123 y 127, sostiene que: «la directa asunción por el Derecho del fin político general del estado como tal, es decir, de su inmediata expresión, anterior a su plasmación en varias particulares direcciones y en el sistema de singulares preceptos»; así los principios políticos «no solo pertenecen a un estadio prejudicial, sino que siendo la esencia misma de la Constitución, representan la fuente primera del Derecho estatal».

<sup>982</sup> Vid. Prieto Sanchis, «Sobre principios...», p. 147.

<sup>983</sup> Vid. Sánchez Martínez, «Los principios en...», p. 92; Hassemer y Muñoz Conde, *Teoría General del Derecho*, 1.<sup>a</sup> edic., Ed. Debate, 1992, pp. 137, afirman que la creación de normas penales también son un acto político.

prejurídico, y reflejaba los fines que se le otorgaban al Estado de aquellos días, como era el logro de una institución colectiva que regule la vida en comunidad, y a su vez que sea útil a la sociedad y al individuo. Hasta ese momento se puede hablar del principio del consentimiento como prejurídico, a partir de ese entonces, y por su desarrollo de siglos, se consolidó explícitamente dentro del Ordenamiento jurídico por vía doctrinal y jurisprudencial, para finalmente, contar con el consentimiento que hoy se estudia.

Luego de señalar, claramente, el antecedente del principio del consentimiento como principio extrasistémico dentro de la formación del Estado y del Ordenamiento jurídico general, es más complejo tratar al principio del consentimiento del sistema penal<sup>984</sup>, pues, a simple vista, por el precedente político del principio que se está analizando, en el sistema penal puede ser considerado como un principio extrasistémico, con lo que se plantea la duda de ¿Si al ser considerado como principio extrasistémico dentro del sistema penal, se descarta la argumentación como principio constitucional implícito o pueden coexistir las dos condiciones dentro de un mismo principio?

De momento la doctrina penal presenta un considerable apego a los principios de corte constitucional, precisamente por ser el campo de los principios bastante complicado en sí. Junto al prioritario fundamento doctrinario que escoge a los principios constitucionales para una aplicación penal, se afirma a la vez, que las construcciones dogmático-penales con

---

<sup>984</sup> Al respecto y con criterio similar, Vid. Sánchez Martínez, «Los principios en...», p. 75, sobre la importancia para la dogmática penal el recurrir a los principios constitucionales, de tal suerte que los problemas que se presentan en los principios generales se diluyen al tratarse de principios considerados en la Constitución o en la ley, por lo que no cabe duda, que la Constitución es una fuente directa de los principios en Derecho penal.

base en principios, también pueden aportar elementos de estudio sobre el empleo de estos, en pos de obtener parámetros más claros sobre la aplicación de los principios dentro del sistema penal<sup>985</sup>.

Con la afirmación anterior se considera, en primera instancia, que los principios extrasistémicos tienen un carácter de generalidad a todo el Ordenamiento jurídico, no puede desconocer que son los que motivan a los fines del Estado y se materializan en las normas constitucionales. De esta manera, su pasado prejurídico lógicamente se ve expresado en la Constitución y dentro de este campo normativo adquiere el nombre de principio constitucional ya sea explícito o implícito. Sin embargo, su aplicación se puede expresar en un sistema jurídico en general, bien sea como antecedente prejurídico de los fines del Estado y del Derecho en cada rama jurídica o también como antecedente dentro de un sistema jurídico concreto, en relación a una institución determinada, que a la vez, puede convertirse nuevamente en principio extrasistémico de haber alguna norma al respecto, por lo cual puede, en un momento dado, coexistir un mismo valor como parte de diferentes principios, ya sea constitucional o extrasistémico, dependiendo del ámbito de argumentación. Como ejemplo de este proceso se tiene al principio del consentimiento, que en su pasado tiene la calidad de principio extrasistémico del sistema jurídico en general, luego, pasa a un sistema jurídico concreto, en este caso al sistema penal, y al contar el Ordenamiento penal con alguna norma concreta sobre el consentimiento, como de hecho contiene varias disposiciones en relación al

---

<sup>985</sup> Vid. *Ibíd.*, pp. 63-64., en este sentido la doctrina española ha calificado a los principios como: «líneas orientadoras, como fundamento de las normas jurídico-penales, pero también como límites jurídicos y, por lo tanto, como proposiciones prescritas», que dentro del Derecho penal por el extraordinario poder del Estado, los principios son el fundamento de la facultad de limitación, es decir, los fundamentos y límites al *Ius puniendi*.

mismo<sup>986</sup>, este principio vuelve a tener el carácter de extrasistémico, por lo tanto, el principio del consentimiento es un principio constitucional con un pasado de principio extrasistémico dentro del sistema jurídico en general, y las dos variantes son aplicadas dependiendo del ámbito de argumentación.

Con el fin de explicar con mayor detalle el ejemplo citado, dentro de la doctrina de los principios en el sistema penal, en este trabajo, con respecto al principio del consentimiento y con apego a la Teoría del Estado se considera que el proceso de creación y funcionamiento del Estado, en conjunción principalmente con el sistema democrático, entre otros factores indicados, actúan como argumentos de conexión y fundamentan al consentimiento como principio extrasistémico del Ordenamiento jurídico en general. Por otra parte, el mismo principio sometido a un análisis constitucional, puede ser considerado como un principio implícito del principio explícito de libertad. De otro lado, para la ubicación del principio del consentimiento dentro del sistema penal como principio extrasistémico, el consentimiento tiene como antecedente a las *facultades punitivas del Estado* (consecuencia del pacto social, la formación y funcionamiento del Estado). Ahora bien, ese carácter extrasistémico o prejurídico dentro del Ordenamiento jurídico penal pierde su esencia al verse materializado en normas y jurisprudencia penales, de tal suerte, que finalmente, el principio tiene el carácter de principio implícito constitucional, cuyo proceso es similar al de otros principios del *Ius puniendi*, razón por la cual, su ubicación dentro del *Ius puniendi* del Estado es en calidad de principio implícito de corte constitucional (principio de libertad). Junto con esto, el principio del consentimiento fue un principio extrasistémico de largo recorrido, carácter que fue modificado por la normativa y jurisprudencia que materializan al principio dentro del Ordenamiento jurídico general y

---

<sup>986</sup> Vid. infra. ap. 3.2.3.2.

penal, por lo que, hay simplemente la denominación de extrasistémico se reduce a un antecedente del principio.

Esta visión marca la evolución del principio del consentimiento dentro de la Teoría política del Estado, la Constitución y el sistema penal como parte del *Ius puniendi* del Estado, con estas precisiones se puede fundamentar teológicamente su ubicación dentro del *Ius puniendi* y su relación con los demás principios limitadores al poder punitivo del Estado.

### **3.2.3.3.2. LA FINALIDAD TELEOLÓGICA DE LOS PRINCIPIOS DEL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO**

Dentro de este punto es necesario partir con una referencia a las funciones que tiene el Derecho penal; se considera por parte de la doctrina, que el Derecho penal es un medio de control social, entre otros mecanismos como la familia, la escuela y otros grupos sociales<sup>987</sup>; ello concuerda con el planteamiento realizado con anterioridad sobre el control de la sociedad mediante límites jurídicos delegados al Estado y con la aplicación de límites éticos que la misma sociedad los ejecuta a través de los diferentes estamentos (familia y otras agrupaciones)<sup>988</sup>. Definido el doble control social al que se sujeta una comunidad (límites éticos y límites jurídicos), la función del Derecho penal, como parte de la estructura estatal, es efectuar el control social a través de las penas y medidas de seguridad, estas son aplicadas conforme a lo que dispone el Estado Social y Democrático de Derecho<sup>989</sup>.

---

<sup>987</sup> Vid. Mir Puig, DP. PG., 6ª edic., p. 5.

<sup>988</sup> Vid. supra, ap. 3.2.3.3.

<sup>989</sup> Vid. Mir Puig, DP.PG., 6ª edic., p. 5, con mayor referencia sobre el tema.

Ahora bien, para la realización de las funciones del Derecho penal, el Derecho penal objetivo debe recurrir a lo que se ha conocido como el Derecho penal subjetivo, que en la actualidad, doctrinariamente, se denomina como las facultades punitivas del Estado<sup>990</sup>. En atención a las facultades punitivas que tiene el Estado dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, se regulan los alcances del poder punitivo, así, en resumen se puede decir, que el Estado de Derecho legitima el sometimiento de los ciudadanos al poder punitivo, mientras que el Estado Social legitima la prevención que debe ejercer el Estado mediante el Derecho Penal; la prevención es empleada conforme a las necesidades de protección de la sociedad y, finalmente, el Estado Democrático obliga al Derecho penal a estar al servicio del ciudadano<sup>991</sup>.

Los límites que tiene el poder punitivo del Estado dentro del Derecho penal se derivan de dos fuentes<sup>992</sup>. En primera instancia, se tendrían la presencia de límites externos presentes en la Constitución, con apego al modelo de Estado que compete, Social y Democrático de Derecho, el cual eleva como valores superiores del Ordenamiento jurídico a la libertad, a la justicia, a la igualdad y al pluralismo político. En segunda instancia, se puede hablar de límites internos que son los principios creados, propiamente, para limitar al *Ius puniendi* del Estado, que por una parte son creaciones dogmáticas y por otra, algunos de ellos tiene el carácter de derechos fundamentales recogidos en la Constitución, así los límites internos regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, en apego y concordancia con los límites externos donde se originan la mayoría de estos.

---

<sup>990</sup> En este sentido, Vid. Suay Hernández, «Refutación del...», pp. 712 y 740.

<sup>991</sup> Vid. criterio de Mir Puig, DP. PG., 6ª edic., p. 74, quien en relación a los tres caracteres del Estado, sistematiza los principios limitadores del *Ius puniendi*.

<sup>992</sup> Vid. con similar opinión: Muñoz Conde, García Arán, DP. PG., 4ª edic., Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 77.



Tanto los límites externos e internos del poder punitivo del Estado dentro del Derecho penal, tienen como *fin teleológico* en un plano individual adecuar la función punitiva del Estado para conseguir un respeto eficaz a la dignidad, al desarrollo de la personalidad en un plano individual y en un plano colectivo; los principios tienen como finalidad respetar los valores superiores del Ordenamiento jurídico, tal como lo impone el Estado Social y Democrático de Derecho. Con ello, en este estudio se considera que la finalidad teleológica de los principios limitadores al *Ius puniendi* se bifurcan en dos radios de aplicación: a. En un nivel individual, los principios limitadores al *Ius puniendi* tienen la obligación de respetar los derechos fundamentales relacionados con la libertad en general, que se resumen con el respeto a la *dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad*; y b. En un nivel colectivo, los principios limitadores al *Ius puniendi* tienen la finalidad de respetar los derechos colectivos consagrados en el Ordenamiento jurídico, y cuyos *valores superiores* son pilares del Estado Social y Democrático de Derecho. Para determinar la relación entre los principios y derechos<sup>993</sup>, es necesario regresar al criterio de diferenciación entre los principios y las reglas<sup>994</sup>, antes de ello, se puede decir que los principios constitucionales recogen a los derechos fundamentales, por ello se los conoce como mandatos de optimización<sup>995</sup>, al mismo tiempo, los principios imponen un respeto mínimo a los derechos que protegen. Los derechos pueden ser reformulados mediante una regla, ya sea como mandato detallado, perentorio y garantista y son estas reglas las que garantizan el respeto a los derechos fundamentales. Cabe destacar

---

<sup>993</sup> Rodríguez-Toubes Muñiz, Principios, fines y derechos fundamentales, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 41-42, se sigue las directrices expuestas por este autor.

<sup>994</sup> Vid. supra, PS, cap. IV, ap. 5.1.2.

<sup>995</sup> Se recuerda que los principios se encuentran en un ámbito deontológico (mandato, prohibición, permisión y del derecho a algo), Vid. Atienza, Ruiz Manero, «Las piezas...», pp. 9-10, con más detalle.

que los principios que protegen derechos tienen un carácter más prescriptivo que los principios exclusivamente políticos.

En el caso del principio del consentimiento y sus afines: el principio de autonomía de la voluntad y el principio de autorresponsabilidad, se considera que *cumplen con los fines teleológicos tanto individuales y colectivos* propuestos, principalmente, porque dichos principios se derivan del principio constitucional y explícito de libertad, valor superior dentro de la Constitución, por lo tanto, tienen el carácter de principios implícitos, razón de sobra para ser considerados como principios dentro de los límites internos o principios limitadores del poder punitivo del Estado. Este argumento, conjuntamente con la apreciación de que precisamente el principio del consentimiento y los principios relacionados, son los que realmente permiten la realización de la *finalidad teleológica individual* como es *el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad*<sup>996</sup>; pues, se puede afirmar, que los principios derivados del principio constitucional de libertad acatan fielmente y realizan materialmente el fin teleológico último y primordial de los límites del poder punitivo del Estado y de las funciones del Derecho penal<sup>997</sup>, como es *el respeto a los derechos fundamentales*<sup>998</sup>, no solo contemplados en la

---

<sup>996</sup> Con relación al respecto al libre desarrollo de la personalidad, Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 517, dirá que incluso la disposición del bien jurídico sirve para el libre desarrollo del individuo; por lo tanto, la disposición del bien jurídico es la expresión del libre desarrollo no menoscabado.

<sup>997</sup> Vid. ibíd., p. 76, sobre la función de Derecho penal de respetar los derechos fundamentales que son la base de la democracia.

<sup>998</sup> Con similar criterio, Peces-Barba, Derecho y derechos fundamentales, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, p. 328, considera que los derechos fundamentales son un límite al poder punitivo del Estado para garantizar la autonomía y la libertad de los individuos.

Constitución de España, sino con generalidad en las demás Constituciones de Occidente y en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>999</sup>.

Por todo lo sostenido hasta el momento, finalmente se concluye, que el consentimiento es un principio limitador al *Ius puniendi* del Estado, conjuntamente con otros principios relacionados al mismo, como son el principio de autonomía de la voluntad y el principio de autorresponsabilidad, sin dejar de lado la posibilidad que estos principios contengan derechos fundamentales<sup>1000</sup>.

### **3.2.3.3. CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO CONFORME A SU NATURALEZA COLECTIVA Y A SU NATURALEZA INDIVIDUAL**

Con el fin de emitir un criterio sobre una nueva clasificación de los principios limitadores del poder punitivo del Estado, se debe decir que la doctrina señala a los principios informadores del Derecho penal, como «aquellos presupuestos técnico-jurídicos que configuran la naturaleza, características, fundamentos, aplicación y ejecución del Derecho Penal», estos se constituyen en pilares sobre los cuales se elaboran las instituciones jurídico-penales como los delitos, las faltas, las penas, las medidas de seguridad<sup>1001</sup>. La mayoría de ellos responden a consideraciones constitucionales, y se encuentran enmarcados dentro del Estado Social y

---

<sup>999</sup> Vid. Baratta, *Criminología y Sistema penal. Compilación in memoriam*, Euros Ed. S. R. L. F, B. de F. Buenos Aires-Montevideo, 2006, pp. 299 ss., sobre el principio de intervención penal mínima y los derechos humanos.

<sup>1000</sup> Este trabajo se limita a realizar un estudio más exhaustivo del principio del consentimiento su desarrollo, justificación y presencia dentro del Ordenamiento penal, por ser uno de sus temas principales que aquí se abordan, por ende, se efectúa una simple mención del principio de autonomía de la voluntad y del principio de autorresponsabilidad

<sup>1001</sup> Vid. Martos Núñez, «Principios penales en el Estado Social y Democrático de Derecho», RDPC, núm. 1, Madrid, pp. 217-218.

Democrático de Derecho, cuyo fin teleológico se centra en el respeto a la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad, como también, en el respeto al Ordenamiento jurídico constituido y a sus valores superiores.

De los principios informadores del Derecho se han realizado varias clasificaciones, dentro de las cuales se encuentran los principios limitadores al *Ius puniendi* del Estado. La temática presenta varias posibilidades, por lo que se menciona de forma general la clasificación que se realiza de acuerdo a la función del Ordenamiento<sup>1002</sup>, atendiendo a criterios como la naturaleza, las características, los fundamentos, la aplicación y la ejecución del Derecho penal y, conforme a las perspectivas político-criminales del Estado de Derecho.

Al margen de estos criterios de clasificación de los principios informadores del Derecho penal, se encuentran los principios propiamente considerados como limitadores al poder punitivo del Estado. En relación a estos principios no existe un criterio unánime, en cuanto a cuales son y sobre una clasificación concreta, de tal modo, que la dogmática deja abierta la posibilidad de nuevas construcciones de principios y de posteriores clasificaciones<sup>1003</sup>. Sin embargo, en este trabajo se sigue el criterio de Mir Puig<sup>1004</sup> para clasificar a los principios limitadores del *Ius puniendi* del Estado, conforme a la orientación política jurídica del Estado Social y Democrático de Derecho. Es así, que dentro del Estado de Derecho se enmarca al principio de legalidad, el cual contiene al principio de analogía; el Estado social ampara al principio de utilidad de la intervención penal, al principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del Derecho penal, al

---

<sup>1002</sup> Vid. ibíd., 218-219.

<sup>1003</sup> Vid. Fernández Rodríguez, «Los límites...», pp. 89 ss.

<sup>1004</sup> Vid. supra. ap. 3.2.3.3.2., n. 991.

principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y finalmente, dentro de los límites del *Ius puniendi* en el Estado Democrático, se tiene al principio de humanidad de las penas, al principio de culpabilidad, al principio de proporcionalidad y al principio de resocialización.

Sin descartar la clasificación anotada, a la cual se volverá posteriormente, se considera, que los principios limitadores al *Ius puniendi* del Estado, también se pueden clasificar conforme a su naturaleza individual o colectiva, ya que de ello dependerá la finalidad de protección y garantías que se persiga frente al poder del Estado<sup>1005</sup>. Así se observa que existen principios que por su naturaleza se aplican más en el campo de garantías generales del Derecho penal, por lo tanto, estos tienden en mayor medida a cumplir con la naturaleza pública del Derecho penal; mientras, existen otros principios con los cuales se pretende precautelar directamente los derechos fundamentales<sup>1006</sup>, particularmente la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad<sup>1007</sup> del poder punitivo del Estado. Incluso en estas dos áreas donde se aplican los principios, se puede contar con principios operativos que sirven para la eficacia del Derecho penal o para proteger los derechos y garantías individuales como límites al *Ius puniendi*

---

<sup>1005</sup> Con respecto al planteamiento de este trabajo, los principios que contienen derechos fundamentales, respaldan a los mismos y garantizan su efectividad mediante la aplicación de reglas, visto así, en un sentido parecido, Ferrajoli, «Derechos y garantías». La Ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999, pp. 19 ss. en relación a la importancia de la función de garantía del derecho, como solución a la crisis del Derecho, así el sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado se fundamenta en la tutela de los derechos fundamentales. En los dos criterios lo que se persigue es la protección de los derechos fundamentales del individuo frente al Estado.

<sup>1006</sup> Vid. Ansuátegui Roig, «La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias», AFD, t. XXIII, 2006, pp. 187, sobre la problemática de los derechos fundamentales dentro del Estado de Derecho, especialmente dentro de sociedades complejas desde un punto de vista cultural y ético.

<sup>1007</sup> Vid. Ferrajoli, Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia, Trotta, Madrid, 2006, *passim*, resalta la defensa de los derechos fundamentales.

del Estado. Así se puede considerar que dentro de la clasificación propuesta se tiene:

**a). Conformar a la naturaleza colectiva de los límites del *Ius puniendi*.**

Mediante estos principios se pretende proteger y garantizar los derechos de la colectividad del poder punitivo del Estado. Así se tiene en esta área<sup>1008</sup>: el principio de legalidad con su principio afín, el principio de analogía, el principio de utilidad de la intervención penal, el principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del Derecho penal, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; el principio de humanidad de las penas; el principio de culpabilidad; el principio de proporcionalidad y el principio de resocialización<sup>1009</sup>.

**b). Conformar a la naturaleza individual de los límites al *Ius puniendi*.**

Con ellos se protege y garantiza el libre ejercicio de los derechos fundamentales del poder punitivo. En esta zona se encuentran el principio de autonomía de la voluntad, el principio operativo del consentimiento y el principio de autorresponsabilidad.

A su vez, la naturaleza individual de los principios limitantes al *Ius puniendi*, atiende a la concepción del *Estado Democrático*, estamento que propugna la *disposición del Derecho penal y del Estado al servicio del ciudadano*. Junto a ello, se puede considerar que estos principios al cumplir con la función de protección individual, como se ha dicho son principios de naturaleza individual, al margen de ser principios constitucionales

---

<sup>1008</sup> Vid. DP. PG. pp. 75 ss., se mencionan en este estudio los principios que Mir Puig cita para su clasificación.

<sup>1009</sup> Vid. AAVV, Cuaderno de prácticas de Teoría del Derecho, Colex, Madrid, 2001, pp. 183, entre las garantías estatales ordinarias son los recursos jurisdiccionales como la mejor alternativa para defender los derechos de los ciudadanos, mientras, que dentro de las garantías estatales extraordinarias, se sitúa la Defensoría del Pueblo.

implícitos. Este tipo de principios proceden de la concepción liberal del Estado y del Derecho y persiguen como fin la protección de los derechos fundamentales relacionados a ellos como consecuencia se limita la potestad punitiva del Estado y se protege al individuo contra los excesos de los poderes públicos.

#### **3.2.3.3.4. LAS PRINCIPALES RELACIONES SISTÉMICAS ENTRE LOS PRINCIPIOS LIMITADORES AL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO: ESPECIAL REFERENCIA A LA RELACIÓN SOBRE EL CRITERIO DE LIBERTAD ENTRE LOS PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD CON LOS DE NATURALEZA INDIVIDUAL**

Con anterioridad se realizó una referencia a la relación entre el consentimiento con otros principios limitadores al *Ius puniendi* exclusivamente en este campo, sin que se pueda abundar con mayor injerencia de lo dicho<sup>1010</sup>; por ello, se pasa directamente a establecer algunas relaciones especiales entre los principios de naturaleza individual con el principio de culpabilidad, ubicado en este trabajo dentro de los principios de naturaleza colectiva.

Se debe indicar como premisa general y de dominio doctrinal, que el área sistemática que corresponde al *Ius puniendi* dentro del sistema penal, es diferente al lugar dentro del mismo que ocupa la Teoría del delito y la Teoría de la imputación. Precisamente, se considera que en esta diferenciación está uno de los problemas principales que presenta la relación entre los principios de naturaleza individual con el principio de culpabilidad localizado como parte de los principios de naturaleza colectiva, es así, que abordar este aspecto resulta bastante complejo, debido

---

<sup>1010</sup> Vid. supra. ap. 3.2.2.1.

a que se puede confundir las dos áreas, al momento de aplicarse en la práctica los principios, ya sea dentro del *Ius puniendi* o dentro de la imputación, este por menor que dificulta aún más la labor de encontrar parámetros para esta diferenciación. Por lo tanto, las preguntas que se formularían son ¿En qué área (*Ius puniendi* o imputación) deben ser aplicados los principios?; ¿qué principios se deben aplicar en cada área y cuál es el parámetro que los une y/o diferencia?

Primeramente, se deben señalar algunas precisiones sobre el principio de culpabilidad, así se tiene, que en un sentido amplio aún se emplea como rótulo genérico el término «principio de culpabilidad»<sup>1011</sup>; aunque, en la moderna Teoría del delito, el término culpabilidad tiene un contenido más estrecho que los de imputación o responsabilidad subjetiva, por el desplazamiento que hace la doctrina mayoritaria del dolo y la imprudencia al juicio de antijuricidad con lo que se reduce el campo del principio de culpabilidad<sup>1012</sup>. Al principio de culpabilidad tradicionalmente se le fundamenta con la idea de la posibilidad que tiene el autor de comportarse de otro modo, sin embargo, desde hace treinta años el concepto dominante de culpabilidad en Alemania, es denominado como «concepto social de culpabilidad», que alude conscientemente al poder obrar de otra manera individual y reduce el juicio de culpabilidad a la constatación de que el

---

<sup>1011</sup> Molina Fernández, «Presupuestos de responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», en ADPCP, vol., LIII, 2000, p. 183.

<sup>1012</sup> A pesar que no existe un consenso unánime para aceptar el desplazamiento del dolo y la imprudencia, sin embargo, dentro de la misma doctrina mayoritaria que si acepta esta modificación no existe un criterio común sobre el empleo del tema, en este sentido Mir Puig, DP.PG., 5ª edic., Reppertor, Barcelona, 1998, p. 95 ss., distingue entre principio de culpabilidad estricto o de imputación personal, y principio de culpabilidad en sentido amplio, mientras que Luzon Peña, en Enciclopedia Jurídica Básica, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5088, distingue entre el principio de imputación subjetiva y el principio de culpabilidad.



autor es capaz de reaccionar normativamente<sup>1013</sup>. Al margen de lo anterior, también se puede describir al principio de culpabilidad como uno de los límites al *Ius puniendi*, el cual exige como requisito para la aplicación de una pena, el hecho que se pueda «culpar» a alguien de una acción que motiva tal pena. Para ello, se debe cumplir con ciertas condiciones, de tal forma, que para ser declarado un sujeto como culpable de un hecho, es necesaria la confluencia de varios principios: de responsabilidad de las penas (el delito es propio de quien sea de culpar); el principio de responsabilidad por el hecho (castiga el hecho y no la personalidad del autor); el principio de dolo y/o culpa; principio de imputación personal (implica la existencia de una «racionalidad normal», es decir, que tenga las cualidades psíquicas para ser imputado)<sup>1014</sup>. El principio de culpabilidad encuentra su fundamento dentro de la dignidad humana, expresada como el respeto que el Estado Democrático debe al individuo<sup>1015</sup>.

Dentro de los principios de naturaleza individual, el que mayor semejanza presenta con el principio de culpabilidad, es el *principio de*

---

<sup>1013</sup> Vid. Entre otros. Schünemann, «Temas actuales y...», pp. 29-30, se pronuncia por una renormativización de la dogmática penal, y en contra del exceso de normativismo en forma de razonamientos falsos normativos; «El Derecho penal...», p. 81.

<sup>1014</sup> Vid. Mir Puig, DP. PG. 6ª edic., pp. 95-96.

<sup>1015</sup> Vid. *Ibíd.*, p. 97, entre otros Mir Puig; con críticas sobre la dignidad y el principio de culpabilidad: Fernández Rodríguez, «Los Límites...», p. 107, considera que es una solución tomada en gran medida de la ciencia alemana, y resulta de escasa importancia práctica, debido a que son las resoluciones judiciales las que de forma más característica lesionan al principio de culpabilidad y sus consecuencias, dichas resoluciones son solamente atacables mediante recursos de amparo cuando lesionan derechos y libertades reconocidos exclusivamente en los arts. 14 a 29 de la Constitución, lo que produce que el reconocimiento del principio no puede realizarse en los casos mas significativos de posibles violaciones, por lo que resulta difícil vincular al principio de culpabilidad con un carácter constitucional. A pesar de las divergencias en este campo, se tienen soluciones variadas como la aplicación del art. 15, también existe jurisprudencia que consagra este principio con un carácter de básico dentro del sistema penal; en similar sentido, Bacigalupo Zapater, «¿Tiene rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?», en LL, 1982, p. 940.

*autorresponsabilidad*. La doctrina<sup>1016</sup> entiende que el principio de autorresponsabilidad es la libertad de organización por parte del titular del bien jurídico, por lo cual la responsabilidad le corresponde al propio titular.

Con estos planteamientos doctrinales, se tiene como principales semejanzas las siguientes:

a). A criterio de este trabajo, el principio de culpabilidad y el principio de autorresponsabilidad tienen una doble función, una muy diferente de la otra; desde el punto de vista del *Ius puniendi*, el principio de culpabilidad y el principio de autorresponsabilidad son principios limitadores de la facultad punitiva del Estado; y desde el punto de vista de la imputación, los dos principios presentan cierta injerencia en el juicio de valoración para la imputación.

b). Dentro del campo de la imputación, tanto el principio de culpabilidad como el principio de autorresponsabilidad son aplicables por la comisión de un delito propio, es decir, contra bienes jurídicos propios.

c). En la misma área, los dos principios admiten una «racionalidad normal» para que opere el principio de imputación personal. En los dos casos, se entiende que el individuo debe estar en pleno uso de sus capacidades psíquicas para ser culpable de un hecho.

---

<sup>1016</sup> Vid. Cancio Meliá, «Conducta de la...», p. 279; el mismo, «La exclusión...», pp. 48-52; Schünemann, «El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la Parte General y de la Parte Especial», coord. Moreno Hernández, en Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, CEPOLCRIM, México, 2003, pp. 103-108, con críticas al principio de autorresponsabilidad y en defensa de la victimología.

Por otra parte, las diferencias que se pueden apreciar en la aplicación de estos dos principios son:

a). El principio de culpabilidad de mayor tradición dentro del Derecho Penal es un término amplio<sup>1017</sup>, mientras que el principio de autorresponsabilidad es un término más específico.

b). Dentro del principio de culpabilidad se presenta tanto el dolo y/o la culpa, y en el principio de autorresponsabilidad preferentemente se encuentra la culpa o imprudencia.

c). En relación a la «racionalidad normal» que se exige para la imputación personal, es decir, el correcto uso de las facultades psíquicas. Dentro del principio de autorresponsabilidad, la conciencia y la voluntad son elementos que están presentes dentro del derecho a disponer de un bien jurídico con amparo al principio de autonomía de la voluntad, así, estos elementos son necesarios para el proceso del consentimiento, que debe ser libre y voluntario, por ende, a más de ser factores elementales dentro de la imputación personal, son factores materiales y formales para la aplicación del principio de autorresponsabilidad, como consecuencia de la manifestación del principio de autonomía de la voluntad y del principio del consentimiento.

Con lo dicho, en este trabajo se sostiene<sup>1018</sup>, que mientras el principio de culpabilidad permite *la libertad de acción que afecte a terceros*, el principio de autorresponsabilidad permite *la libertad de disponer de sí*

---

<sup>1017</sup> Con apego a la interpretación amplia del término.

<sup>1018</sup> Este es el punto de vista para el análisis del tema que se trata, al margen de que dichos principios contenga otros aspectos de importancia jurídica.

*mismo*. Ambos aspectos comparten como elementos comunes, que los actos deben ser conscientes y voluntarios, es decir, psíquicamente normales.

Como se mencionó con anterioridad, las discusiones filosóficas en relación a la libertad son varias y complejas<sup>1019</sup>, por lo tanto, en este estudio se hará una referencia propia en cuanto a su aplicación. Se sostiene que la libertad es *el principal nexo de conexión entre los principios de culpabilidad y el de autorresponsabilidad*, lo que conllevan consecuencias jurídicas diferentes y propias de cada uno. Se entiende aquí, que la libertad de voluntad que tiene todo individuo puede expresarse de varias formas, en lo que nos interesa y de cara al ámbito jurídico más apegado a la naturaleza de estos principios, la *libertad de voluntad* puede expresarse como *libertad de disposición* y como *libertad de acción*. Con respecto a la libertad de disposición, el individuo es libre y por ende autorresponsable de las propias acciones que le afecten<sup>1020</sup>; es responsable ante sí mismo y no responde frente al Estado, con lo cual las facultades punitivas quedan exentas de ser aplicadas en determinados casos. Por otra parte, la libertad de voluntad, cuando se deriva en libertad de acción, se considera que dicha acción afecta a bienes jurídicos de terceros, ante los cuales no tenía, el actor, una libertad de disposición por no ser su titular, en este caso, el individuo sí responde ante el Estado por la lesión o afectación de bienes jurídico penales ajenos. Dentro de este margen de actuación, se puede prever que si por equivocación el individuo dispone de un bien jurídico-penal ajeno con la

---

<sup>1019</sup>Vid. supra, ap. 3.2.3.2. n. 960.

<sup>1020</sup> Con apoyo en el pensamiento de Sastre, *El ser y la nada*, ensayo de ontología fenomenológica, trad., Valmar, 10ª edic., Losada, Buenos Aires, 1998, pp. 370 ss. y 523 ss.; el mismo: *Los caminos de la libertad*, ts. I, II, II, Losada, Buenos Aires, 1961. pp. passim.

creencia de ser de su pertenencia, en este caso se admiten las soluciones jurídicas propuestas por la doctrina en las situaciones de error<sup>1021</sup>.

Para delimitar las dimensiones entre la libertad de disponer y la libertad de acción, en este estudio se toma como fuente el pronunciamiento de Max Planck<sup>1022</sup>, quien con el fin de solucionar las antinomias que presenta la libertad de voluntad y su sujeción a la ley de la casualidad, sostuvo que existen dos criterios: uno interno, el cual considera a los sucesos volitivos actuales y futuros en el propio yo, y otro externo, que configuran los procesos volitivos de otros hombres, como también procesos volitivos pasados del propio yo. Entre varias críticas a este planteamiento, se traerá a colación dos de ellas, así: Englisch<sup>1023</sup>, opina que la Teoría de Max Planck, no es aplicable a la Teoría de la pena (exculpación de culpa), por tener un carácter *ius* filosófica punitiva y no responde al aspecto jurídico-penal, por lo tanto, el proceso volitivo interno carece de importancia y no sirve para justificar la reprochabilidad, únicamente el proceso volitivo externo es de aplicación para el juez; sin embargo, considera que Max Planck dentro del punto externo por mantener la determinación causal pierde la validez de la

---

<sup>1021</sup> Vid. Mir Puig, DP. PG., 6ª edic., p. 254, en caso de error vencible excluirá el dolo y no la imprudencia; pero la imprudencia no es punible, por lo que el error vencible generalmente termina en impunidad; mientras al tratarse de error invencible, excluye tanto el dolo y la imprudencia, el resultado lesivo sin dolo ni imprudencia sería atípico. Tanto en los dos casos se estaría (generalmente) ante la impunidad de la conducta.

<sup>1022</sup> Vid. en ¿Adónde va la ciencia?, Losada, Buenos Aires, 1947, pp. 20 ss. el físico alemán recibió el Premio Nobel de Física en 1918, por su aportación a la mecánica cuántica, tras su muerte en 1947 se fundó la Sociedad Max Planck (*Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*) para investigación científica y sin fines de lucro; Hey, Walters, El universo cuántico, trad. Gómez Antón, Alianza Ed., Madrid, 1989, pp. 32-33, 42-46, 63-66, 138; Zulav, La Danza de los Maestros. La física moderna al alcance de todos, Argos Vergara S. A., Barcelona, 1981, pp. 63 ss.; Vid. más datos en [http://es.wikipedia.org/wiki/Max\\_Planck](http://es.wikipedia.org/wiki/Max_Planck)

<sup>1023</sup> Vid. Englisch, La Teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal, traducción y notas del doctor José Luis Guzmán Dalbora, Montevideo, B de F, 2006, p. 55.

libertad de la voluntad. De otro lado Kaufmann<sup>1024</sup>, no tiene objeciones en mencionar que el juicio de culpabilidad sería una consideración posterior, mediante la cual el juez realiza una apreciación póstuma debido a que el juicio se realiza del pasado, la prognosis pasada es necesaria, ya que el juicio será precisamente emitido de un hecho pasado, a pesar de ello, en la prognosis póstuma del juicio, el acto volitivo del autor aparece libre, con lo cual se renuncia a la pureza de la consideración planckiana de la voluntad, por lo que, el autor creía que el aspecto interno contempla el yo antes de la acción, y no el hecho de que sea el juez quien se ponga en lugar del yo y trate de comprender la intención del autor, a más de la duda que conlleva el hecho de si es tarea de juez plantearse la posición del yo antes del hecho.

Con apego a algunos aspectos de la teoría referida, por lo que completamente no se mantiene su pureza, en este trabajo se considera que la libertad de voluntad, en sus aspectos la libertad de disponer y la libertad de acción, se sirve de un mecanismo común en los que se sitúa y conjugan tanto el aspecto interno y externo señalado por Planck; pero se puede agregar una *fase intermedia*, de tal suerte que la mecánica que se produce dentro de las dos consecuencias contiene los siguientes aspectos: a. Dentro de la libertad de disponer, el aspecto interno consiste en deliberar sobre la disposición del bien, la fase intermedia o de materialización del proceso interno, ejecuta materialmente la voluntad de disponer, y el proceso externo, es el juicio de imputación que hará el juez, concretamente en atención a la disposición del bien jurídico, la imputación recae en la víctima por imprudencia; b. En relación a la libertad de acción, el proceso interno consiste en deliberar sobre la acción, la fase intermedia o de materialización del proceso interno comprende la ejecución de la acción, y

---

<sup>1024</sup> Vid. Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Alen: Scientia, Mainz, 1985, pp. 113 ss.

en el proceso externo, le compete al juez realizar el juicio de imputación al culpable de lesiones de bienes jurídicos de terceros, por dolo o por imprudencia.

Aquí se plantea que este proceso en su totalidad no está sujeto únicamente a un determinismo físico<sup>1025</sup>, sino también se apega a otras leyes contrarias al determinismo y a la causalidad<sup>1026</sup>, como son la *ley de la probabilidad y el principio de indeterminación*<sup>1027-1028</sup>. Se indica para apoyar el criterio que la libertad de la voluntad puede bifurcarse en dos categorías: libertad de disponer y libertad de acción (en lo que concierne al tema de estudio). Así, se debe tener en cuenta que en el estudio del Derecho, rama perteneciente a las Ciencias Sociales<sup>1029</sup>, muchos de sus aspectos tienen relación con procesos espacio-temporales, que a la vez son campo de estudio de la Física cuántica; aunque de momento<sup>1030</sup>, los fenómenos de la Ciencias Sociales, no se pueden explicar en términos físicos<sup>1031</sup>, es indudable que pueden encontrarse estos fenómenos sociales dentro del campo de la Física.

---

<sup>1025</sup> Vid. con criterio similar: Schünemann, «La libertad...», en «Temas actuales...», pp. 44-45, en contra del determinismo fisiológico-cerebral.

<sup>1026</sup> Forma, Cultura en Weimar, Causalidad y teoría cuántica, 1918-1927, Alianza Ed., 1984, pp. 102 ss. sobre el causalismo.

<sup>1027</sup> Vid. Popper, Teoría cuántica y el cisma de la Física. *Posta Scriptum* a La lógica de investigación científica, vol. III, Bartley, 3ª edic., Tecnos, Madrid, 1985, pp. 123 ss; más datos en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Mec%C3%A1nica\\_cu%C3%A1ntica](http://es.wikipedia.org/wiki/Mec%C3%A1nica_cu%C3%A1ntica); <http://es.wikipedia.org/wiki/Probabilidad>; [http://es.wikipedia.org/wiki/Principio\\_de\\_indeterminaci%C3%B3n\\_de\\_Heisenberg](http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_indeterminaci%C3%B3n_de_Heisenberg).

<sup>1028</sup> Entre otras leyes, vid. infra. PT, cap. VII, ap. 5.1.

<sup>1029</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Ciencias\\_Sociales](http://es.wikipedia.org/wiki/Ciencias_Sociales)

<sup>1030</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/F%C3%ADsica>

<sup>1031</sup> Al respecto Vid. Mir Puig, «Límites al normativismo en Derecho penal», AAVV, Dogmática y Criminología. Dos versiones complementarias del fenómeno delictivo, LH. a Reyes Echandía, LEGIS, Colombia, 2005, p. 380, el autor sin relacionar el tema de la forma aquí expuesta, considera que «la combinación de elementos físicos y normativos que caracterizan toda realidad social debe tenerse en cuenta en todo análisis jurídico, empezando por el de la función del derecho... Esto presupone que le asignamos al derecho penal la función de *influir en la realidad existente más allá del propio derecho penal y de sus normas*».

Con la consideración de que se puede tratar de un campo muy amplio de estudio futuro, en lo que aquí respecta y con apego al motivo de este trabajo, el análisis se enmarca a los principios de naturaleza individual que limitan al *Ius puniendi* del Estado, y su aplicación dentro de la Teoría del delito, específicamente, en la incidencia que puede tener dentro del proceso de imputación, que también es un fenómeno o proceso espacio-temporal.

Retomando la idea anterior, la libertad de la voluntad no está sujeta únicamente al determinismo e indeterminismo, al contrario la aplicación de sus categorías también se sujetan a *probabilidades*<sup>1032</sup>, pues, al pasar por las tres fases: interna, intermedia y externa, la libertad toma sus propios matices y eso depende de circunstancias internas como externas del individuo que debe disponer o a de actuar, por lo tanto, aquí se sostiene que las probabilidades que pueden presentarse en este proceso, *están sujetas a un principio de física cuántica como es el principio de incertidumbre*<sup>1033</sup>. La libertad de voluntad mediante el escrutinio interno y factores externos

---

<sup>1032</sup> Vid. Einstein, Infeld, La evolución de la Física, Salvat, Barcelona 1986, pp. 202 ss. en cuanto la posición de Einstein sobre las ondas de probabilidad, cabe decir que Einstein difería de algunos planteamientos de la Interpretación de Copenhague, con lo que se produjo una constante discusión especialmente entre Bohr y Einstein; con mayor detalle sobre la aplicación de la ley de probabilidades en el campo de estudio, Vid. PT, cap. VII, ap. 5.1.

<sup>1033</sup> Vid. [http://es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n\\_de\\_Copenhague](http://es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n_de_Copenhague). «Con el nombre de interpretación de Copenhague se hace referencia a una interpretación de la mecánica cuántica atribuida principalmente a Bohr, Heisenberg, Bohr y otros. Se conoce así debido al nombre de la ciudad en la que residía Bohr, la interpretación fue formulada en 1927 por el físico danés Niels Bohr, con ayuda de Max Born y Werner Heisenberg, entre otros, durante una conferencia realizada en Como, Italia»; Rohrlich, «Las interacciones ciencia-sociedad a la luz de la mecánica cuántica y de su interpretación», en El siglo de la Física, Navarro Veguillas, ed., Tusquets editores, Barcelona, 1992, pp. 133 ss. Beller, Quantum Dialogue, The Making of a Revolution, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1999, pp. 191 ss. Murdoch, «The Bohr-Einstein Dispute», en AAVV, Niels Bohr and Contemporary Philosophy, Faye ed., Kluwer Academia Publishers, Dordrecht/ Boston/ London, 1994, pp. 303 ss. sobre la oposición a la Interpretación de Copenhague realizada por Einstein.



que llegan al cerebro son componentes propios de cada individuo, que en un momento dado concluyen en disponer o no de un bien jurídico o en actuar en contra o no de un bien jurídico ajeno, es así, que la incertidumbre continúa aún ejecutada la disposición o la acción, en todo caso, dentro de la disposición, se está ante factores de riesgo que pueden afectar finalmente al bien jurídico o no hacerlo, y en el caso de la libertad de acción, hasta su ejecución pueden intervenir factores externos que impiden la materialización de la acción o que la misma acción no tenga el efecto deseado, con lo cual se está ante el campo de la tentativa.

Siguiendo con el *principio de incertidumbre*, Bohr<sup>1034</sup> con apego al principio de complementariedad dentro del proceso espacio-tiempo, sostiene que en Física cuántica existe complementariedad entre la ondulación (movimiento) y el corpúsculo (materia)<sup>1035</sup>, es decir, la descripción ondulatoria y corpuscular son necesarias para comprender el mundo cuántico, esta situación en la Física clásica era impensada, pues, las partículas actuaban como un sistema de relojería independiente de ser observadas o no, en cambio, dentro de la Física cuántica, el observador interactúa con el sistema, de tal manera que este puede considerarse con una existencia independiente. Junto con esto, se afirma que para medir con precisión el lugar y momento exacto, se estaría forzando a la partícula a presentar mayor incertidumbre en su momento y viceversa<sup>1036</sup>, por lo cual,

---

<sup>1034</sup>AAVV, «Niels Bohr and...», passim; Pais, *Els temps de Niels Bohr*, Física, Filosofía I Política, trad, García Santiago, Ed. Empúries I univesitat de les Illes Balears, Palma, 1995, passim; Ganow, *Biografía de la Física*, Salvat, Barcelona, 1987, pp. 180 ss. más datos en [http://es.wikipedia.org/wiki/Niels\\_Bohr](http://es.wikipedia.org/wiki/Niels_Bohr), [http://es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n\\_de\\_Copenhague](http://es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n_de_Copenhague)

<sup>1035</sup> Vid. PT, cap. VII, ap. 5.1, un mayor desarrollo del principio de complementariedad.

<sup>1036</sup>Vid.: <http://es.wikipedia.org/wiki/Sistema>; [http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa\\_de\\_sistemas](http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa_de_sistemas); [http://es.wikipedia.org/wiki/Talcott\\_Parsons](http://es.wikipedia.org/wiki/Talcott_Parsons); [http://es.wikipedia.org/wiki/Emile\\_Durkheim](http://es.wikipedia.org/wiki/Emile_Durkheim) [http://es.wikipedia.org/wiki/Max\\_Weber](http://es.wikipedia.org/wiki/Max_Weber); [http://es.wikipedia.org/wiki/Niklas\\_Luhmann](http://es.wikipedia.org/wiki/Niklas_Luhmann).; con una amplia explicación sobre los

el movimiento ondulatorio y corpuscular no pueden ser usados simultáneamente, este detalle, confirma al principio de probabilidad que de momento sostiene a la Física cuántica.

Este proceso cuántico traspasado a la situación de estudio, concretamente al momento que el juez (observador) realiza la imputación ya sea a la propia víctima o a un tercero responsable de la lesión del bien jurídico, lo que hace es interactuar con el sistema, y observar qué sucede con la libertad de voluntad<sup>1037</sup>, es decir, si se ha dispuesto de un bien jurídico propio o se ha actuado afectando a un bien jurídico ajeno. Esto en terreno jurídico se puede equiparar a la descripción de materia (corpuscular), pues, estaría ante un algo determinado, disposición o acción, de allí, que el proceso interno,

---

sistemas conceptuales (matemáticas, lógica, forma, nomenclatura binomial o notación musical) y los sistemas reales, (materia y el intercambio de información: célula, ser vivo, biosfera, etc.), este concepto también se aplica a los sistemas humanos y sociales como la sociedad, la administración de un estado, etc. La investigación sobre los sistemas originó la Teoría de los sistemas, que busca leyes generales del comportamiento de los sistemas reales (pensamiento sistémico o sistemática). Los mayores exponentes en aplicar la Teoría de los sistemas a las Ciencias Sociales son: Parsons, uno de los principales creadores del estructuralismo funcionalista en la sociología, quien dirigió los trabajos de Durkheim y Weber, considerados como los fundadores de la Sociología moderna, a más de ser maestro el Luhmann, conocido por su desarrollo de la teoría de los sistemas (algo diferente a su maestro) y que ha tenido mucha repercusión en el Derecho Penal actual. En resumen, se puede considerar que el trabajo de Luhmann emerge de la propuesta teórica de la obra de Parsons, sin embargo, su propuesta tiende más a una ruptura con él. En «grandes rasgos la Teoría sociológica de Niklas Luhmann puede ser caracterizada de la siguiente forma: la sociedad corresponde a un nivel emergente y está compuesta por comunicaciones, las cuales no se limitan solo al lenguaje, sino que a todas las posibles selecciones informativas que se permita realizar un sistema. Los sistemas se configuran en base a las distinciones que realizan los observadores dentro de la sociedad (por ende es imposible suponer una distinción que permita abarcarlo todo), esa operación básica de distinguir un sistema se produce a partir de la distinción sistema/entorno. Los sistemas sociales son sistemas diferenciados entre sí, es decir no comparten su complejidad, y por medio de un código binario se permiten procesar la complejidad del entorno»; Piña Rochefort, Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 54 ss. con un estudio sociológico y jurídico sobre la Teoría de los sistemas sociales de Luhmann.

<sup>1037</sup> Se puede vincular con este por menor la máxima penal de actuar de otro modo, lo que demuestra que siempre se cuentan a priori con varias posibilidades a la actuación del sujeto.

intermedio y externo, no es estático sino sujeto a diferentes factores internos y externos, lo que significa que el movimiento (ondulatorio) hasta que se ejecuta, por ende y conforme a esta Teoría, el juez siempre estará ante probabilidades no ante un causalismo, ni un determinismo e indeterminismo puros, por lo tanto, los elementos de juicio para la imputación tendrán que contener los máximos elementos de probabilidad<sup>1038</sup>. Ahora, en lo que atañe a la libertad de voluntad, sujeta a su manifestación en un tiempo y en espacio, puede expresarse de diferentes maneras, así dispondrá de un bien jurídico propio o actuará en contra de un bien jurídico ajeno, lo que se encuentra dentro de la probabilidad de ejecutar o no la disposición o la acción.

Finalmente, conforme al principio de incertidumbre o indeterminación<sup>1039</sup>, se considera que no opera en el mismo sentido hacia atrás y hacia delante; es decir, en lo pasado y en lo futuro, por lo que los físicos cuánticos de momento han sostenido que es imposible conocer el futuro<sup>1040</sup>. Sin embargo, dentro del proceso espacio-temporal que ha tenido un acto lesivo para ser imputado por el juez a la conducta de una persona, se puede presentar una separación de este aspecto, con lo que el principio de incertidumbre sí puede actuar en el mismo sentido dentro de los aspectos

---

<sup>1038</sup> En este proceso de interacción con el sistema, el mismo juez enfrenta un proceso interno y externo, con ello realiza una aportación propia tanto objetiva como subjetiva.

<sup>1039</sup> Vid: [http://es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n\\_de\\_Copenhague](http://es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n_de_Copenhague); [http://es.wikipedia.org/wiki/Principio\\_de\\_indeterminaci%C3%B3n\\_de\\_Heisenberg](http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_indeterminaci%C3%B3n_de_Heisenberg) el principio de incertidumbre o de indeterminación es la aportación de Heisenberg al Informe de Copenhague y fue creado en 1927. Este principio afirma «que no se puede determinar, simultáneamente y con precisión arbitraria, ciertos pares de variables físicas, como son, por ejemplo, la posición y el momento lineal (cantidad de movimiento) de un objeto dado. En otras palabras, cuanto mayor certeza se busca en determinar la posición de una partícula, menos se conoce su cantidad de movimiento lineal»; Lawrence Rose, Heisenber and the Nazi Atomic Bomb Project. A study in german culture, University of California Press, Berkeley/Los Angeles/London, 1998, passim.

<sup>1040</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n\\_de\\_Copenhague](http://es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n_de_Copenhague)

jurídicos que nos competen. Se considera que dentro de la dualidad pasado-futuro que se analiza, en el pasado se manifiesta por la libertad de decisión o acción y tiene un futuro incierto, es decir, se está ante las posibles probabilidades, de efectuarse una lesión al bien jurídico, bien sea porque se está ante un riesgo permitido o ante factores externos que dejan la acción en el campo de la tentativa. Una vez materializada la disposición y acción positivamente, ese futuro deja de ser incierto y se transforma en cierto para el juez (observador)<sup>1041</sup> que tiene que invertir el proceso espacio-tiempo para efectuar la imputación, es así que de hechos ciertos, se pasa a un pasado incierto, donde observa las probabilidades internas e intermedias que motivaron y permitieron la materialización de la disposición y de la acción, con ello, el juez aplicara el principio de autorresponsabilidad y el principio de culpabilidad dependiendo si se afecta un bien propio o un bien jurídico-penal ajeno. Sin duda, con ello tal como lo pregona la Física cuántica, el juez (observador) interactúa con el sistema, siendo él, un sistema independiente a la vez<sup>1042</sup>. Aparte de lo descrito, se hace hincapié que la aplicación de los principios propuestos por la Física cuántica, especialmente en relación a las posibilidades, puede tener una aplicación interesante dentro de la imputación de los riesgos dentro de la imprudencia<sup>1043</sup>.

Con lo dicho, se tratará de responder a los interrogantes iniciales de la siguiente forma:

---

<sup>1041</sup> Vid. Popper, «Teoría cuántica...», pp. 57 ss. sobre el papel del observador en la física clásica es la de contrastar la teoría, mientras que en la concepción contraria (Interpretación de Copenhague), la realidad objetiva se ha esfumado y la mecánica cuántica no representa partículas, sino más bien nuestro conocimiento, nuestra observación, nuestra conciencia de las partículas.

<sup>1042</sup> Puede justificarse así la aportación subjetiva que realiza un juez en cada proceso, inclusive las mismas leyes procesales le otorgan la sana crítica para la evaluación de algunas pruebas, de allí que la justicia sea un acto humano tendiente a aciertos y errores.

<sup>1043</sup> Vid. infra. PT, cap. VII, ap. 5.2.

a. Sobre las áreas en las que se puede aplicar los principios de naturaleza individual y el principio de culpabilidad; como es de conocimiento general, estos se pueden aplicar por un lado, dentro del *Ius puniendi* del Estado, y por otra parte, dentro de la Teoría del delito, concretamente en la Teoría de la imputación.

b. En relación a qué principios se deben aplicar en cada área, se tiene que todos los principios de naturaleza individual y el principio de culpabilidad se pueden aplicar dentro del *Ius puniendi* del Estado. Sin embargo, no ocurre lo propio dentro de la Teoría de la imputación, pues, para el juicio de imputación que realizará el juez, empleará únicamente el principio de culpabilidad y el principio de autorresponsabilidad, de tal forma, que como representante de los principios de naturaleza individual, continúa en el área de imputación el principio de autorresponsabilidad, salvo a que en un determinado tipo penal se origine alguna excepción<sup>1044</sup>.

c. En lo atinente al parámetro o elemento de relación entre los principios, en este trabajo, se considera que este papel lo cumple la libertad de la voluntad, así, la misma presenta dos manifestaciones con diferentes matices dentro de los principios que limitan al *Ius puniendi*. En sentido, la libertad de voluntad dentro del principio de culpabilidad tiene un campo de actividad propio, es así que cumple con la función de libertad de acción de terceros contra bienes jurídicos ajenos, mientras que la libertad de voluntad dentro del principio de autorresponsabilidad se relaciona con la disposición de bienes jurídicos propios. En términos generales, el principio de culpabilidad es un término genérico que en un inicio abarca al de autorresponsabilidad; pero, por su naturaleza y las garantías que ofrece

---

<sup>1044</sup> Vid. infra., PT, cap. VII, ap. 5.3.3, en relación a los tipos de manipulación genética.

frente al poder punitivo del Estado ocupan áreas diferentes (individual y colectiva).

Con el afán de ubicar a los principios de naturaleza individual dentro de las fases del proceso de manifestación de la libertad de la voluntad, se sostiene que en la fase interna opera el principio de autonomía de la voluntad, para deliberar sobre la disposición o para deliberar sobre la acción. Mientras que la fase de materialización se ve presidida por el principio operativo del consentimiento, mediante el cual ve la luz la decisión tomada en la primera fase<sup>1045</sup>. Su resultado sería analizado en la tercera fase externa, que es la fase propiamente del juicio de imputación, en donde el juez debe imputar la conducta a la víctima en amparo al principio de autorresponsabilidad o al individuo que afecte a un bien jurídico de un tercero con base al principio de culpabilidad; para este juicio servirán los parámetros que indica la Teoría de imputación personal.

Por lo tanto, se hace hincapié sobre la importancia de que estos tres principios de naturaleza individual operen juntos, pues, su carácter complementario es innegable y esencial, serán aplicados en dos áreas diferentes como son los límites al *Ius puniendi* y dentro de la imputación. En los límites del *Ius puniendi*, quedaría delimitada la capacidad de disposición del bien jurídico, mediante el principio de autonomía de la voluntad, del principio del consentimiento y del principio de autorresponsabilidad. Por otra parte, en el área de la Teoría del delito, el juicio de imputación se servirá propiamente del principio de autorresponsabilidad como principal sobreviviente de los principios de

---

<sup>1045</sup> Con relación a la presencia del consentimiento de momento es esta una afirmación general, pues, se debe ver qué aporta el principio dentro de la imputación de conductas relacionadas a la manipulación genética, si bien puede confirmar lo dicho aquí y por otros criterios o plantear nuevos parámetros.

naturaleza individual, sino se presentan excepciones en los tipos y tiene validez en las lesiones a los bienes propios, mientras que las lesiones a bienes ajenos el principio de culpabilidad presenta su plena validez. Por lo que se concluye, que la mayor incidencia de los principios de naturaleza individual, aportan una doble interpretación al momento de imputar una conducta, conforme al criterio amplio de imputación<sup>1046</sup>: la primera, sin ser parte del proceso de imputación en sí, revisa las cuestiones atinentes a la facultad de disposición del bien jurídico, como límite al *Ius puniendi* del Estado, y la segunda sería con apego a la Teoría de la imputación por todos conocida.

### **3.2.3.3.5. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS DENTRO DEL SISTEMA PENAL**

Este tema, de una manera indirecta, ya fue tratado, razón por la cual, no se abundará en ello, y a manera de resumen se puede decir, que la importancia de los principios que limitan al *Ius puniendi* del Estado se encuentran en íntima relación con los fines teleológicos que se persiguen<sup>1047</sup>; pues, en definitiva su importancia radica en la finalidad de respetar la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y los valores superiores del Ordenamiento jurídico. De esta forma, los principios en su conjunto permiten que el poder punitivo del Estado respete los derechos individuales y colectivos, por lo tanto, el control social que debe ejercer el Estado por medio del Derecho penal, permite un equilibrado funcionamiento del sistema, así, la sociedad puede continuar con su desarrollo sobre la base de una correcta aplicación del Ordenamiento jurídico.

---

<sup>1046</sup> Vid. infra, PP, cap. VII, ap. 4.4.3.3.

<sup>1047</sup> Con mayor detalle, vid. supra, ap. 3.2.3.3.2.

### 3.2.3.4. LOS PRINCIPIOS DE NATURALEZA INDIVIDUAL Y SU ORIENTACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA

La doctrina aconseja que todo principio debe ser enmarcado en relación a una orientación político-jurídica determinada<sup>1048</sup>, en este caso se debe señalar que la orientación dentro de la cual se incluyen a los principios de naturaleza individual, es el Estado Social y Democrático de Derecho, modelo de Estado que contemplan las mayoría de constituciones occidentales. Sin duda, este tipo de Estado ofrece el marco idóneo y el momento adecuado para incluir al principio del consentimiento y a sus afines (autonomía de la voluntad y autorresponsabilidad), como principios limitadores al *Ius puniendi* del Estado. Tal como se vio en la clasificación de los principios del *Ius puniendi*, y conforme a la división de Mir Puig, en atención a los estamentos de este tipo de Estado, se ubicó a los principios de naturaleza individual dentro de lo que conlleva el Estado Democrático y su función de servicio al ciudadano. De esta forma, siempre el Derecho penal y el Estado estarán al servicio del ser humano, es así, que el Estado Democrático y sus consecuencias, por un lado, permiten que se admitan este tipo de principios más individuales como freno al poder estatal, y por otra parte, este pormenor ocasiona a su vez, que los derechos defendidos en los últimos años y sobre los cuales se orientan los ordenamientos jurídicos como son los derechos fundamentales y los derechos humanos de reconocimiento internacional tengan la relevancia que de ellos se espera. De los derechos fundamentales de corte individual, se puede decir que son la finalidad teleológica del Ordenamiento y allí radica la importancia de los principios de naturaleza individual, cuestión que enarbola con mayor precisión la denominación del Estado como Estado de Derecho.

---

<sup>1048</sup> Vid. Mir Puig, «Valoraciones...», en «La Ciencia del...», pp. 77 ss.



En la actualidad, muchos trabajos jurídicos hacen hincapié en la importancia de los derechos fundamentales en el campo jurídico<sup>1049</sup>, y que a la vez caracterizan al Estado social y democrático de Derecho, así se tiene como premisas básicas de este tipo de Estado, las siguiente<sup>1050</sup>: a. Los derechos, la libertad y la dignidad de los sujetos como elementos básicos o centrales del Ordenamiento; b. La instrumentalidad del Estado y de los poderes públicos; c. El control jurídico de la constitucionalidad de todos los actos de los poderes públicos, a partir de los derechos, principios, valores y garantías constitucionales y d. La ponderación como técnica de resolución de la colisión entre derechos y otros bienes jurídicos.

De la situación expuesta anteriormente, se considera que los principios de naturaleza individual como límites al *Ius puniendi* del Estado *son los que mejor expresan el espíritu de respeto a los derechos fundamentales*, y en especial a los fines del Ordenamiento: la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, de tal suerte, que estos derechos deben mantener un equilibrio con otros principios del Ordenamiento, con el fin de permitir un correcto desenvolvimiento del carácter público del Derecho penal, y dar paso a que el Estado esté al servicio del ciudadano, intervenga conforme lo establece el principio de intervención mínima, es decir, únicamente dentro de aquellas acciones que lesionen bienes jurídico-penales de terceros y bienes jurídico-penales supraindividuales. Es así, que al limitarse el poder punitivo del Estado y el radio de actuación del Derecho penal en ciertos actos de disposición de bienes jurídico-penales

---

<sup>1049</sup> Vid. Suay Hernández, «Refutación...», pp. 745-748, explicación sobre los lineamientos para una Teoría de la ley penal basada en los derechos, esta Teoría con el fin de ser útil para el control constitucional debe sustentarse en requisitos como los siguientes: ponderación, constitucionalidad como objetivo seguido con la ley penal, necesidad, eficacia, alternativa menos gravosa, proporcionalidad y respeto de la dignidad de las personas, respeto del contenido esencial, legalidad, motivación, la carga de la prueba corresponde a quien limita el derecho.

<sup>1050</sup> Vid. ibíd. pp. 739-740.

propios, se debe permitir un verdadero respeto a la dignidad del individuo y al desarrollo de su personalidad. Como consecuencia de lo dicho, por un lado, se tendrá una idónea aplicación del principio de intervención mínima del Derecho penal, con un estricto respeto a las garantías individuales del ciudadano, en donde sea posible y de otra parte, se evitaría un innecesario inflamamiento del Derecho penal con tipos penales que pertenecen y pueden ser atendidos dentro de la esfera individual y finalmente, en términos económicos de interés para el Estado, se daría una correcta utilización de los recursos sociales, al evitar gastos fiscales por procesos penales que pueden evitarse.

### **3.3. LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL CONSENTIMIENTO**

Luego del análisis realizado en este capítulo y a modo de conclusión se considera que el consentimiento es un principio limitador al *Ius puniendi* del Estado, y esa es su naturaleza jurídico-penal.

Cabe recordar que para llegar a esta conclusión, a más de seguir el criterio de López Barja de Quiroga, se revisaron argumentos de conexión provenientes de la Teoría política, con el fin de observar la trayectoria que tuvo el consentimiento antes de ser aplicado como una institución dentro del Derecho Penal. De esto, se desprende que el consentimiento presenta una eminente utilidad procesal para la realización de la libertad de voluntad política, es así, que luego de participar de manera activa en la formación del Estado, y posteriormente en la toma de decisiones para la creación de las leyes, tiene una injerencia considerable en la constitución del poder del Estado y del sistema democrático<sup>1051</sup>. El consentimiento fue parte procesal

---

<sup>1051</sup> Como se observa dentro de los argumentos de conexión, se da mucha importancia, a lo que comúnmente se conoce como pacto social y contrato social, que han sido

para la elaboración de normas penales, con lo cual, se establece el control de los poderes del Estado a través de las normas creadas en base al consenso de la mayoría, y como expresión de la libertad de voluntad ciudadana.

Es obvio que, los argumentos de conexión no bastan para los fines que aquí se pretenden, por lo tanto, como argumento jurídico principal se acude al lugar que ocupa el consentimiento dentro de la Constitución, de ello, deriva que el consentimiento se encuentra como un principio constitucional implícito dentro del principio de libertad (artículo 1.1. de la Constitución); el valor libertad tiene el rango de valor superior del Ordenamiento jurídico, y no solo sostiene en sí al principio del consentimiento, sino también a principios similares como son el principio de autonomía de la voluntad y el principio de autorresponsabilidad. Luego de una construcción dogmática con sus respectivos pasos, se tiene que en relación a los fines teleológicos y ahí radica su importancia, el principio del consentimiento en compañía de los otros principios similares, permiten un cabal respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 110.1.).

Una vez configurado como principio constitucional implícito, se sitúa en los principios limitadores del *Ius puniendi*, dentro de una categoría de naturaleza individual por proteger los derechos y las garantías individuales, la misma suerte, se ha dado a los principios de autonomía de la voluntad y al principio de autorresponsabilidad, por lo tanto, son estos en conjunto, *los*

---

empleados como justificaciones tradicionales en muchos campos, sin embargo, al respecto, conscientes de la crisis doctrinaria que tuvieron estos conceptos, se llama la atención sobre las teorías neocontractualistas, donde se sostiene que el clásico contrato debe modernizarse y volverse más global, en este sentido, se elaboró esta construcción dogmática, acorde a los cambios que registra el tradicional contrato social, y esta razón se le concede una considerable importancia; Vid. Serrano Maillo, Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia acerca de su constitución, Dickinson, Madrid, 1999, pp. 113-114., con mayores detalles.

*que representan la esencia del servicio al ciudadano que compete al Derecho Penal y al Estado Democrático, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho. De tal forma, que por los argumentos de conexión: pacto social, contrato social, sistema democrático, entre otros, no es de extrañar que los principios de naturaleza individual tengan estrecha relación con el carácter democrático del Estado y con las corrientes filosóficas liberales*<sup>1052</sup>.

Dentro del engranaje de principios de naturaleza individual, el del consentimiento es de carácter operativo, es decir procesal<sup>1053</sup>, que permite que la autonomía de la voluntad se materialice y como consecuencia de ello, el individuo pueda ser autorresponsable por la libertad de disponer sobre sus bienes jurídicos, de cara a un juicio de imputación personal. El principio del consentimiento a más de tener un carácter procesal, también posee su propia construcción material atinente a establecer sus requisitos y sus formas de expresión dependiendo el caso en que se aplique<sup>1054</sup>. Con lo dicho, se considera que la visión acertada del consentimiento por uno de sus máximos teóricos, es la realizada por Locke, quien le endilga al consentimiento un sentido procesal<sup>1055</sup>, por lo que es preciso apartarse de las argumentaciones en base a la consideración de Kant, que entrelazan al

---

<sup>1052</sup> Vid. Simmons, «Consent», Martin dir, «Political Philosophy/Theories, Thinkers, Concepts, Congressional Quarterly in 2001», Washington, 2001, p. 331.

<sup>1053</sup> Vid. supra, ap. 3.2.3.3.5.

<sup>1054</sup> Con este criterio, Vid. Peces-Barba, «Desobediencia civil...», p. 161, quien manifiesta: «Probablemente los sistemas jurídicos más estables se apoyan en un consenso de tipo procedimental y material, en virtud del cual se acepta generalmente obedecer a las normas emanadas de ese sistema».

<sup>1055</sup> Vid. Two Treatises of Government, Cambridge at the University Press, 1963, passim; Second Treatise on Civil Government. An essay concerning the true original, extent and end of Civil Government, en AAVV, Social Contract, pp. 3-206; Tarvor, «Locke, Jhon», en AAVV, «Political Philosophy...», pp. 247 ss.; Cerroni, Il pensiero politico dalle origini ai nostri giorni, Ed. Riuniti, Roma, 1966, pp. 423 ss.

consentimiento con la idea de la razón<sup>1056</sup>, de esta forma, se considera que esta doble interpretación y el mayor apego a la postura de Kant han originado los principales problemas doctrinarios para señalar la naturaleza jurídica del consentimiento<sup>1057</sup>.

Al margen de ser un principio constitucional implícito, el principio del consentimiento tiene como antecedente el de haber sido un principio extrasistémico, pues, estuvo presente dentro de los movimientos políticos de real importancia para los sistemas actuales, y finalmente, vio la luz dentro de los ordenamientos jurídicos, por referencia expresa de varias normas jurídicas y por los pronunciamientos jurisprudenciales. Con todos los argumentos de apoyo, la cualidad de principio del consentimiento, es sólida.

Ahora bien, a partir de la consideración de que la naturaleza jurídico-penal del consentimiento es ser un principio constitucional implícito y un principio de naturaleza individual dentro de los límites al *Ius puniendi*,

---

<sup>1056</sup> Vid. Teoría y práctica, 2.<sup>a</sup> ed., trad. Pérez López y Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 36-37, Introducción a la Teoría del Derecho, trad. González Vicen, Maricials Pons, Madrid, 2005, pp. 63 ss. Cerroni, «Il pensiero politico...», pp. 581 ss.

<sup>1057</sup> Vid. otros autores que siguen el pensamiento de Locke, de una forma expresa Pelayo González-Torre, «Consentimiento...», pp. 17, 18, 330, 331, quien sostiene que por herencia de Locke en el ámbito anglosajón, el consentimiento tiene mayor incidencia en su aplicación dentro de los problemas prácticos, mientras que para la doctrina alemana por influencia de Kant, se dedican mayormente a un estudio teórico del consentimiento; Rawls, Teoría de la justicia, 2.<sup>a</sup> ed., Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1995, pp. 460 ss. el mismo: Justice as Fairness: Political not Metaphysical, in Philosophy and Public Affairs, núm. 14, 1985 pp. 223-251; el mismo en «The Idea of an Overlapping Consensus», Oxford Journal Legal Studies, núm. 7, 1987, pp. 1 ss. en sus obras, el autor al tratar su «concepción política de la justicia», alega que dentro del debate de los diferentes aspectos como las concepciones del bien, las doctrinas acerca del significado, valor y propósito de la vida o esquemas de fines últimos, a pesar de su diversidad o inconmensurabilidad, es posible promover desde una noción dialógica de la racionalidad práctica (racionalidad deliberativa o razón pública), por lo que la construcción con todas ellas, armónicamente, de un libre y voluntario acuerdo, viable y operativo basado en la idea de «overlapping consensus»; Becker, «Significados opuestos del concepto de consenso», en «Derecho y ...», p. 65.

como se señaló anteriormente, es el momento adecuado para analizar los efectos jurídicos que devienen del consentimiento. De esta forma, se considera en este trabajo, que el efecto jurídico que produce el consentimiento y sus principios afines, es la *exclusión de la tipicidad*; pues, aquí se a de entender que el bien jurídico del que se dispone (libertad de disposición) es de preferencia un bien jurídico individual, con lo cual, el titular del bien jurídico, en atención a la autonomía de la voluntad, consiente sobre el bien y de cuya afección o lesión, él será autorresponsable, por estar dentro del ámbito de su libertad de disposición y de su titularidad, es así, que el efecto será la exclusión del tipo, lo que conlleva a que se cumpla con los máximos postulados constitucionales y con los fines teleológicos de los principios limitadores al *Ius puniendi* del Estado, como el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. En este campo, el Estado y su poder punitivo nada tienen que hacer, únicamente respetar los derechos individuales del ciudadano en apego a los principios de autonomía de la voluntad, de consentimiento y de autorresponsabilidad.

En este trabajo se afirma, luego de contempladas reflexiones, que considerar a la naturaleza jurídica del consentimiento, como causa de justificación desvirtúa la naturaleza del mismo, y en el caso del Ordenamiento jurídico penal español, es forzar al artículo 20 del Código penal, que en ningún lugar menciona al consentimiento como causa de justificación<sup>1058</sup>. Por la tanto, se entiende que siempre que se produzca la lesión de un bien jurídico por la ponderación de bienes jurídicos entre sí o derechos entre sí, como por ejemplo la salud *versus* la libertad, se estará

---

<sup>1058</sup> Existen otros códigos penales como el italiano que sí contiene dentro de las causas de justificación al consentimiento; pero se siguen planteando la diferencia entre acuerdo y consentimiento conforme a los postulados de la doctrina alemana, lo que demuestra el error en esta consideración, vid. supra. PP, cap. II, ap. 1.2.

ante un estado de necesidad y se debe resolver por esa vía dogmática, sin necesidad de forzar al principio del consentimiento a ser aplicado dentro de situaciones que no le son propias, y que es el área de actuación de otras instituciones. Sin duda, la presencia del valor superior libertad en todas sus manifestaciones como principio, como derecho fundamental, como bien jurídico, como bien jurídico-penal en concreto, puede propiciar muchas confusiones por la relación esencial que tiene el consentimiento y sus principios afines con la libertad en general; pero ello, no amerita y no justifica que se le otorgue al consentimiento una naturaleza y efectos ajenos.

El carácter de principio que tiene el consentimiento dentro de los límites al *Ius puniendi* del Estado se enmarca dentro de la Parte General, mientras que su efectividad pertenece a la Parte Especial. En relación a los tipos penales concretos su realización como requisito (procesal) dependerá de cada tipo, en este sentido el tipo puede exigir un consentimiento expreso (consentimiento informado) o tácito (seguridad contra el tráfico). Igualmente, conforme a la configuración del tipo penal, el principio del consentimiento puede ser un derecho que el individuo puede ejercer (consentimiento informado como derecho).

Al margen de lo dicho, se sostiene que el consentimiento es una institución muy amplia y al estar relacionada a la materialización de la libertad, se presenta también como requisito procesal frente a otras instituciones del Derecho penal.

### **3.4. LA RELACIÓN DEL CONSENTIMIENTO CON OTRAS INSTITUCIONES DENTRO DE LA TEORÍA DEL DELITO**

Tal como se plantea en este trabajo, a más de que el principio del consentimiento con su carácter operativo, y cuyo efecto será la exclusión del tipo con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad y la libertad de disposición del bien jurídico-penal propio, también este principio se presenta como *requisito que deviene de su propia naturaleza procesal*, que en algunas instituciones del Derecho penal se conforma como un requisito para la existencia de las mismas. La mecánica de funcionamiento no varía, pues, simplemente materializa los dictados del principio de autonomía de la voluntad (individual o colectiva), así, la libertad de la voluntad se vuelve realidad. En este sentido, algunas instituciones se relacionan directamente con el principio del consentimiento, debido a que para su existencia depende de la materialización de la voluntad a través del consentimiento, por lo tanto, este principio es un requisito necesario, lo cual apoya aún más el carácter procesal que se le concede. Dentro de este caso, se encuentran las siguientes instituciones:

**a). EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO Y EL ESTADO DE NECESIDAD.** De esta consideración parte principalmente el conflicto generado en cuanto a sostener que el consentimiento tiene naturaleza de causa de justificación. Se conoce que toda causa de justificación es una norma permisiva que legitima una acción prohibida<sup>1059</sup>, y como criterio dominante para sistematizar las causas de justificación, se afirma que no existe un principio rector, cada causa tiene sus propios principios<sup>1060</sup>. Con ello, se observa que el principio del consentimiento tiene injerencia dentro del estado de necesidad, que en cualquiera de sus clases (justificante o exculpante) se debe ponderar los bienes o deberes que entran en colisión,

---

<sup>1059</sup> En este sentido, Vid. Rodríguez Morullo, «Consideraciones...», p. 509.

<sup>1060</sup> Vid. *ibíd.* 512.



de esta manera, finalmente se decidirá que bien se salvará y cual se sacrificará. Precisamente, es en este proceso de ponderación en el que actúa el principio del consentimiento, bien para ejercer la libertad de disposición sobre los bienes jurídicos propios o si se produce una colisión entre un bien jurídico propio y con un bien jurídico ajeno. En cualquiera de estos presupuestos, la decisión última de lesionar al bien jurídico se produce por consentir en esta acción, es así, que siempre que se dé una ponderación de bienes jurídicos como producto de la colisión entre ellos, se tiene que recurrir a materializar la acción mediante el consentimiento. De esta manera, lo que se considera por parte de la doctrina como naturaleza del consentimiento en sentido estricto, se asienta sobre la base de la lesión a un bien jurídico con el consentimiento del titular para que se efectúe tal lesión, en este caso, sin duda el titular se enfrentó al proceso de consentir sobre la lesión del bien, merced a la ponderación de los bienes jurídicos por presentarse una colisión de ellos, este aspecto, sitúa a los casos dentro del estado de necesidad, en donde el principio del consentimiento es simplemente un requisito para la lesión, así, que si no se expresa materialmente la libertad de disponer del bien por el consentimiento, la acción lesiva no vería la luz<sup>1061</sup>.

**b). EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO Y LA ADECUACIÓN SOCIAL.** La Teoría de la adecuación social fue creada originalmente por Welzel, en su trabajo «*Studium zum System des Strafrechts*», como tesis original, Welzel<sup>1062</sup> planteó que dentro de esta denominación «quedan fuera del concepto de injusto todas aquellas acciones que se mueven

---

<sup>1061</sup> Vid. entre otros. Skegg, *Law, ethics and Medicine*, Clarendon Pr, Oxford, 1988, p. 72; Palermo, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Cedam, Padova, 2000, pp. 201 ss. en relación al consentimiento y el estado de necesidad dentro de la actividad médica.

<sup>1062</sup> Vid. Cancio Mélia, «La teoría de la adecuación social de Welzel», ADPCP, 1993, pp. 698-699.

funcionalmente dentro del orden históricamente constituido», a su vez, a estas acciones, propone llamarlas sistemáticamente como «socialmente adecuadas», por lo tanto, la adecuación<sup>1063</sup> es el «significado social» de un comportamiento de no estar prohibido, y este comportamiento, tampoco puede constituir un injusto penal, únicamente el injusto se daría si se traspasa la adecuación social<sup>1064</sup>. La evolución dogmática que ha tenido la Teoría de la adecuación le ha proporcionado diversas consecuencias jurídicas como exclusión del tipo, causa de justificación, causa de exculpación, y para muchos como atentatoria a la seguridad jurídica por la imprecisión de su contenido, cuestión que ha sido la más dura objeción a esta Teoría<sup>1065-1066</sup>, y una concepción mayoritaria, la admite como un principio interpretativo general<sup>1067</sup>.

En apego a la Teoría de la adecuación social, como principio de interpretación del tipo, se pueden indicar ciertas conductas que se consideran socialmente adecuadas y a la vez se las agrupa en dos ramas: el riesgo jurídicamente irrelevante o permitido y el principio de insignificancia. En el principio de insignificancia, quedan excluidas del tipo todas las acciones que son irrelevantes y socialmente toleradas de forma general<sup>1068</sup>, lo que impide la presencia misma de un tipo penal<sup>1069</sup>. Tanto el riesgo permitido como el principio de insignificancia han sido evaluados como criterios más precisos, en cuanto a principios de interpretación del

---

<sup>1063</sup> Ídem.

<sup>1064</sup> Ídem. Welzel con su Teoría de la adecuación social, tiene como objetivo fundamentar sus críticas al causalismo; en el mismo sentido, Bustos Ramírez, Hormazábal Malarée, «Significado social y tipicidad», en AAVV, «Estudios Penales», L.H. al Prof. J. Antón Oneca, Ed. Universidad de Salamanca, 1982, p. 124.

<sup>1065</sup> Ídem.

<sup>1066</sup> Bustos Ramírez, Hormazábal Malarée, «Significación...», p. 134.

<sup>1067</sup> Roxin, DP. PG., 2ª edic., p. 294.

<sup>1068</sup> Vid. Roxin, DP. PG., 2ª edic., pp. 295-296, como ejemplo se tienen a los juegos de azar con apuestas muy pequeñas; expresiones fuertes pronunciadas en el núcleo familiar.

<sup>1069</sup> Vid. Mir Puig, DP. PG, 6ª edic., p. 518.

tipo, por lo que, en la actualidad, se ha alegado que la Teoría de la adecuación social, tendencialmente correcta, ya no tiene mayor trascendencia dogmática<sup>1070</sup>, a pesar de que su objetivo inicialmente correcto de eliminar del tipo conductas no correspondientes a este, tampoco constituye un elemento del tipo<sup>1071</sup>.

Con respecto al papel que desempeña el principio del consentimiento en esta figura jurídica, se puede decir finalmente que para establecer cuáles son las conductas socialmente adecuadas y si actúan como exclusión de la tipicidad<sup>1072</sup>, el principio del consentimiento participa en el proceso para delimitar cuáles son estas conductas, pero lo hace en *calidad de requisito*, así por medio del consentimiento colectivo se otorga el carácter de adecuadas a ciertas conductas; para ello, el consentimiento actúa *como un requisito* indispensable para acordar que conductas deben tener este carácter, sin este consenso colectivo no se podría delimitar las conductas que son consideradas como socialmente adecuadas<sup>1073</sup>.

---

<sup>1070</sup> En otro sentido; Mir Puig, *ibíd.*, 516 ss. considera que la adecuación social determinaría la impunidad de hechos que serían de otra forma considerados como dolosos e imprudentes. Si bien, en la doctrina española no se ha aceptado del todo este criterio, debido a que todos los casos se verían solucionados por el art. 20, 7. CP, (ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber), para el autor, es inadmisibles esta consideración, pues, no se puede negar en el Derecho español la necesidad de acudir a la adecuación social como criterio propio que dejaría fuera tácitamente del tipo legal, las conductas adecuadas a la vida social, siendo este un punto de partida para un Derecho penal democrático que evite confrontaciones entre las valoraciones jurídicas y las de la sociedad; con criterio contrario: Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, «Significación...», p. 132, consideran que el principal problema de esta Teoría, es el trabajar con una concepción prejurídica de la acción, con lo que es difícil su vinculación con las categorías del jurídicas del delito.

<sup>1071</sup> *Ibíd.*, p. 297.

<sup>1072</sup> En este sentido, Vid. Mir Puig, DP. PG., 6ª edic., pp. 530 ss.

<sup>1073</sup> En contra de este planteamiento, Cancio Meliá, «La exclusión...», p. 75, cit. Mir Puig y Walther y en conclusión se considera que en las actividades arriesgadas, el consentimiento puede ser considerado en primera instancia como un presupuesto del riesgo permitido; pero, lo relevante no es el consentimiento en si mismo (que introduce el concepto de interacción de los intervinientes), sino el permiso general.

**c). EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO Y EL RIESGO PERMITIDO.** En la actualidad, se han aceptando algunas conductas que aunque entrañan cierto riesgo son útiles para la vida en sociedad, caso contrario, al prohibir dichas conductas, se ocasionaría un mayor perjuicio social. Estas situaciones especiales es lo que se conoce como riesgo permitido<sup>1074</sup>, por lo tanto, el criterio de utilidad social es necesario para establecer los límites entre un riesgo permitido, es decir, aceptado socialmente, y los que por el contrario tienen relevancia penal<sup>1075</sup>. Tanto este concepto, como su naturaleza jurídica han sido empleados en diversas formas<sup>1076</sup>, a más de que a esta institución jurídica se le ha atribuido distintas ubicaciones dentro de la Teoría del delito. Así: como equivalente a la adecuación social, como parte de la adecuación social pero empleada para casos de consentimiento en actuaciones imprudentes o como principio estructural dentro de las causas de justificación<sup>1077</sup>. Por otra parte, se considerado que el riesgo permitido únicamente actúa en los delitos imprudentes y no en los delitos dolosos<sup>1078</sup>.

Dentro de todos los planteamientos, es más lógico considerar al riesgo permitido como un instituto jurídico independiente de las causas de justificación, las que contienen una conducta que si bien crea un riesgo jurídicamente relevante, es permitida, y como consecuencia de ello, excluye la imputación en el tipo objetivo<sup>1079</sup>.

---

<sup>1074</sup> En este sentido, *Ibíd.*, p. 286.

<sup>1075</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, «Límites objetivos y...», en «Política Criminal...», p. 33, para la autora este aspecto no constituye una concepción utilitarista del Derecho penal, pues, la utilidad que pueda tener el riesgo para la sociedad no podrá excluir la relevancia penal, si el riesgo ha podido ser evitado y controlado dentro de un coste asumible.

<sup>1076</sup> Con este criterio: Casas Baquero, «El Consentimiento...», p. 49, indica que el riesgo permitido es un concepto coincidente con el de cuidado, y debe ser observado objetivamente; pero si se pasa de este límite se incurre en un delito culposo.

<sup>1077</sup> Vid sobre el tema: Roxin, DP. PG., 2ª edic., p. 371.

<sup>1078</sup> *Ídem.*

<sup>1079</sup> *Ídem.*

Existe la presencia innegable de un riesgo permitido en actividades cotidianas como son el tráfico (viario, ferroviario, marítimo, aéreo), industrias cuyo funcionamiento engendra peligro, ciertas prácticas deportivas, las intervenciones médicas con fines terapéuticos realizadas conforme a la *Lex artis*. En todas estas actividades, siempre que se sobrepase el riesgo permitido, se daría un resultado típico, caso contrario, el riesgo permitido genera la imputabilidad de la acción. Las actividades que presentan un cierto riesgo en su ejecución han sido objeto de regulaciones normativas de precaución y seguridad contra estos riesgos<sup>1080</sup>. Un caso objetivo de control de riesgos, se puede ver en la investigación científica, que implica riesgos; pero al mismo tiempo es necesaria para el desarrollo de la sociedad, por lo que se trata de establecer los límites de estos riesgos, así en el caso la Biotecnología<sup>1081</sup>, en donde algunos Convenios y Tratados internacionales han planteado el modo de ubicar estos límites, en atención a muchos factores<sup>1082</sup>.

El riesgo permitido puede presentar un interés especial en relación a la institución del consentimiento, por lo que, se ha considerado que es la forma de operatividad de mayor importancia del consentimiento dentro de la moderna Teoría jurídico-penal<sup>1083</sup>. De tal forma, que el riesgo consentido por el titular del bien jurídico ha sido muy relevante para el estudio dogmático de los delitos imprudentes que pueden producirse en las actividades indicadas, donde se acepta un margen de riesgo permitido. La

---

<sup>1080</sup> Con este criterio, *Ibíd.*, p. 372.

<sup>1081</sup> En este sentido, entre otros: Corcoy Bidasolo, «Límites y...», *passim*; la misma: «Límites objetivos y ...», *passim*; Buxó y Rey, Genoma, Riesgo y Cultura, en «Los retos de la genética...», pp. 95 ss.

<sup>1082</sup> En este sentido, el Convención sobre Derechos Humanos y Bioética, de 4 de abril de 1997 (Pacto de Oviedo), art. 28.

<sup>1083</sup> Quintero Olivares, «El Consentimiento en el Derecho penal español en especial referencia a algunas infracciones», en «El Consentimiento...», p. 33.

presencia de este tipo de consentimiento, ocasionaría la exclusión de la tipicidad<sup>1084</sup>.

El consentimiento en el riesgo<sup>1085</sup> es relevante en todas las actividades de riesgo, especialmente en la actividad médica, debido a que el paciente debe ser informado de los posibles riesgos con el fin de tomar una decisión sobre un asunto determinando, acción que fija el límite entre lo punible y lo no punible<sup>1086</sup>.

En este aspecto se deja sentado el criterio de Corcoy Bidasolo<sup>1087</sup> sobre el papel que juega el consentimiento en ciertos casos dentro de esta institución, como elemento esencial de la misma; aspecto que concuerda en parte con la línea propuesta, así, el principio del consentimiento actúa como *un requisito* dentro del riesgo permitido. Aunque ha sido criticada su efectividad en este aspecto, en este sentido<sup>1088</sup>, el consentimiento solo puede ser riesgo permitido cuando se pone en peligro el bien jurídico del sujeto y esté consciente, en este caso se restringe el tipo, y se presenta un conflicto de intereses ponderados.

---

<sup>1084</sup> Con este criterio, *ibíd.*, p. 34.

<sup>1085</sup> Sobre el tema: Silva Sánchez, *El nuevo Código penal. Cinco cuestiones fundamentales*, JM. Bosch Ed., Barcelona, 1997, p. 110, considera que dentro de la dogmática del consentimiento, ha sido muy importante la referencia al llamado consentimiento al riesgo o consentimiento a los hechos imprudentes.

<sup>1086</sup> De esta opinión, Silva Sánchez, «*El Nuevo Código penal...*», p. 110.

<sup>1087</sup> Vid. «*El delito imprudente...*», 1ª edic., p. 319, «el consentimiento es, pues, un elemento esencial para que en determinados casos pueda hablarse de riesgo permitido, lo que no quiere decir que sea siempre suficiente».

<sup>1088</sup> Corcoy Bidasolo, «*Límites objetivos y...*», en «*Política criminal...*», p. 34, también la autora manifiesta que se debe destacar que la eficacia del consentimiento surge a partir del interés que fundamenta la permisión del riesgo, como es la voluntad de la persona para ponerse en peligro con base sobre el derecho a la libertad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

**d). EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA**<sup>1089</sup>. Dentro de esta institución el consentimiento es un *requisito esencial* que permite expresar la autonomía de la voluntad, con el fin de que se materialice el pensamiento del individuo de una forma u otra, y, precisamente, esto se lleva a cabo con el consentir o no consentir sobre un hecho determinado, conforme a sus propios criterios<sup>1090</sup>.

**e). EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO Y LA IMPUTABILIDAD.** De acuerdo a la actual doctrina dominante actual, la imputabilidad se caracteriza por dos elementos: a. La capacidad de comprender lo injusto del hecho, y b. La capacidad de dirigir la actuación conforme al entendimiento<sup>1091</sup>. Se considera a la imputabilidad como un presupuesto de culpabilidad en particular, así, dentro de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, el primer presupuesto de cualquier reproche de culpabilidad se encuentra en que el autor al momento del hecho haya sido capaz de actuar de modo responsable, es decir, de comprender lo ilícito del hecho y de dejarse determinar por esa comprensión, renunciando a su realización. Para determinar la capacidad de culpabilidad, se debe atender a la ausencia de determinadas causas de exclusión, como la minoría de edad, determinadas carencias y alteraciones de la personalidad<sup>1092</sup>.

La responsabilidad penal (culpabilidad) falta cuando el sujeto actúa sin normalidad motivacional, es decir, se encuentra en una situación de motivación anormal lo que puede afectar a la normalidad psíquica del

---

<sup>1089</sup> Vid. supra, ap. 3.2.1.3, con mayor detalle sobre la objeción de conciencia.

<sup>1090</sup> Rawls, Teoría de la justicia, 1.ª ed., trad. González, MD, México, 1978, pp. 419, sobre la objeción de conciencia a participar en ciertos actos bélicos.

<sup>1091</sup> Mir Puig, DP. PG., 6ª edic., p. 579, el autor advierte que el CP español recoge en el art. 20, 1 y 2, esta posición doctrinaria.

<sup>1092</sup> En este sentido, Stratenwerth, DP. PG. I., trad. Cancio Meliá y Sancinetti, Thomson Civitas, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 235.

sujeto, y cuando se excluya la normalidad psíquica del sujeto desaparece la imputabilidad, a diferencia de lo que sucede con las causas de exculpación, que supone la exclusión de la motivacional anormal<sup>1093</sup>. El Código penal español contiene como únicas causas de exclusión de la imputabilidad las siguientes: 1. La anomalía o alteración psíquica permanente, 2. El trastorno mental transitorio, la minoría de edad penal, la alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia<sup>1094</sup>.

En relación al consentimiento y a las causas de impunidad, se puede considerar de manera general que bien podría ser el consentimiento un requisito para que procedan las causas de imputabilidad. En este sentido, para que una persona realice un hecho antijurídico debe actuar en pleno uso de sus facultades mentales, es así, que para comprender y actuar en consecuencia con la comprensión, debe consentir en el hecho con posterioridad a la comprensión del mismo, con ello puede ser responsable por un delito. En atención a lo dicho, es lógico suponer que el individuo al momento de conocer el hecho y de actuar en consecuencia y consentir sobre el mismo, y sino se encuentra en uso de sus facultades, debido a la presencia de una anomalía motivacional, estaría ante la situación de las personas consideradas como inimputables, debido a que no posee sus facultades en un correcto estado de salud en el caso de las personas con problemas mentales o madurez en el caso de los menores de edad<sup>1095</sup>.

---

<sup>1093</sup> Con este criterio, Mir Puig, DP. PG., 6ª edic., p. 581.

<sup>1094</sup> Art. 21, 1, 2 y 3.

<sup>1095</sup> Vid. supra, ap. 3.2.3.3.4., sobre la relación entre principio de culpabilidad y principio de autorresponsabilidad.





## **CAPÍTULO VII**

### **LOS PRINCIPIOS DE NATURALEZA INDIVIDUAL Y SU RELEVANCIA DENTRO DE LOS DELITOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA**

1. Alcance de los principios del consentimiento y de autonomía de la voluntad dentro de los delitos relativos a la manipulación genética: Planteamiento general y normativa sectorial. 1.1. La normativa sectorial del consentimiento informado: especial relación a la normativa relacionada con los delitos relativos a la manipulación genética. 1.2. Legislación internacional. 1.3. Legislación nacional. 1.4. Leyes autonómicas. 2. El consentimiento y la libertad de voluntad respecto a los bienes jurídico-penales protegidos dentro de los delitos relativos a la manipulación genética. 2.1. El principio de autonomía de la voluntad en relación a la libertad de disposición y a la libertad de acción de los bienes jurídico-penales y como fundamento del consentimiento. 2.2. Algunas particularidades sobre la eficacia del consentimiento y la materialización de la libertad de la voluntad en los bienes jurídico-penales: especial relación a la libertad de disposición. 2.2.1. Los bienes jurídico-penales sobre los que se puede disponer: la problemática en la disposición de los bienes jurídicos supraindividuales. 2.2.2. Las diferentes formas de protección de los bienes jurídico-penales. 2.2.3. El empleo de un criterio restrictivo en relación a la protección de los bienes jurídicos dentro de los delitos de peligro. 3. La libertad de disposición del bien jurídico-penal único dentro de los delitos relativos a la manipulación genética: límites y excepciones sobre la libertad de disposición. 3.1. Límites a la libertad de disposición. 3.2. Excepciones a las limitaciones sobre la libertad de disposición. 3.2.1. El estado de necesidad: ponderación de los bienes jurídicos. 3.2.2. La calidad de vida como interés colectivo. 3.2.3. La disposición del bien jurídico-penal relacionadas a material genético: embriones tempranos o preembriones, células madre y gametos. 3.2.3.1. Normativa y jurisprudencia existente. 3.2.3.1.1. Normativa europea. 3.2.3.1.2. Normativa española. 3.2.3.1.3. Jurisprudencia española. 3.2.3.2. Operatividad de la representación legal con fundamento en el principio de analogía: la importancia de los principios de solidaridad y de justicia. 3.2.3.2.1. La representación legal: características principales. 3.2.3.2.2. La interpretación analógica sobre el material genético. 3.2.3.2.2.1. Las disposiciones objeto

de una hipotética interpretación analógica. 3.2.3.2.2.2. Consideraciones generales sobre la analogía. 3.2.3.2.2.3. La aplicación analógica del consentimiento y la representación legal sobre el material genético. 3.2.3.2.2.4. Los principios de justicia y de solidaridad en la aplicación analógica de la representación legal sobre material genético: sus repercusiones sobre la igualdad en la sociedad. 4. Interpretación de *lege ferenda* del principio del consentimiento y la libertad disposición del bien jurídico-penal único protegido en los delitos relativos a la manipulación genética. 4.1. Planteamiento sobre la clase de protección y la aplicación de restricciones a los tipos. 4.2. El consentimiento informado y la libertad de disposición en los delitos relativos a la manipulación genética «*strictu sensu*». 4.2.1. La alteración del genotipo. 4.2.1.1. Cuestiones generales sobre la protección del bien jurídico-penal único en el tipo. 4.2.1.2. Las terapias empleadas en materia genética. 4.2.1.3. La libertad de terapia. 4.2.1.4. La libertad de disposición sobre el aspecto individual del bien jurídico-penal único y el consentimiento informado. 4.2.2. Armas biológicas. 4.2.2.1. Cuestiones generales sobre la protección del bien jurídico-penal único en el tipo. 4.2.2.2. La libertad de disposición sobre el aspecto supraindividual del bien jurídico-penal único y el consentimiento. 4.2.3. Organismos modificados genéticamente. 4.2.4. Selección de raza. 4.2.4.1. Cuestiones generales sobre la protección del bien jurídico-penal único en el tipo. 4.2.4.2. La libertad de disposición sobre el aspecto individual y supraindividual del bien jurídico-penal único y el consentimiento informado. 4.3. El consentimiento informado y la libertad de disposición en los delitos relativos a la manipulación genética «*sensu lato*». 4.3.1. Fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación. 4.3.1.1. Cuestiones generales sobre la protección del bien jurídico-penal único en el tipo. 4.3.1.2. La libertad de disposición sobre el aspecto individual y supraindividual del bien jurídico-penal único y el consentimiento informado: relativización de la protección del embrión humano. 4.3.1.3. Experimentación e investigación científica sobre embriones humanos y el consentimiento. 4.3.2. Creación de seres idénticos por clonación. 4.3.2.1. Cuestiones generales sobre la protección del bien jurídico-penal único en el tipo. 4.3.2.2. La libertad de disposición sobre el aspecto individual y supraindividual del bien jurídico-penal único y el consentimiento informado. 4.3.2.3. La problemática de la clonación terapéutica y la necesidad de su legislación. 4.3.3. Reproducción asistida sin consentimiento de la mujer. 4.3.3.1. Cuestiones generales sobre la protección del bien jurídico-penal único en el tipo. 4.3.3.2. La libertad de disposición sobre el aspecto

individual y supraindividual del bien jurídico-penal único y el consentimiento informado. 5. Algunas reflexiones relacionadas al principio de autorresponsabilidad y su vinculación con el consentimiento. 5.1. Entre la libertad y la culpabilidad. 5.2. Imprudencia y alcance del tipo en los delitos relativos a la manipulación genética: Especial referencia a la dualidad del tipo imprudente y doloso. 5.2.1. Criterios doctrinales esenciales. 5.2.2. El alcance del tipo en el artículo 159.1. 5.3. La imputación a la víctima: apreciaciones del principio de autorresponsabilidad desde la perspectiva de los delitos relativos a la manipulación genética. 5.3.1. Estado dogmático: casos jurisprudenciales, principales expositores y planteamientos más destacados para tratar el tema. 5.3.2. El consentimiento informado y el principio de autorresponsabilidad: el inevitable regreso al consentimiento en ciertos tipos de la Parte Especial. 5.3.3. Algunas reflexiones sobre la imputación a la víctima con motivo de los delitos relativos a la manipulación genética.

## **1. ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS DEL CONSENTIMIENTO Y DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DENTRO DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA: PLANTEAMIENTO GENERAL Y NORMATIVA SECTORIAL**

Con el objetivo de analizar la incidencia de los principios del consentimiento y de la autonomía de la voluntad dentro de los delitos relativos a la manipulación genética, es necesario aludir brevemente al consentimiento informado y su íntima conexión con la autonomía del paciente dentro de la actividad médica<sup>1096</sup>.

En primer lugar, se considera necesario establecer la relación existente entre algunas ramas de la Biotecnología que son empleados en los delitos relativos a la manipulación genética y la actividad médica. En términos generales, la Biotecnología se encarga del empleo de materiales vivos para

---

<sup>1096</sup> Vid. supra, PP, cap. III, ap. 1, 2, 3, con más detalles sobre el consentimiento informado.

la consecución de usos y servicios y abarca una gran variedad de sectores<sup>1097</sup>. Concretamente, en relación a los casos donde se aplican la Ingeniería genética y la Tecnología de la reproducción humana<sup>1098</sup> se emplean ramas como la Genética, Biología, Medicina, Veterinaria, entre otras. Conforme al uso que se hace en este trabajo del término manipulación genética «*sensu lato*» (término de uso más común)<sup>1099</sup>, comprende todos los campos que ocupan la Biotecnología, mientras que la manipulación genética «*strictu sensu*», incluye los métodos que utilizan la Ingeniería genética como la tecnología del ADN recombinante y la reacción en cadena de la polimerasa (PCR)<sup>1100</sup>. Por lo tanto, la Biotecnología y la Ingeniería genética, se sirven de varias ramas de las Ciencias Médicas, así, se puede concluir que la manipulación genética es una actividad perteneciente al ámbito sanitario, y como consecuencia, las instituciones jurídicas creadas para la actividad médica, bien pueden ser aplicadas dentro de la Biotecnología, es decir a todos los actos y técnicas que contienen la manipulación genética «*strictu sensu*» y la manipulación genética «*sensu lato*».

---

<sup>1097</sup> Vid. concepto de Muñoz, supra, intr., ap. 4, ap. 5.

<sup>1098</sup> Se entiende dentro de este rótulo, a todas las técnicas que son empleadas para la reproducción humana, así se tiene a la reproducción asistida y la clonación con fines de reproducción; Gómez Sánchez, «El derecho a la reproducción humana», Servicio Publicaciones Facultad Derecho. Universidad de Complutense de Madrid y Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 31 ss. 77 ss. sobre el derecho a la reproducción humana, como un derecho constitucional, lo que legitima algunas de las vías para conseguirlo como la reproducción asistida; Thomson, *Reproducing Narrative. Gender, Reproduction and Law*, Ashgate, England, 1998, pp. 143, sobre las nuevas tecnologías reproductivas y sus peligros.

<sup>1099</sup> Vid. intr., ap. 11.

<sup>1100</sup> Vid. entre otros, Muñoz Emilio, *Ingeniería Genética en el sector primario y secundario: beneficios y problemas*. Documento de Trabajo 95-01. Consejo Superior de Investigación científica. Instituto de Estudios Sociales Avanzados, IESA, Madrid, 1995, p. 2, Albridge, *El hilo de la vida. De los genes a la Ingeniería genética*, trad. Clara de Cárdenas, 1ª edic., Cambridge University Press, Madrid, 1999, pp. 95 ss.

Sobre conocimientos científicos especiales que permiten la comisión de los tipos penales que conforman los denominados «delitos relativos a la manipulación genética», las conductas que se tipifican tienen estrecha relación con la actividad médica. Así, que para la alteración del genotipo se contará necesariamente con médicos y genetistas, para la producción de armas biológicas se realiza mediante el empleo de conocimientos biológicos, en la fecundación de óvulos actúan médicos, biólogos, genetistas entre otros, igual se puede decir para aplicación de la clonación y de otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza, y la reproducción asistida sin consentimiento será efectuada primordialmente por ginecólogos. Tal como indica el Código penal en el artículo 162, las sanciones pueden ser aplicadas a la sociedad, a una organización o a una asociación, con ello se entiende que estas organizaciones en general aunque transitoriamente se dediquen a estas actividades, siempre contarán en su equipo con personal capacitado en las áreas relacionadas a la Biotecnología e Ingeniería genética, es decir, profesionales de las Ciencias Médicas<sup>1101</sup>.

Retomando la referencia sobre el consentimiento informado, como se conoce la Teoría general del consentimiento se expresa con el nombre de *consentimiento informado*<sup>1102</sup> dentro del campo de la Medicina y sus ramas

---

<sup>1101</sup> En cuanto al equipo médico, el art. 162 del CP, ubicado conjuntamente con los demás tipos relativos a la manipulación genética, advierte que la autoridad podrá imponer algunas de las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 del Código, tales como la clausura temporal o definitiva, la disolución de sociedad, las suspensión, la prohibición de realizar dichas actividades en lo futuro.

<sup>1102</sup> Con este criterio, López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», pp. 27-28, quien considera que entre los derechos del paciente esta el consentimiento y la información, por lo tanto, se estaría ante lo que se conoce como consentimiento informado, de tal forma que las intervenciones médicas siempre deben contar con tres requisitos: ser una intervención médicamente indicada, estar realizada conforme a la *Lex artis* médica, y contar con el consentimiento del paciente, estos requisitos mencionados, generalmente, deben ser precedidos por la información necesaria, es decir, con el consentimiento informado del paciente; en igual sentido. De la Cuesta Aguado, La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales. (Análisis del tipo objetivo del artículo

afines, en razón de las características propias que presenta el consentimiento al ser aplicado en la actividad médica. Ahora bien, la relación entre la Medicina y el Derecho<sup>1103</sup> viene de antaño y presenta diferentes etapas que pasan de una tradición común y un respeto social similar para los profesionales de estas áreas, a una independencia de los respectivos campos de actuación, hasta que en la actualidad, las actividades médicas son abordadas jurídicamente, bien sea por el cambio de las relaciones médico-paciente registrado en los últimos tiempos y/o por la presencia de nuevos intereses en juego como son la autonomía de la libertad del paciente y el derecho a ejercer un consentimiento informado. Como respuesta a este proceso, la Medicina Defensiva<sup>1104</sup> emplea los mismos instrumentos legales como es el consentimiento informado, con la finalidad de que el médico comparta la responsabilidad con el paciente, y así no sería imputado por actuaciones que bien pueden ser resueltas por el principio de autonomía del paciente<sup>1105</sup>.

---

162 del Código penal), Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 91, la autora resalta la relación entre el consentimiento y la actividad médica, por lo que sostiene que la misma gira entorno al consentimiento, y su ausencia determinaría una responsabilidad civil, penal o administrativa; Galán Cortés, «Responsabilidad médica...», *passim*, aborda con amplitud sobre el consentimiento informado dentro de la actividad médica.

<sup>1103</sup> Vid. Pelayo González-Torre, La intervención jurídica de la actividad médica. El consentimiento informado, Dykinson, Madrid, 1997, 13 ss.; Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», p. 146, sostiene que en el ámbito sanitario el consentimiento informado es un derecho respetado y protegido jurisprudencialmente (STS, 12 de enero de 2001), que si bien cuenta con algunas características estructurales del consentimiento aplicado en los negocios jurídicos, también presenta elementos propios, así puede ser un elemento justificante en algunos tipos penales (se recuerda que el autor es partidario de la Teoría dualista del consentimiento).

<sup>1104</sup> Vid. supra. PP, cap. III., ap. 1, más sobre el tema.

<sup>1105</sup> Con el mismo criterio, Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», p. 147; Paredes Sierra, «Ética y Medicina defensiva», en *Ética en el ejercicio de la Medicina*, Rivero Serrano y Paredes Sierra eds., Editorial Médica Panamericana, México, 2006, pp. 223, el autor concluye que algunas prácticas defensivas son adecuadas y beneficiosas para los pacientes como la capacitación y actualización continua de los médicos, la mejor relación médico-paciente, el uso adecuado de la tecnología etc.; sin embargo, la parte negativa es el incremento del costo a niveles que son cuestionables desde el punto de vista ético, como un uso excesivo del laboratorio y del gabinete, cirugías no necesarias, contratación de seguros por mala práctica entre otros.

El componente ideológico liberal dentro de la relación Derecho-Medicina, encuentra su máxima expresión en las consideraciones tanto doctrinales y prácticas relacionadas al principio de la autonomía del paciente y al consentimiento informado. Precisamente en esta área, la libertad, valor superior del Ordenamiento jurídico español y de otros ordenamientos, preside las nuevas relaciones entre el Derecho y la Medicina y entre el médico y el paciente, con un límite infranqueable como es la no afección a otras personas por las decisiones concernientes al ejercicio de la autonomía de la voluntad del paciente y a su expresión por medio del consentimiento informado<sup>1106</sup>. Del conjunto de principios, que generalmente se manifiestan con mayor concreción para su aplicación práctica como derechos dentro de la actividad jurídica y médica, se otorga al consentimiento el carácter de derecho fundamental y de derecho humano, reconocido por la doctrina y la jurisprudencia<sup>1107</sup>. Sin embargo, las consecuencias por la aplicación práctica de la doctrina del consentimiento informado y del principio de autonomía del paciente no están exentas de problemas y nuevos retos tanto médicos como jurídicos<sup>1108</sup>.

---

<sup>1106</sup> Vid. J. S. Mill, «Sobre la libertad...», pp. 51 y 91 ss., por un lado, el autor considera que existe una esfera en la vida del individuo que comprende la parte de la conducta y de la vida que no afecta más que a ella misma, y que si trasciende a los demás trasciende por un consentimiento y participación libre, voluntaria y perfectamente reflexiva. De una forma conexas, el límite a la libertad individual radica precisamente en no afectar a otros individuos, y si las acciones libres ocasionan daños y perjuicios, es el mismo individuo quien cargaría con estos daños o perjuicios. Sobre el criterio de J.S. Mill, se puede decir que ha sido acogido en muchos sectores, incluida la actividad médica; el mismo: On Liberty, Kuhse, Singer eds., Bioethic. An Anthologyic, Blackwell Publishers, Reino Unido, 1999, p. 516; Pelayo González-Torre, «La intervención...», p. 84, en sentido similar y en alusión a J. Stuart Mill.

<sup>1107</sup> En este sentido, entre otros: Galán Cortés, «Responsabilidad médica...», prol. I, IV; Romeo Casabona, «Consentimiento informado y Teoría general del Derecho», AAVV, La responsabilidad médica y sanitaria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2003, p. 69, STS, 2001/12 de enero; STS, 2001/11 de mayo. Vid. infra, ap. 2.2, igual sucede con el principio de autonomía de la voluntad.

<sup>1108</sup> Vid. AA.VV. Problemas prácticos del consentimiento informado, *passim*; Pelayo González-Torre, «La intervención...», pp. 90 ss.



Al margen de los planteamientos positivos y negativos sobre la exigencia del consentimiento dentro de la actividad médica y por ende, con relación a la manipulación genética<sup>1109</sup>, es la Teoría del consentimiento y el consentimiento informado un eslabón indispensable entre el bien jurídico-penal disponible por su titular y la autorresponsabilidad que esta acción le pueda generar<sup>1110</sup>, así lo demuestra la normativa del sector<sup>1111</sup> que lejos de apartarse del consentimiento, en este caso del consentimiento informado<sup>1112</sup>, cada vez más se apega al mismo para legitimar la eficacia del principio de autonomía de la voluntad<sup>1113</sup>. Tal como se ha sostenido, los principios de naturaleza individual tienen un alcance sumamente importante dentro de la actividad médico-genética, pues, en los casos en los que se puede disponer del bien jurídico, penalmente protegido, el principio

---

<sup>1109</sup> Téngase en cuenta que se está ante nuevas figuras, de las cuales existe poca literatura actual, pues, la antigua y respetada división del consentimiento realizada por la doctrina alemana (acuerdo y consentimiento) por la época en la que fue elaborada no contempla casos parecidos.

<sup>1110</sup> Vid. Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», p. 147, entre varias de sus obras; Pelayo González-Torre, «La intervención...», pp. 24, 100, en sentido similar sobre la responsabilidad del paciente en la actividad médica; López Barja de Quiroga, «El consentimiento...», pp. 25, 26 y 43, sobre la protección a la víctima en el sistema europeo y la exclusión del médico por el consentimiento como un cambio de perspectiva.

<sup>1111</sup> Vid. infra. ap. 3.2.3.1.

<sup>1112</sup> Este criterio de eficacia del consentimiento informado en general es acogido por la normativa del sector; vid. con otra visión: Sánchez-Caro y Abellán, *Reproducción humana asistida. Protocolos del consentimiento informado de la Sociedad Española de Fertilidad*, Ed. Comares, Madrid, 2002, pp. 5 ss. consideran que desde el punto de vista legal, el consentimiento informado es el exponente fundamental del principio de autonomía del paciente, por lo tanto, el consentimiento informado es una suerte de versión jurídica del principio de autonomía, a pesar de ello no puede ser aplicado en todos los casos (experimentación terapéutica, investigación de seres humanos, el llamado auxilio a morir).

<sup>1113</sup> Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico. Doctrina y Jurisprudencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 49 ss. indica que pese a la legitimación de la autonomía de la voluntad por medio del consentimiento, existen casos en los que se puede apreciar limitantes al consentimiento; por lo tanto, se pone en duda la legitimación total del consentimiento dentro de la actividad médica, así se tiene el caso de tratamientos médicos obligatorios como la administración de vacunas, tratamientos coactivos para embarazadas donde se precautela la salud del niño, al margen del criterio de la madre, etc.

de autonomía sería expresado mediante el proceso del consentimiento informado, lo cual por lo general excluye de responsabilidad al médico<sup>1114</sup> (siempre y cuando actúe conforme a la *Lex artis*), y traslada la solución al principio de autorresponsabilidad. En primera instancia se excluiría la responsabilidad penal de paciente<sup>1115</sup>. Pues, los límites de los principios de naturaleza individual impiden que el *Ius puniendi* del Estado pueda ser aplicado más allá de la libertad de disposición del individuo, por lo tanto, dentro de la imputación de la conducta, excluiría la tipicidad. De allí, que también es parte de los objetivos de este trabajo, el realizar una contraposición muy general de ciertos enfoques teóricos relacionados a la imputación con algunas situaciones peculiares que presenta la manipulación genética, y con el fin de determinar si estos esquemas dogmáticos pueden prescindir o no del consentimiento para ciertos fines como son la disposición de bienes jurídicos, el consentimiento en el riesgo, y la imputación de la víctima.

Aparte de la relevancia penal y la eficacia que presenta el consentimiento informado dentro de la actividad médica<sup>1116</sup>, como peculiaridad especial en los delitos relacionados a la manipulación genética, la configuración de los tipos penales admite la modalidad dolosa. Como se conoce, la doctrina<sup>1117</sup> considera que las actuaciones del médico generalmente serán imprudentes, ya que de ordinario la apreciación de la responsabilidad está ligada al criterio de que se ha infringido un deber de cuidado, mientras que el dolo es

---

<sup>1114</sup> La responsabilidad penal del médico ha sido tratada desde el Derecho romano, con más detalles, Vid. Núñez y Paz, «La responsabilidad de los médicos en el Derecho romano», RDPC, núm. 5, 1995, pp. 683 ss.

<sup>1115</sup> Diferente solución se daría a la disposición de bienes jurídicos no susceptibles de tal acción, así también las consecuencias sobre imputación serían diferentes.

<sup>1116</sup> Vid. supra, PP, cap. III, ap. 2.

<sup>1117</sup> Vid. Silva Sánchez, «Libertad de terapia...», p. 171.

aplicado en casos excepcionales<sup>1118</sup>. Sin embargo, en el Título relativo a los delitos relativos a la manipulación genética, el legislador cambia de criterio e invierte la posición de las modalidades de dolo/imprudencia que maneja en la actividad médica, de tal forma, que tan solo la alteración del genotipo (artículo 159.1.2.) admite dolo e imprudencia, mientras que las demás figuras únicamente tipifican acciones dolosas; en este caso están la creación de armas biológicas (artículo 160.1.), la fecundación de óvulos con fines distintos a la creación (artículo 160.2.), la clonación humana u otros procedimientos para la selección de la raza (artículo 16.3.), la reproducción asistida (artículo 161.1). A simple vista, se puede decir que el cambio de criterio del legislador, se basa en la mayor complejidad técnica que pueden acarrear las figuras contempladas dentro de este y Título, razón por la cual, el médico / científico que las ejecuta es conocedor de la técnica que debe emplear y de los límites constantes en la Ley. Por otra parte, también se puede considerar que la mayor restricción a la actividad genética como una actividad con consecuencias dolosas, se debe a la complejidad de los bienes jurídicos que se protegen.

### **1.1. LA NORMATIVA SECTORIAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: ESPECIAL RELACIÓN A LA NORMATIVA RELACIONADA CON LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

La existencia de legislación sectorial<sup>1119</sup> que relaciona a los delitos de manipulación genética y al consentimiento informado resulta de suma importancia al momento de realizar algunas consideraciones en atención a

---

<sup>1118</sup> En el mismo sentido, Jorge Barreiro, Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Estudios Penales y Criminológicos XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, p. 148.

<sup>1119</sup> Posteriormente se cita la normativa más importante.

la disposición del bien jurídico-penal y dentro del juicio de imputación; pero de momento, interesa citar la legislación existente sobre el tema con lo que se demuestra que dentro del sector médico y concretamente en lo relacionado a la manipulación genética, el consentimiento informado es una pieza clave en esta área<sup>1120</sup>.

## 1.2. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

- El Código de Núremberg (Tribunal Internacional de Núremberg 1946), la Consideración Primera establece la necesidad del consentimiento informado para los experimentos con seres humanos.
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 7, estipula como necesario el consentimiento libre, especialmente para la experimentación médica o científica.
- La Declaración de Helsinki de 1964, con sus varias revisiones (Tokio en 1975, Venecia en 1983 y Hong Kong en 1989), contiene un planteamiento internacional sobre la investigación médica y científica sobre seres humanos, en concreto los artículos 8, 15, 22, 23, 25 y 26 regulan el otorgamiento del consentimiento.
- El Acuerdo Internacional sobre Derecho Civiles y Políticos de 1976, dispone en su artículo 7 que el consentimiento libre es un requisito para la experimentación médica y científica en seres humanos.
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Biomedicina (1996), en los artículos 5 y 9 incluyen al

---

<sup>1120</sup> Como ejemplo se citarán varias leyes sobre el consentimiento informado; Vid. supra. PT, cap. VI, ap. 3.2.3.2., con más referencias a artículos concretos sobre consentimiento en relación al CP y a otras leyes relacionadas a la manipulación genética.

consentimiento informado como requisito para que proceda una intervención en el ámbito sanitario.

- Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos (1997), aprobada el 11 de noviembre de 1997 por la Asamblea General de la UNESCO, en su artículo 5 sobre el derecho de las personas interesadas regula sobre el consentimiento dentro del literales b. y e.
- Declaración de Bioética de Gijón de 2000, fue adoptada al final del Congreso Mundial de Bioética celebrado en Gijón, del 20 al 24 de junio, por el Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética (SIBI), con la Declaración se realizan algunas observaciones y recomendaciones en los numerales 6 y 11, relacionadas al principio de autonomía y al consentimiento.
- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005, artículo 6.
- Pautas Internacionales Propuestas para la Investigación Biomédica en Seres Humanos de 1982, que tiene como fin aplicar de forma eficaz los principios éticos propuestos para la investigación biomédica en seres humanos. Pautas Internacionales para la Evaluación Ética de los Estudios Epidemiológicos de 1991, contribuyó a revisar las pautas de 1982.

### **1.3. LEGISLACIÓN NACIONAL**

- Ley General de Sanidad, Ley 14/1985.
- Código de Deontología médica.
- Ley 25/1990, del Medicamentos

- Real Decreto 546171993, regula el etiquetado y el prospecto de los medicamentos de uso humano<sup>1121</sup>.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Código penal de 1995.
- Ley 9/2003, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico para la utilización de organismos modificados genéticamente.
- Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción asistida (reformada).
- Real Decreto 2070/1999 sobre trasplante de órganos y tejidos en general.
- Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.
- Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación Biomédica.

#### **1.4. LEYES AUTONÓMICAS<sup>1122</sup>**

- Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica (Comunidad Autónoma de Cataluña).

---

<sup>1121</sup> En concreto, su art. 12, ap. 3, define al consentimiento informado como un procedimiento mediante el cual se garantiza que el sujeto exprese su voluntad de participar en un ensayo clínico.

<sup>1122</sup> Únicamente se citan las leyes correspondientes sin los artículos de referencia.

- Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (Comunidad Autónoma de Galicia).
- Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica. Modificada parcialmente por la Ley foral 29/2003, de abril (Comunidad Foral de Navarra).
- Ley 1/2003, de 28 de enero de la Generalitat, de Derecho e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana. (Comunidad Autónoma Valenciana).
- Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud (Comunidad Autónoma de Castilla y León).
- Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias (Comunidad Autónoma del Principado de Asturias).
- Ley 4/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (Comunidad Autónoma de Canarias).
- Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi (Comunidad Autónoma del País Vasco).
- Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía (Comunidad Autónoma de Andalucía).
- Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha (Comunidad Autónoma de Castilla – La Mancha).
- Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura (Comunidad Autónoma de Extremadura).
- Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid (Comunidad Autónoma de Madrid).

- Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud (Comunidad Autónoma de la Rioja).
- Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón (Comunidad Autónoma de Aragón).
- Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (Comunidad Autónoma de Cantabria).
- Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Iles Balears (Comunidad Autónoma de las Illes Balears).
- Ley 7/2003, de 9 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Galicia (Comunidad Autónoma de Galicia).

## **2. EL CONSENTIMIENTO Y LA LIBERTAD DE VOLUNTAD RESPECTO A LOS BIENES JURÍDICO-PENALES PROTEGIDOS DENTRO DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

Conforme al criterio que se presenta en este trabajo con respecto al concepto de libertad<sup>1123</sup>, y con el fin de abordar sobre la protección penal de los bienes jurídicos en general y de estos en los tipos penales en estudio, se debe decir que la aplicación del principio del consentimiento está relacionada con la libertad de voluntad para la disposición de los bienes jurídico-penales que se protegen en los diferentes delitos. La libertad de voluntad como se sostiene y se analizó en su momento, contiene algunas fases en su manifestación dentro del mundo del Derecho, pues, en la primera fase o fase interna presenta la regencia del principio de autonomía de la voluntad<sup>1124</sup>, del cual se derivan dos posibilidades de manifestación;

---

<sup>1123</sup> Vid. supra, PS, cap. VI, ap. 3.2.3.3.4..

<sup>1124</sup> Uno de los principios éticos dentro de la Genética es la autonomía de la voluntad; en este sentido vid: Raeburn, «Genetic aspects of Bioethics», en *Encyclopedia of Genetics*, Reeve ed., Fitzroy Dearborn Publishers, London-Chicago, 2001, p. 591, el



por una parte, surge la libertad de disposición y por otra, la libertad de acción; a continuación, en la fase intermedia o de materialización, en concordancia con lo expuesto en este trabajo, se ubica al principio del consentimiento como un instrumento que permite la materialización del principio de autonomía de la voluntad y sus formas de expresión (libertad de disposición y libertad de acción), la existencia de esta fase, en concatenación con la anterior, permite la realización de la libertad de la voluntad en su máxima expresión; y como consecuencia de ello se tendría la tercera fase o fase externa sustentada por el principio de autorresponsabilidad que se aplica cuando la afección o lesión se refiere a los bienes propios y el principio de culpabilidad para la afección de bienes ajenos en general<sup>1125</sup>.

Con este recordatorio de la postura defendida con anterioridad, se puede decir, que el principio del consentimiento, dentro de la libertad de voluntad, es un requisito indispensable para la materialización de aquello que se desea realizar con los bienes jurídicos, al margen de las limitaciones que pueden presentarse en ciertas circunstancias especiales.

## **2.1. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN RELACIÓN A LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN Y A LA LIBERTAD DE ACCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICO-PENALES Y COMO FUNDAMENTO DEL CONSENTIMIENTO**

---

autor considera como se dijo que la autonomía individual es uno de los principios éticos más importante en Genética, y este debe ir acompañado por una información correcta, así el individuo puede realizar una decisión con base a la información que recibe. La información individual y correcta puede ser sobre una decisión genética sobre sí mismo o con respecto a un miembro de su familia. Los límites a la autonomía individual son interpuestos por la legislación de cada país, y un factor adicional que influye en la autonomía individual es la obtención de los servicios apropiados.

<sup>1125</sup> Vid. en similar sentido, Faulder, «Whose...», p. 23., sostiene que dentro del principio de autonomía de la voluntad está la noción de responsabilidad personal.

Con el propósito de realizar un análisis más pormenorizado de los principios, principalmente el principio de la autonomía de la voluntad de origen kantiano<sup>1126</sup>, hace su aparición dentro de la actividad médica por medio del consentimiento informado<sup>1127</sup>; pero con anterioridad, comienza a diferir con otros principios como el de beneficencia<sup>1128</sup>, de tal suerte, que durante la evolución que ha tenido el principio de la autonomía de la voluntad, es indudablemente que este principio es el fundamento jurídico del consentimiento informado en la actividad médica. De igual manera, también lo es de las formas de manifestación de la libertad de la voluntad para la disposición de bienes jurídicos.

Dentro de una interpretación gramatical del principio de autonomía de la voluntad, se aprecia que el término autonomía define «la condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie»<sup>1129</sup>, mientras que voluntad implica: «la facultad de decir y de ordenar la propia conducta», como también «el libre albedrío o libre determinación»<sup>1130</sup>. En apego a la interpretación gramatical, y desde un punto de vista lógico-deductivo, se puede decir que el principio de autonomía de la voluntad se presenta como un principio amplio y general que puede abarcar otras manifestaciones, tal como se sostiene en este trabajo, entre estas se tendría a la libertad de

---

<sup>1126</sup> Vid. entre otros: Faulder, «Whose...», p. 23; Galán Cortéz, «Responsabilidad médica...», p. 22.

<sup>1127</sup> Vid. Schwartz, «Autonomy, Futility, and the Limits of Medicine», en «Bioethic...», p. 519, sobre la importancia de la labor jurisprudencial para la conformación del principio de autonomía de la voluntad dentro de la actividad médica y la injerencia de varios casos para delimitar el principio.

<sup>1128</sup> Vid. Pelayo González-Torre, «La intervención...», p. 81, alude al conflicto entre el principio de autonomía de la voluntad de corte jurídico y el principio de beneficencia, eminentemente médico.

<sup>1129</sup> Vid. DRALE, 22.ª edic., p. 252.

<sup>1130</sup> Vid. ibíd., p. 2316.

disposición y a la libertad de acción, que son a su vez elementos propios de la libertad de la voluntad en general<sup>1131</sup>.

En cuanto a la libertad de disposición, gramaticalmente se puede entender como disponer: «el acto de deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse»<sup>1132</sup>, y obviamente disposición es «la acción y el efecto de disponer»<sup>1133</sup>. Principalmente, frente a estas consideraciones gramaticales, en este trabajo se pretende realizar un intento sencillo por exponer una diferenciación entre el principio de autonomía de la voluntad y el principio de autodeterminación. De una forma muy general se aprecia que el principio de autonomía de la voluntad, por su tradición, es un principio de carácter amplio que nació por reflexiones filosóficas relacionadas a la moral y es empleado como un freno del Estado frente a la autonomía del individuo<sup>1134</sup>, de allí su importancia como límite al *Ius puniendi* del Estado. La autonomía de la voluntad también presenta una considerable relevancia dentro de la Bioética como un principio fundamental relacionado a la autonomía del paciente<sup>1135</sup>; en este sentido la aplicación del principio puede

---

<sup>1131</sup> Vid. con otra interpretación Savulescu, «Rational Desires and the Limitation of Life-Sustaining Treatment», AAVV. «Bioethic...», p. 534, que con apego a una interpretación de las voces griegas que componen la palabra autonomía, define el término como autodeterminación y autogobierno.

<sup>1132</sup> Vid. DRALE, 22.<sup>a</sup> edic., p. 836.

<sup>1133</sup> Vid. ibíd., p. 837.

<sup>1134</sup> Nino, «Ética y...», pp. 229-230, considera que el principio de autonomía de la voluntad presenta dos aspectos diferentes, así el primero consiste en valorar positivamente la autonomía de los individuos en la elección y materialización de sus planes de vida, o en la adopción de ideas de excelencia que son parte de la moral autorreferente y que son tenidos en cuenta dentro de los planes de vida; mientras que el segundo aspecto consiste en vedar al Estado y a otros individuos la interferencia en el ejercicio de esa autonomía. Por lo tanto, dentro del primer aspecto de este principio está la asignación de un valor positivo a la libre elección por parte de los individuos, de planes de vida e ideales personales.

<sup>1135</sup> La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, en su Preámbulo otorga la calidad de principios, entre otros al principio de autonomía y la responsabilidad individual (art. 5) y al principio del consentimiento (art. 6), posición

sobrevenirse de una forma indirecta o directa, la primera aplicación se realiza por el individuo a través de la comunidad con el fin de que el Estado respete las libertades y la autonomía individual, y de una forma directa, el principio es ejercido por la propia persona, como es el caso de la autonomía del paciente. Por su parte, el principio conocido como autodeterminación es más específico; se considera que por su raíz gramatical y por su empleo práctico, más bien se trata de un derecho que es ejecutado únicamente de una forma directa por el individuo por lo tanto, es un derecho a autodeterminarse<sup>1136</sup>. El principio de autonomía de la voluntad bien puede ser el precedente del derecho a la autodeterminación<sup>1137</sup>, por lo que metodológicamente, la libertad de disposición como manifestación de la libertad de la voluntad y de autonomía de la voluntad, originan y fundamentan a este derecho en un ámbito más restringido<sup>1138</sup>. Conforme a la interpretación gramatical de los términos involucrados en el concepto, se deduce que la libertad de disposición está relacionada con una resolución concreta (expresada por medio del consentimiento), la particularidad del derecho de autodeterminación que al contener el término «auto», lo relega exclusivamente al campo personal, en donde no pueden intervenir terceras personas en apego a ninguna figura legal, a excepción de la representación

---

que concuerda con el planteamiento de este trabajo en considerar como principios a la autonomía de la voluntad, al consentimiento y a la autorresponsabilidad.

<sup>1136</sup> Abellán Salort, «Bioética, autonomía y libertad», Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006, p. 142.

<sup>1137</sup> Con otro criterio, Vid. Welhengama, «The Legitimacy of Minorities' Claim for Autonomy through the right to Self-Determination», NJIL, vol., 68, 1999, pp. 413 ss., de igual manera, se refiere a la autodeterminación como un derecho, y agrega que si bien hay diferencias entre la autonomía y la autodeterminación, así, el derecho a la independencia y la soberanía absoluta son fundamentales para el derecho de autodeterminación, mientras que solo la parcial independencia en términos de autogobierno y reglas propias implica la autonomía, a pesar de ello, la autonomía no es enteramente diferente de la autodeterminación, pues, la autonomía posee algunas características básicas internas de la autodeterminación.

<sup>1138</sup> Nino, «Ética y...», pp. 201 ss. y 229 ss. sobre el término de principio de autonomía de la voluntad que en su construcción y desarrollo inicial contiene implicaciones morales.

legal, lo que justifica su carácter de aplicación directa<sup>1139</sup>, y con ello, interfiere jurídicamente en la disposición de los bienes jurídicos individuales sobre los cuales el individuo delibera, determina y manda lo que se debe hacer<sup>1140</sup>.

En cuanto a las consecuencias de los actos de disposición, que emergen como fruto de esta manifestación de voluntad, pueden producir sobre los bienes jurídicos diferentes clases de afecciones o de daños, así, se presentaría un daño eventual, un daño cierto y un daño imprudente<sup>1141</sup>. En el daño eventual la resolución de disposición conlleva la posibilidad o no de la afectación o lesión del bien jurídico del que se dispone. Mientras que en el daño cierto, el titular del bien que aplica su libertad de disposición, conoce a ciencia cierta que su resolución afectará al bien jurídico. Finalmente, el daño imprudente se produce porque el acto dispositivo traería consigo la falta de cuidado en la decisión que se toma. En concreto, con respecto al derecho de autodeterminación y los daños, este derecho expresa precisamente la libertad de disposición de los bienes jurídicos

---

<sup>1139</sup> Vid. Gómez Sánchez, «Los principio de autonomía, igualdad y no discriminación en la Declaración Universal sobre Bioética y Derecho Humanos», en Gros Espiell, Gómez Sánchez (coords.), La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, Comares, Granada, 2006, p. 297, con un criterio similar considera que el reconocimiento de la autonomía de la persona no es sino la expresión de un derecho de autodeterminación física, así el derecho de autodeterminación define un ámbito de *agere licere*, es decir, un conjunto de facultades, de libertad decisoria protegida por el Ordenamiento y que permite a la persona decidir, optar o seleccionar las opciones que mejor le convengan sobre su realidad física.

<sup>1140</sup> Como se advirtió, a pesar del criterio expuesto en este trabajo y que se encuentra más relacionado a la aplicación del derecho de autodeterminación dentro de la actividad médica, otros autores, como Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, *passim*, realiza un estudio en el que relaciona al derecho de autodeterminación con la diversidad cultural y étnica, y las vías de inclusión o exclusión dentro de un sistema como la participación, la identidad y la interpretación.

<sup>1141</sup> Vid. García Álvarez, *La autopuesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 106, de la autora se toma el criterio de daño cierto y de daño eventual de los actos de disposición.

propios; a criterio de este trabajo, como se ha dicho se conoce por la doctrina y la jurisprudencia pionera, que la autodeterminación es un derecho de la persona para elegir o no, disponer o no<sup>1142</sup>; motivo por el cual, este derecho puede producir lesiones a los bienes jurídicos, sin embargo, estas lesiones excluyen la tipicidad por provenir de los principios de naturaleza individual limitadores del *Ius puniendi*, y permiten a la vez el respeto de la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad.

En relación a la libertad de acción, el término acción, puede ser interpretado gramaticalmente como: «ejercicio de la posibilidad de hacer» o «resultado de hacer»<sup>1143</sup>. Por lo que, en relación a la manifestación de la libertad de la voluntad, el individuo es libre de actuar o de no hacerlo, y en una fase negativa de su libertad de acción, el sujeto ejecuta acciones u omisiones contra los bienes jurídico penales de terceros, que al margen de la reprochabilidad social de la acción y de la pena que le corresponda, en todo momento el individuo cumple con los parámetros de la libertad de la voluntad, es así, que sus acciones u omisiones son libres (mientras no medie alguna causa de justificación). De la misma manera, las acciones pueden ser valoradas positivamente, como serían los actos que benefician a terceros o que al contrario sean actos negativos que ataquen bienes jurídico-penales protegidos de terceros, cuestión concreta que atañe al

---

<sup>1142</sup> Vid. en este sentido: Palermo Fabis, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all' autodeterminazione*, DEDAM, Padova, 2000, p. 83 ss.; Cardozo, «From Scholoendorff v. New York Hospital», en «Bioethic...», p. 517, el famoso juez, quien dictó la sentencia más emblemática sobre el consentimiento informado (EE.UU.-1914) y a raíz de ello, se originó un abundante desarrollo jurisprudencial sobre el tema, considera que todo ser humano cuando cumple la mayoría de edad tiene el derecho a determinar lo mejor para su propio cuerpo, y sin su consentimiento informado no se puede realizar ninguna intervención en sobre el mismo; Eser, «Problemas de justificación en la actividad médica», en «Derecho penal...» *passim*, el autor se refiere a la autodeterminación como un derecho.

<sup>1143</sup> Vid. DRALE, 22.<sup>a</sup> edic., p. 21.

Derecho penal. Por lo dicho, la libertad de acción en su fase positiva y negativa queda incluida dentro del principio de autonomía de la voluntad.

En resumen, a más de una interpretación gramatical que puede variar en relación al idioma, se presenta como baremo la capacidad para disponer sobre los bienes jurídicos como límite a los principios y derechos que se relacionan con el principio de autonomía de la voluntad<sup>1144</sup>. Por tanto, el principio de autonomía de la voluntad de carácter general, contendría al derecho de autodeterminación de corte más especial<sup>1145</sup>. Con esta puntualización, finalmente, se puede decir, que el principio de autonomía de la voluntad es un principio amplio que contiene varias manifestaciones, y precisamente la libertad de disposición y la libertad de acción, se sirven del consentimiento como medio o requisito para materializar la libertad de la voluntad, por lo tanto, no entraña ningún misterio y a conocimiento de todos, que el principio de autonomía de la voluntad fundamenta la eficacia de la libertad de disposición y del consentimiento para la disposición de los bienes jurídico-penales<sup>1146</sup>.

---

<sup>1144</sup> En este sentido, Nino, «Ética y...», pp. 222-223, sostiene que mediante el principio de autonomía se puede identificar dentro de ciertos márgenes de indeterminación, aquellos bienes sobre los que versan los derechos cuya función es «atrincherar» esos bienes contra medidas que persigan el beneficio de otros o del conjunto social o de entidades supraindividuales, por ello estos bienes son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos pudieran proponerse.

<sup>1145</sup> Vid. Pelayo González-Torre, «La intervención...», pp. 90 ss., sobre las dificultades para la aplicación del principio de autonomía del paciente y la actuación del médico.

<sup>1146</sup> Vid. Eser, «Problemas de Justificación...», en «Derecho Penal...», p. 25, considera que el consentimiento tiene como finalidad proteger el derecho a la autodeterminación del enfermo, afirmación que coincide parcialmente con el planteamiento expuesto en este Trabajo, respecto a que el principio del consentimiento sirve para materializar el principio de autonomía de la voluntad, por lo tanto, es necesario para la existencia y protección del principio de autonomía.

## 2.2. ALGUNAS PARTICULARIDADES SOBRE LA EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO Y LA MATERIALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE LA VOLUNTAD EN LOS BIENES JURÍDICO-PENALES: ESPECIAL RELACIÓN A LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN

La libertad de disposición se refiere siempre a la disposición de un bien propio a través de actos de disposición que pueden incurrir en daños dolosos, en donde el consentimiento actúa sobre el resultado, mientras que al producirse un acto de disposición con un resultado imprudente, el consentimiento está actuando en un campo correspondiente al riesgo<sup>1147</sup>. En cuanto a la disposición sobre bienes jurídicos de terceros, la manifestación de la libertad de voluntad como libertad de acción es la que afecta o lesiona a bienes jurídicos de terceros, la acción puede ser dolosa o imprudente<sup>1148</sup>, de tal forma, que se materializa la autonomía de la voluntad, al consentir en el resultado (dolo) o en el riesgo (imprudencia)<sup>1149</sup>.

---

<sup>1147</sup> Vid. Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 535; Mir Puig, DP. PG., 8ª edic., Reppertor, Barcelona, 2008, pp. 517-518; Cancio Meliá, «Conducta de la víctima...», p. 147, en relación al consentimiento en el resultado dentro de los delitos dolosos y sobre el consentimiento en el riesgo dentro de la imprudencia.

<sup>1148</sup> Vid. Hirsch, «Sobre lo injusto del delito imprudente», RDPC, núm. 16, 2005, pp. 230-231, el autor indica que los delitos dolos, e imprudente se diferencian entre sí dentro de la esfera del tipo de lo injusto, y no solo en el elemento subjetivo, es decir, también en lo objetivo. Así, en el delito de comisión imprudente, el injusto típico consiste en la acción (voluntaria) valorable en concreto como arriesgada y en un resultado debido a la misma; la contrariedad al cuidado debido se determina *ex ante* por una medida objetiva. Mientras que en el delito de resultado doloso, generalmente lo injusto consiste en la acción de realización del resultado contradiciendo la prohibición y representa por tanto un injusto inmediato (el delito imprudente se compone de injusto mediato e inmediato).

<sup>1149</sup> En este sentido, Roxin, DP. PG., 2ª edic., p. 535, aclara dentro de la acción y el resultado como objeto del consentimiento, que en los delitos dolosos, el consentimiento debe referirse al resultado, mientras que en los delitos imprudentes, es discutible que se otorgue el consentimiento sobre la acción y el resultado simultáneamente.



La expresión de la libertad de la voluntad que mejor corresponde a la ideología liberal del bien jurídico es precisamente la libertad de disposición, lo que se denomina comúnmente como la disposición del bien jurídico-penal, y esta manifestación de la libertad, juega un rol indispensable para limitar las facultades punitivas del Estado; a más de lo que se ha alegado, es necesario hacer hincapié en que la libertad es respetada y se cumple con plenitud cuando cada individuo puede disponer y actuar conforme a los mandatos de su fuero interno, siempre y cuando esta disposición y acción no perjudique a otros miembros de la sociedad, es allí, en donde el *Ius puniendi* del Estado cumple con sus facultades punitivas<sup>1150</sup>. Por lo tanto, como consecuencia lógica, el individuo puede disponer de todo aquello que le es propio con un solo límite: el respeto a los bienes jurídicos de terceros y los bienes jurídicos supraindividuales. Con apego a este criterio, se puede decir sobre los principios de naturaleza individual que limitan al *Ius puniendi* del Estado, que precisamente, por un lado, constituyen un límite que indica hasta donde puede intervenir el Estado sobre los bienes jurídicos individuales y, por otra parte, también delimita los alcances de la libertad de disposición individual que le ha sido otorgada al individuo como expresión de su propia dignidad y del libre desarrollo de su personalidad.

En cuanto a la libertad de disposición, esta no se protege como bien jurídico penal, cuestión que se ha prestado a confusiones de connotadas

---

<sup>1150</sup> Vid. J. S. Mill, «On Liberty», en «Bioethic...», pp. 515 y 516, el autor concede un valor sustancial al hecho de que únicamente la conducta individual amenaza a la sociedad cuando afecta a terceros, por lo tanto, en la parte personal la libertad del individuo es absoluta (salvo excepciones), así solo los daños a terceros originan una pena, por lo tanto la voluntad y el consentimiento del individuo sobre sí mismo no afectan a la sociedad; Nino, «Ética y...», pp. 202 ss. desde un punto de vista liberal el principio de autoría significa no interferir en las acciones del individuo que no afecten a terceros; Pelayo González-Torre, «La intervención...», p. 80 ss., con el mismo criterio en relación a la actuación médica.

repercusiones dentro de la Teoría del consentimiento<sup>1151</sup>, en este trabajo se considera que la libertad de disposición es un problema del *Ius puniendi* del Estado, pues, son los principios limitadores de las facultades punitivas del Estado, los que deben indicar los lineamientos básicos para establecer dónde y de acuerdo a que principio, el individuo puede disponer de los bienes jurídico-penales, como también el término de esta prerrogativa del individuo, en aras al respeto a los bienes jurídicos de terceros y a los bienes jurídicos supraindividuales. Es así, que los principios de naturaleza individual expuestos en la autonomía de la voluntad, el consentimiento y la autorresponsabilidad, lo que encarnan es la supremacía de la actuación individual<sup>1152</sup>. El *Ius puniendi* del Estado actuaría contra las acciones que con apego a la libertad de acción negativa afectan a los bienes jurídicos de terceros y a los bienes jurídicos supraindividuales, de tal forma, que el delito sería, en buena parte, producto de la libertad de acción que se manifiesta negativamente sobre los bienes jurídicos ajenos, afectándolos o lesionándolos.

Con respecto a la relación entre el principio de exclusiva protección de los bienes jurídico-penales y los principios de naturaleza individual que limitan al *Ius puniendi* del Estado, el principio de exclusiva protección de los bienes jurídico-penales actúan conjuntamente con los anteriores y en cierta medida apoya la ideología liberal sobre la libertad de disposición del bien

---

<sup>1151</sup> Vid. Eser, «Problemas de Justificación...» en «Derecho Penal...», p. 25, en relación a la protección que se realiza dentro del tratamiento curativo estandarizado, el autor considera que en algunos tipos penales no solo se quiere proteger el bienestar del paciente sino (también) el respeto a su voluntad, por lo tanto, el derecho a su autodeterminación, y el consentimiento del paciente se convierte en el principio central de justificación; Casas Baquero, «El Consentimiento...», p. 31, en relación a la protección de la libertad personal individual para disponer el bien jurídico, este criterio se mantiene especialmente dentro de la Teoría dualista del consentimiento.

<sup>1152</sup> Jennings, *The Oxford Handbook of Bioethics*, Steinbock (ed.), Oxford University Press, 2007, pp. 88, el autor hace énfasis sobre las críticas a la autonomía de la persona y a la autorresponsabilidad.

jurídico, pues, ante ello, es ocioso que el Derecho penal se inmiscuya en donde el individuo no busca, ni necesita de su protección, y es más, él por sí mismo puede resolver sus propios asuntos sin tener que recurrir a ningún mecanismo del Estado para autoprotegerse. Es así, que los principios de naturaleza individual, a la vez que facultan la independencia de la actuación del individuo sobre el sometimiento al poder punitivo del Estado, también limitan dicha facultad, de tal forma, que el principio de autonomía de la voluntad en relación a la libertad de voluntad, y en concreto a la libertad de disposición, autolimita al individuo a disponer solo y únicamente de sus bienes; esta libertad de disposición siempre se vería materializada por el principio del consentimiento, bien sea como procedimiento y/o como requisito expresa o tácitamente exigido en la Parte Especial<sup>1153</sup>.

Finalmente, se debe destacar como aspecto de enorme interés que con el principio de autonomía de la voluntad en cuanto a la libertad de disposición de un bien jurídico propio y de cara a la imputación personal, se daría una exclusión del tipo; pero, cuando la libertad de disposición del bien jurídico penal adolece de la falta del poder dispositivo (bien jurídico supraindividual) o recae sobre un bien ajeno, el principio de autonomía de la voluntad cede su paso en el primer caso al principio de culpabilidad y en el segundo supuesto al principio de autorresponsabilidad, la forma de materialización del principio de autonomía de voluntad o el desplazamiento de este a los otros principios indicados en materia sanitaria sería

---

<sup>1153</sup> Vid. Honing, «Die Einwilligung...», pp. 130-131, sobre la importancia de la PE en el delito de lesiones.

particularmente a través del consentimiento informado (principio del consentimiento)<sup>1154-1155</sup>.

### **2.2.1. LOS BIENES JURÍDICO-PENALES SOBRE LOS QUE SE PUEDE DISPONER: LA PROBLEMÁTICA EN LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES**

Si bien la protección de los bienes jurídicos supraindividuales ha causado varios planteamientos problemáticos de especial relevancia para la Teoría del bien jurídico y la tipificación de los delitos de peligro, existe un acuerdo prácticamente unánime en relación a la no disposición de los bienes jurídicos supraindividuales, pues, se considera que el individuo no puede disponer de los bienes jurídicos supraindividuales. Hasta aquí, el problema se presenta resuelto con soltura<sup>1156</sup>; pero las complicaciones se producen en los delitos complejos donde se protegen a la vez bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos supraindividuales<sup>1157</sup>. Ante esta situación, las clases de protección que permiten los tipos penales son diversas, por ende, bien se podría analizar conforme a cada tipo penal, sin descartar que en algún momento se llegue a consolidar una teoría común sobre la protección de los bienes jurídicos supraindividuales e individuales a la vez.

---

<sup>1154</sup> Vid. Pelayo González-Torre, «La intervención...», p. 100, en sentido parecido en relación al consentimiento informado como medio de desplazamiento a la responsabilidad.

<sup>1155</sup> Vid. Fernández, «Bien jurídico y principio de culpabilidad», AAVV, El Derecho penal hoy, L.H. al Prof. Baigún Maier, Ed. del Puertos. r.l., Buenos Aires, 1995, p. 183, sobre la situación de indisponibilidad del bien jurídico y su incidencia en el ámbito de la imputación.

<sup>1156</sup> Vid. PP, cap. II, ap. 2.6.

<sup>1157</sup> Vid. PP, cap. II, ap. 3.2.

Este pronunciamiento lógico de la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, concuerda con lo que se manifestó en líneas anteriores, en relación a la importancia de los principios de naturaleza individual y su facultad permisiva dentro de la potestad individual; pero también limitativa cuando dicha potestad se extiende más allá de los dominios individuales, como son los bienes jurídicos supraindividuales. Conforme a lo dicho, en lo atinente a los tipos penales en estudio, en este trabajo se delimitará la clase de protección y la forma que se debería proteger a los bienes jurídicos dentro de los delitos relativos a la manipulación genética, que son delitos complejos, ahora ante ello, la forma en la que se debe emplear la libertad de disposición y el consentimiento, en cierta medida dependerá de la Parte Especial.

### **2.2.2. LAS DIFERENTES FORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICO-PENALES**

Sobre la clase de protección a los bienes jurídicos individuales y supraindividuales, la doctrina se ha pronunciado por tres alternativas dependiendo el caso<sup>1158</sup>. Como primera posición, la Teoría alternativa aboga por la protección de los dos bienes jurídicos a la vez, y la afección o lesión de uno de los bienes realiza el tipo penal, por lo tanto, los bienes jurídicos presentan una relación de alternatividad. Un segundo planteamiento se encuentra en la Teoría de la acumulación, la cual sostiene que solo la afección o lesión simultánea de ambos bienes jurídicos cumplen con los elementos del tipo. Y finalmente, la Teoría del bien individual considera como bien jurídico protegido únicamente al interés del particular de verse libre de denuncias<sup>1159</sup>.

---

<sup>1158</sup> Vid. Roxin, DP. PG., 2ª edic., p. 527.

<sup>1159</sup> *Ibíd.*, p. 528.

### **2.2.3. EL EMPLEO DE UN CRITERIO RESTRICTIVO EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS DENTRO DE LOS DELITOS DE PELIGRO**

Simplemente como cuestión recordatoria<sup>1160</sup> se alude brevemente a la problemática sobre la protección de los bienes jurídicos dentro de los delitos de peligro, planteamiento que cuenta con numerosas posturas doctrinarias. De igual forma, se destaca que lo característico de los delitos de peligro en general es la protección de los bienes jurídicos supraindividuales; dentro de los delitos de peligro concreto es necesario que se produzca un resultado que vaya más allá de la lesión de los bienes jurídicos supraindividuales, pues se pone en peligro a un bien jurídico individual, mientras que en los delitos de peligro abstracto lo relevante es la lesión o afección de un bien jurídico supraindividual<sup>1161</sup>. Este aspecto a su vez está relacionado a las diferentes clases de protección de los bienes jurídicos (individuales y supraindividuales) y a sus teorías (alternativa, acumulativa e individual).

En este trabajo, se acoge la postura de Corcoy Bidasolo<sup>1162</sup> sobre la restricción del tipo en relación a los bienes jurídicos en los delitos de peligro y en especial en el caso de los delitos relativos a la manipulación genética<sup>1163</sup>. El principal problema de los delitos de peligro y las críticas sobre estos son su indefinición, la inseguridad jurídica que suponen, la

---

<sup>1160</sup> Vid. *Supra*, PP, cap. I, ap. 5.5.3.

<sup>1161</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, «Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código penal español: Delitos de peligro», en Mir Puig, Luzón Peña (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 248-249.

<sup>1162</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», pp. 165 ss.

<sup>1163</sup> Vid. *supra*. PP, cap I, ap. 5.5.3., por haberse expuesto esta postura se realiza un muy breve resumen.

naturaleza de los bienes jurídicos protegidos, y de forma esencial, la falta de referencia al resultado. En relación al resultado, dentro de los delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales, se debe producir como elemento típico, la afectación al objeto del delito, lo que supone introducir un nuevo concepto de resultado material, con el cual, la efectiva lesión del objeto no implica de forma inmediata la afectación del bien jurídico, al recaer sobre el objeto del delito, no en el sustrato material (objeto materia u objeto de acción) del bien jurídico-penalmente protegido. Como consecuencia, para la imputación en los delitos de bienes supraindividuales, primero se deberá imputar el resultado lesivo a la conducta, y luego, se imputará a ese resultado, su idoneidad para afectar al bien jurídico.

La restricción del alcance de los tipos penales donde se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales, tendrá otras consecuencias como: la equiparación entre la lesión del objeto del delito, en los delitos de peligro con el resultado propio de los delitos de lesión; y por otra parte, en todos los delitos que se regulan dentro de los sectores de actividad en los que existe una duplicidad sancionadora (manipulación genética) y con todo lo dicho, se puede limitar de forma no arbitraria, la intervención penal a los supuestos especialmente graves y evitar que la mera existencia de una conducta que aparente o formalmente realiza el tipo pueda ser merecedora de una sanción penal (en medioambiente se puede perder la función simbólica)<sup>1164</sup>.

### **3. LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO DENTRO DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA**

---

<sup>1164</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», pp. 67-68, emplea como ejemplo los delitos de manipulación genética especialmente en relación a la alteración del genotipo.

## MANIPULACIÓN GENÉTICA: LÍMITES Y EXCEPCIONES SOBRE LA LIBRE DISPOSICIÓN

En relación a los delitos relativos a la manipulación genética, y antes de realizar planteamientos puntuales sobre la libertad de disposición del bien jurídico-penal único considerado en estos delitos dentro de cada tipo penal<sup>1165</sup>, es necesario analizar los límites y las excepciones con respecto a la libertad de disposición del bien jurídico. Esta tarea es elemental, pues, se debe manifestar que la libertad de disposición se enfrenta a delitos complejos por la presencia de dos dimensiones dentro del bien jurídico-penal que se protege (individual y supraindividual), ante ello, la libertad de disposición y su materialización por medio del principio del consentimiento, necesariamente deben contar con criterios que regulen su eficacia en la Parte Especial. A más de lo que se ha mencionado por la doctrina y la jurisprudencia<sup>1166</sup>, se pondrá especial atención a los límites que imponen los propios tipos penales, por lo tanto, todos los criterios y disposiciones originan algunos fundamentos que limitan a la libertad de disposición y al principio del consentimiento, también existen algunas excepciones que permiten la disposición de los bienes jurídicos mediante el principio del consentimiento.

---

<sup>1165</sup> Vid. supra, PS, cap. V, ap. 3 ss.

<sup>1166</sup> El principal límite que se considera por la doctrina en relación a la manipulación genética es el uso terapéutico de sus técnicas. En cuanto a la jurisprudencia sobre el tema, en concreto no existe ningún pronunciamiento por lo que se toma la jurisprudencia más cercanas dentro de la actividad médica que tiene dentro del uso terapéutico, como uno de los fines de la actividad sanitaria. Entre algunas de las sentencias que se refieren al uso terapéutico en general se tiene: TSJ de Cataluña 718/2000, 27 de junio; TSJ de la Rioja, 307/2005, 30 de diciembre; TSJ del País Vasco, 196/2005, 11 de marzo; TSJ de Cataluña, 148/1998, 17 de febrero.



En conclusión, se hará una apreciación de *lege ferenda* del tipo de protección que debería darse al bien jurídico-penal único y a los diversos aspectos que componen el bien.

### 3.1. LÍMITES A LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN

Dentro de la última corriente sobre el sistema racional-final o teleológico de Derecho penal<sup>1167</sup>, junto a los esfuerzos de la doctrina por desarrollar los conceptos conocidos y la creación de otros criterios dogmáticos conformes a los cambios planteados en el sistema penal, se tiene como ejemplo la presencia de conceptos como el alcance del tipo<sup>1168</sup> que si bien ha sido creado como elemento dentro de la imputación objetiva, no obstante, por su relación con los fines teleológicos que se protegen en los diferentes tipos penales, puede servir de criterio limitador para la disposición del bien jurídico-penal protegido en los tipos penales<sup>1169</sup>. La doctrina<sup>1170</sup> aconseja

---

<sup>1167</sup> Vid. Roxin, DP. PG. 2ª edic., p. 203 ss. como es sabido a inicios de los años 70 se comienza a desarrollar el sistema racional-final o teleológico (funcional) del Derecho penal, con el fin de cambiar el sistema finalista y de sus premisas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales etc.) para fundamentar el sistema jurídico penal en las finalidades del Derecho penal, criterio al que se acoge el sistema racional-final, principalmente defendido y desarrollado por el mismo Roxin y Schünemann.

<sup>1168</sup> Sobre el tema, vid. Anarte Borrallo, Causalidad e imputación objetiva. Estructura, relaciones y perspectivas. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2002, p. 281; Roxin, DP. PG, 2ª edic., pp. 378, en resumen, se puede decir que el criterio del alcance del tipo ha sido introducido por Roxin como un elemento de la imputación objetiva en relación al riesgo permitido para los casos en que la imputación de la conducta está delimitada por el fin de protección del tipo, por lo que el autor considera que son precisamente los casos en los que la norma típica (prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.), no contienen en sí determinadas conductas y consecuencias, por lo tanto, el fin de protección de la norma típica (o sea la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.) no contienen los resultados de la clase de los producidos, en que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos. Sin embargo, este criterio de imputación es uno de los más controvertidos, de tal forma, que ha suscitado varias reacciones dentro de la doctrina desde su aceptación, su crítica y su ignorancia.

<sup>1169</sup> Vid. Anarte Borrallo, «Causalidad e...», pp. 288-297, La propuesta de la doctrina para definir al concepto de alcance de tipo han sido varias, de tal suerte que la tesis dominante, tanto en Alemania como en España, se inclinan por delimitar al alcance del

que las funciones teleológicas que competen al alcance del tipo necesariamente llevan a la apreciación de la estructura de cada tipo penal, que en el conjunto de un título o por sí mismo indican los límites sobre la libertad de disposición del bien jurídico-penal que se protege en el tipo y en el conjunto de tipos del título. Con ello, se puede afirmar que su naturaleza teleológica aporta más que parámetros de imputación, pues, advierte hasta donde cada tipo permite la materialización de la libertad de disposición del bien jurídico penal, especialmente en relación con los delitos complejos y a su contingente de bienes jurídicos disponibles y no por la libertad de disposición y materilizables por el consentimiento.

Cada tipo penal contiene los elementos que configuran el delito y de cumplirse los mismos, el sujeto es imputable por el hecho y es merecedor de la pena impuesta por el poder punitivo del Estado, en ello radica la esencia de la función del Derecho penal. Conjuntamente con esto, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como límite al poder punitivo, indica en el tipo al bien que se protegen, por lo tanto, el mismo tipo constituye el mejor catalizador de los límites y excepciones a la libertad de disposición del individuo y al ejercicio del principio del consentimiento sobre el bien jurídico-penal que el tipo protege. Por lo tanto, se debe recurrir al alcance de los tipos en los delitos relativos a la manipulación genética con el objetivo de establecer cuales son los límites en la protección de los tipos penales y en la disposición del bien jurídico-penal protegido.

---

tipo como un criterio autónomo, que se refiere a la finalidad concreta del tipo dentro de la configuración legal del mismo y a su ámbito teleológico.

<sup>1170</sup> Ídem., p. 297, sobre la importancia de la interpretación teleológica y el alcance del tipo.

Dentro del Título sobre los delitos relativos a la manipulación genética, el alcance de cada tipo configura los siguientes límites:

a). La alteración del genotipo (artículo 159.1. es uno de los límites a la libre e igualitaria evolución de las especies; sin embargo, el alcance del tipo penal admite al fin terapéutico como excepción a esta limitante, con lo cual se permite la alteración del genotipo siempre y cuando tenga una finalidad terapéutica; sin duda este fin es el más conocido y el de mayor estudio dentro de los límites a la manipulación genética que afectan a la libre e igualitaria evolución de las especies<sup>1171</sup>.

b). En la fecundación de óvulos (artículo 160.2.), la disposición del aspecto pertinente del bien jurídico-penal protegido, se limita a la procreación humana. En cuanto a la reproducción humana, se reafirma la necesidad del requisito del consentimiento para la concepción y reproducción (reproducción asistida –artículo 161).

c). El empleo de la Ingeniería genética tiene como límite la producción de armas con fines bélicos (artículo 160.1.), así, la libertad de disposición del bien jurídico se limita por la calidad bélica del objetivo. La producción de armas, en este caso biológicas, puede ir acompañado con otras alteraciones dentro de las especies empleadas con dichos fines.

d). La clonación de seres humanos (clonación humana –artículo 160.3.), limita a la disposición del bien jurídico-penal, sin embargo, de una forma tácita se acepta como excepción la clonación terapéutico.

---

<sup>1171</sup> Vid. entre otros: Romeo Malanda, «Intervenciones genéticas...», pp. 14 ss. 25 ss., «Límites y controles...», pp. 1114; Archer, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L' Harmattan. Sciences Criminelles, Paris, 2003, p. 257 ss.

e). La selección de la raza (artículo 160.3.), limita la libre disposición del bien jurídico-penal único.

### **3.2. EXCEPCIONES A LAS LIMITACIONES SOBRE LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN**

Las excepciones a los límites sobre la libre disposición de los aspectos del bien jurídico-penal único en cada tipo penal, al margen de ser indicados en el propio tipo penal como el fin terapéutico y la clonación terapéutica, se considera que dichas excepciones se encuentran en instituciones ajenas al tipo penal pero que son parte del Ordenamiento jurídico. Las excepciones presentes fuera del alcance de los tipos penales pueden ser de varias clases: a). Criterios de dogmática penal, entre los cuales se encuentra el estado de necesidad, que es aplicado por su eficacia dentro de la actividad médica en general, b). Ciertos derechos fundamentales y humanos, como el derecho a la autodeterminación, c). La normativa del sector, la misma que dependerá del tema que se trate, por ejemplo la regulación sobre el consentimiento informado.

#### **3.2.1. EL ESTADO DE NECESIDAD: PONDERACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS**

Tal como se acaba de expresar, en relación al estado de necesidad se está ante la presencia de una institución jurídica de construcción dogmática y que consta en la Parte General de los códigos penales, a la vez que es un elemento importante que permite, en un momento determinado, mediante el cumplimiento de las circunstancias debidas, producir una ponderación entre

los bienes jurídicos en juego, incluso de un bien jurídico supraindividual, si la situación lo amerita<sup>1172</sup>.

Dicha ponderación de intereses, y como consecuencia la disposición del bien jurídico se vería legitimada por circunstancias especiales, que en el caso concreto de las figuras relacionadas a la manipulación genética, en líneas generales y por citar un ejemplo, la ponderación estaría directamente relacionada con la investigación científica y al empleo de embriones humanos<sup>1173</sup>.

### **3.2.2. LA CALIDAD DE VIDA COMO INTERÉS COLECTIVO**

La calidad de vida es un concepto de nuevo cuño que pretende garantizar una vida digna con la menor presencia de enfermedades, y de haberlas debe darse un manejo adecuado para su tratamiento. En relación a este concepto, se tiene que comúnmente se ha hablado de la esperanza de vida con buena salud, también llamada esperanza de vida sin discapacidades, sin embargo, esto no es lo único que interesa proteger, sino conjuntamente, la esperanza de vida está unida a una buena calidad de vida<sup>1174</sup>—

---

<sup>1172</sup> Es muy común recurrir al estado de necesidad para justificar las actuaciones médicas, entre otros vid: Saggi, «Trattamento...», pp. 931 ss. Molina Fernández, «El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», RDPC, núm. 1 (extraordinario), 2000, pp. 246 ss. sobre los problemas de la aplicación del estado de necesidad dentro de la actividad médica, el autor trae a colación el caso de las transfusiones de sangre a los Testigos de Jehová, con ello afirma que es necesario recurrir a reglas especiales de justificación en casos conflictivos como este.

<sup>1173</sup> Vid. en sentido similar, Higuera Guimerá, «El Derecho penal...», p. 366.

<sup>1174</sup> Fesquet, «La introducción del concepto de calidad de vida en terapéutica», Camps, Pérez-Oliva (eds.), en *Terapéutica y calidad de vida*, Fundación Dr. Antonio Esteve, Barcelona, 1993, pp. 9 ss. sobre las dificultades del concepto, los precedentes históricos y la aplicación actual de la calidad de vida; Jonsen, Siegler y Winslade, «Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica», Fundación Víctor Grífols i Lucas, Ariel, Barcelona, 2005, pp. 185 ss.

Este término, en los últimos años ha cobrado cierta relevancia, incluso se prestaría para ser considerado como un bien jurídico penalmente protegido en algunos tipos penales, y en relación a las figuras que maneja la Biotecnología, la relación es íntima, pues, muchas de las técnicas van dirigidas precisamente a mejorar la calidad de vida, mediante el empleo de terapias génicas<sup>1175</sup>.

La calidad de vida esta relacionada con el principio de los mejores intereses, en el caso que una tercera persona deba tomar una decisión sobre el paciente, siempre procedería respetando los intereses del paciente, este concepto jurídico, en líneas generales, se refiere a la calidad de vida que «la persona razonable» elegiría si en sus manos estuviera el poder de elección. «La persona razonable» es una ficción útil para expresar lo que se podría considerar como las prioridades de la mayoría de seres humanos que viven una situación normal lo que no deja de ser un criterio bastante vago, por lo que es necesario, recurrir a dos aspectos: en primer lugar, la decisión se debe tomar con apego a los intereses y al punto de vista de la persona a cuyo beneficio se dirige la decisión, y en segundo lugar, si falta el conocimiento de estos intereses y puntos de vista, se debe tener en cuenta la decisión conforme a los valores compartidos de la sociedad<sup>1176</sup>.

En referencia a los tipos penales relacionados a la manipulación genética, se puede descartar que dentro de la idea de fin terapéutico se contemplen ya la idea de la calidad de vida, puesto, que el objetivo de la terapia es conseguir una mejor calidad de vida a quien se le aplica. Por lo tanto, la disposición de la dimensión supraindividual del bien jurídico, cedería a intereses de mayor peso en determinados momentos, como es la calidad de

---

<sup>1175</sup> Vid. infra, ap. 4.1.

<sup>1176</sup> Con este criterio, Jonsen, Siegler y Winslade, «Ética clínica...», p. 191.

vida<sup>1177</sup>, de tal suerte, que principalmente la investigación científica y la terapia génica pudieran continuar con su desenvolvimiento en ciertas áreas, con el único objetivo de influir directamente en el desarrollo de la calidad de vida de la humanidad, sin perder el carácter de terapéutico<sup>1178</sup>.

### **3.2.3. LA DISPOSICIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL RELACIONADA A MATERIAL GENÉTICO: EMBRIONES TEMPRANOS O PREEMBRIONES, CÉLULAS MADRE Y GAMETOS**

En palabras del magistrado Ruiz Vadillo<sup>1179</sup>: «lo importante es hacer del consentimiento informado un instrumento para la realización de un principio esencialísimo: que la persona sea dueña efectiva de su destino, como corresponde a su infinita dignidad, y que esa información sea auténtica, humana, en el sentido de acompañarla el calor debido a algo tan trascendente como son las decisiones en las que puede estar afectada la vida, la integridad corporal o la salud física o psíquica»; indican el objetivo esencial del consentimiento informado, y subrayan el interés predominante

---

<sup>1177</sup> En un sentido similar, sobre el carácter de público y más allá de la esfera individual, Vid. Camps, Pérez-Oliva, pról, «Terapéutica y...», p. 7, consideran que la calidad de vida de los enfermos se ha convertido en un problema de salud pública, y mejorar o perjudicar excesivamente la calidad de vida, en la actualidad es algo tan importante como recuperar la salud, porque no se puede hablar de salud si la vida ha perdido su calidad.

<sup>1178</sup> Vid. Jonsen, Siegler y Winslade, «Ética clínica...», pp. 192 ss. por ser la calidad de vida un concepto conflictivo y bastante subjetivo, su aplicación se puede graduar con relación a los diferentes casos en los que se aplica; así, en los niños, en los casos de demencia, en los enfermos terminales, etc. Sin embargo, para la resolución de los diversos conflictos, se aplican criterios objetivos en la determinación de la calidad de vida tales como la calidad mínima de vida, la calidad de vida por debajo del mínimo, la nutrición y la hidratación, el principio ético de la atención médica proporcional, las repercusiones legales de la renuncia al soporte vital, las resoluciones judiciales relativas a la renuncia al soporte vital.

<sup>1179</sup> Vid. La responsabilidad y el deber de información ante los Tribunales, Instituto de Fomento Sanitario, Madrid, 1996, p. 345.

como es que la persona sea dueña de su destino y tome las decisiones más trascendentales con respecto a varios aspectos de su salud.

Todos los elementos expuestos por Ruiz Vadillo dentro de la línea del consentimiento informado, de la Teoría general del consentimiento y lo que en este trabajo se ha dado por llamar el principio del consentimiento, como principio de naturaleza individual limitante al *Ius puniendi* del Estado, cuya aplicación práctica lo hace en calidad de derechos, presentan parámetros comunes. Por lo que se ha visto, el consentimiento informado conforme a toda teoría o apreciación, siempre necesitará de ciertos requisitos, como son la obligación de ser emitido por una persona capaz, consciente, de cierta edad, etc., precisamente, estas condiciones tan conocidas en la Teoría general del consentimiento permiten que el mismo pueda materializar la autonomía de la voluntad, pues, para ello, son necesarios los requisitos tradicionalmente conocidos dentro de la Teoría general del consentimiento<sup>1180</sup>.

Con respecto a la eficacia del consentimiento sobre embriones y células, ha sido uno de los puntos claves entre los problemas que presentan los temas relacionados a la manipulación genética terapéutica. El principal reparo siempre ha girado en torno a que la institución del consentimiento no cubre estos casos, y por ende, la disposición sobre el material genético en general no únicamente presentaría en la mayoría de los casos un vacío legal, sino, una incapacidad teórica para que el consentimiento pueda cubrir los casos concretos de disposición de material genético (embriones, células madre, óvulos, espermatozoides, etc.).

---

<sup>1180</sup> Vid. supra, PP, cap. II, ap. 2 y cap. III, ap. 3.5.



Sin duda, la problemática principal se desarrolla en relación al consentimiento sobre los embriones y las células madre, sin embargo, esta preocupación bioética, ya ha sido abordada por la legislación europea y española, precisamente con el empleo del consentimiento como mecanismo para la disposición del material genético. Ante ello, queda por realizar una interpretación del texto legal que otorga eficacia al consentimiento, como también su alcance dentro de un nuevo campo, circunstancia que está permitiendo que la institución del consentimiento o el principio del consentimiento, se amolde a las modernas necesidades en relación a la disposición de material genético.

### **3.2.3.1. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA EXISTENTE**

#### **3.2.3.1.1. NORMATIVA EUROPEA**

a. Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procedimiento para preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos<sup>1181</sup>.

Entre las novedades que contiene la Directiva europea, en su Preámbulo se plantea sobre la libre disposición de las células y tejidos con fines

---

<sup>1181</sup> Las tres principales normativas europeas sobre terapia celular son: a. La Directiva 2003/63/EC, que define a los productos que se emplean dentro de la terapia celular como productos médicos e incluye requisitos técnicos específicos para estas terapias; b. La Directiva 2001/20/EC, establece las reglas para las ofertas clínicas de estos productos y describe algunos requisitos especiales que deben cumplir las clínicas autorizadas; c. la Directiva 2004/23/EC, que se describe con mayor detalle en este apartado. También se encuentran relacionadas al tema la Directiva 2001/83/EC, sobre la preparación de los productos médicos que serán empleados dentro de la terapia celular y la Directiva 2006/86/EC, que se constituye en una segunda parte que contiene las reglas técnicas sobre los procesos, prevención y distribución de células y tejidos humanos.

terapéuticos por parte de los ciudadanos para realizar las donaciones de estos materiales.

La Directiva se aplica a todos los tejidos y células, incluidas las células progenitoras hematopoyéticas de sangre periférica del cordón umbilical (sangre) y de la médula ósea, las células reproductivas (óvulos y espermatozoides), las células y tejidos fetales, las células troncales adultas y embrionarias; mientras que excluye la sangre y los productos sanguíneos (excepto las células progenitoras hematopoyéticas), los órganos humanos y el material animal. Las acciones de la aplicación<sup>1182</sup> se circunscriben a la donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de las células y tejidos humanos que serán aplicados en el ser humano, así como de los productos elaborados derivados de células y tejidos humanos destinados a su uso.

Los principios que regulan la Ley son el principio de voluntariedad de las donaciones, de no remuneración, de anonimato del donante y del receptor<sup>1183</sup>, de altruismo del donante y el de solidaridad entre donante y receptor.

En relación al consentimiento, el artículo 13, titulado precisamente como «Consentimiento» presenta dos numerales. El primero dispone que la obtención será autorizada si se cuenta con los requisitos del consentimiento o autorización, y el segundo numeral concede paso a las legislaciones de los Estados miembros que de acuerdo a sus ordenamientos jurídicos nacionales, establecerán los requisitos necesarios para garantizar que los

---

<sup>1182</sup> Vid. en art. 2 de la Directiva.

<sup>1183</sup> Este principio tiene un carácter general y preconiza el anonimato del donante y el receptor, únicamente los datos podrán ser develados en ciertos casos, como en la donación de gametos.

donantes, sus allegados o las personas que faciliten la autorización en nombre de los donantes reciban toda la información necesaria.

b. Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos.

La Directiva 2006/17/CE, en completo apego a la Directiva del 2004/23/EC, establece las medidas necesarias para evitar la transmisión de enfermedades mediante células y tejidos humanos destinados a la aplicación humana y de igual forma, garantiza un nivel equivalente de calidad y seguridad. En la Directiva 2006/17/CE se establecen requisitos técnicos específicos para cada uno de los pasos del proceso de aplicación de células y tejidos humanos. Con respecto a la evaluación de los riesgos dentro de la actividad, el criterio de selección de donantes se basa en el análisis del riesgo en la aplicación de las células o de los tejidos específicos. También la Directiva regula otras medidas concernientes a procedimientos generales de donación, obtención, datos de registro en los centros, etc.

En relación al consentimiento, en el artículo 5. b. se menciona la necesidad de establecer detalles del consentimiento o autorización del donante o su familia. Mientras que dentro del procedimiento de donación y obtención, en el Anexo IV, apartado 1.1., dispone que el consentimiento y la identificación de donantes, se realizará conforme al artículo 13 de la Directiva de 2004/23/CE. Por otra parte, el apartado 2.4. a. con respecto a los datos que deben ser anotados en los centros, menciona que es necesario registrar el consentimiento o autorización incluyendo el uso que se dará a

las células o tejidos<sup>1184</sup>, como también las instrucciones para su destrucción si no se cumple con dicho objetivo; estas disposiciones se aplicarán tanto a la pareja donadora de células reproductivas, como a las parejas no donadoras.

### **3.2.3.1.2. NORMATIVA ESPAÑOLA<sup>1185</sup>**

a). Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos<sup>1186</sup>.

La legislación española inicia con la Ley 42/1988 el tratamiento directo sobre la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos<sup>1187</sup>. En lo principal, la Ley regulaba la donación de embriones y fetos, y es importante la relevancia que proporcionó en su preámbulo al consentimiento del donante para proceder a la donación, con la finalidad de mejorar la vida de la persona que reciba el trasplante, en concordancia con lo que plantea la Ley 30/1979 sobre trasplantes, mientras en el caso de donación relacionada con personas fallecidas, la decisión recaía sobre los representantes legales, también se aplica esta figura para los casos de menores de edad y de incapaces.

Sobre el consentimiento, los artículos 2, 4, 5 regulaban las donaciones que debían proceder con el consentimiento previo del donante, y en el caso de menores de edad y de incapaces las donaciones son realizadas con el

---

<sup>1184</sup> Las finalidades que pueden tener son terapéuticas, para la investigación, si no se cumple con el objetivo para el cual se obtuvieron las células o tejidos, se indican las instrucciones para su destrucción.

<sup>1185</sup> Dentro de la jurisprudencia comunitaria no se encuentran fallos sobre el tema.

<sup>1186</sup> A pesar de estar derogada por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, vid. infra, ap. 3.2.3.1.3, es necesario referirse a ella por ser la primera de este género y por la jurisprudencia que originó.

<sup>1187</sup> La promulgación de dicha Ley no estuvo exenta de polémica a tal punto que se planteó un reclamo por su inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, lo que fue resuelto en la sentencia 21/7/1996; Vid. infra, ap. 3.2.3.1.3, con más detalle.

consentimiento del representante legal, quien debía estar debidamente informado para consentir en la donación. Este mismo requisito se aplica al receptor que debía expresar su consentimiento por escrito, previa la información de los riesgos que acarrea la acción a realizarse, y en cuanto a los casos especiales de menores de edad y de incapaces, opera por igual la institución del representante legal.

Con relación a las investigaciones, experimentaciones y tecnología genética, el artículo 7 disponía que las autoridades públicas sanitarias y científicas sean las que autoricen las acciones siempre y cuando se presente un proyecto científico<sup>1188</sup>. En cuanto a las sanciones, el artículo 9, numeral 2, apartado A. b, tipifica como infracción grave la omisión de los datos, informaciones, consentimiento y autorización exigidos por la Ley, cuya sanción administrativa sería conforme al régimen disciplinario del personal del servicio de la administración pública, si es cometido por un personal sanitario. Y finalmente, la disposición final primera limita la competencia del manejo de los gametos y de los preembriones a la Ley de Reproducción Asistida, y será esta Ley la que regule la donación de los embriones (posterior a los 14 días de la concepción) y de los fetos.

b). Real Decreto 120/2003, de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida.

En atención a que la Ley de reproducción asistida autoriza la crioconservación de ovocitos con fines de reproducción asistida, siempre

---

<sup>1188</sup> Dentro de las sanciones muy graves, el artículo 8, lit. B. e. prevé que la autorización se realizará sobre embriones no viables y previa la presentación de un proyecto científico.

que se presenten las suficientes garantías sobre su viabilidad después de su congelación. El Real Decreto 120/2003 establece los requisitos necesarios para llevar a cabo las experiencias controladas con el fin de evaluar las garantías de crioconservación, y su posterior viabilidad con fines reproductivos de los ovocitos y tejido ovárico, para lo cual cede competencia a las Comunidades Autónomas<sup>1189</sup> con el fin de otorgar las correspondientes autorizaciones, previa a la extensión de una autorización, se deben cumplir entre otras cosas, con la presentación de un proyecto.

La importancia que se le concede al consentimiento se encuentra latente, entre los requisitos que se deben presentar en un proyecto de investigación, así el artículo 4, numeral 2, literal c. dispone que junto a la solicitud del proyecto es necesario adjuntar los modelos de formularios de consentimiento informado que los participantes del mismo deben suscribir, donde consta de manera expresa el carácter de experiencia controlada del proyecto.

c). Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>1190</sup>.

---

<sup>1189</sup> El art. 3. 2., dispone que la autorización de las experiencias controladas precisará en todo caso del informe previo favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, sin perjuicio de las competencias de las comisiones homólogas de las Comunidades Autónomas.

<sup>1190</sup> Esta Ley reforma a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Entre otras regulaciones relacionadas a la Ley 35/1988: RD 421/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana; el RD 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida; el RD 415/1997, de 21 de marzo, por el que se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida; el RD 120/2003, de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido

De igual manera que la Ley 42/1988, sobre embriones y fetos, esta Ley fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad<sup>1191</sup>. Entre sus finalidades, la Ley de reproducción asistida en su artículo 1. C. regula el empleo de gametos y preembriones crioconservados<sup>1192</sup>. Por ende, interesa la regulación que realiza la Ley sobre el consentimiento en preembriones, en este sentido, el artículo 11, que precisamente trata sobre la crioconservación de gametos y preembriones, en su numeral cuarto señala los destinos probables de los preembriones crioconservados, del semen, de los ovocitos y del tejido ovárico crioconservados, de esta forma se tienen los siguientes destinos: a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge, b) la donación con fines reproductivos, c) la donación con fines de investigación, d) El cese de su conservación sin otra utilización<sup>1193</sup>. En el caso de los preembriones y de los ovocitos crioconservados, esta última opción solo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores. Para el cumplimiento de estos posibles destinos, la Ley concede eficacia al consentimiento en el numeral quinto con el objetivo de disponer de los preembriones y demás material genético para los fines indicados, todos estos objetivos deben cumplirse con el consentimiento de la pareja o de la mujer soltera<sup>1194</sup>, y de

---

ovárico previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>1191</sup> STC 116/1999; Vid. supra, ap. 3.2.3.1.3., con más detalles.

<sup>1192</sup> En concordancia con la remisión que hace la Ley 1301/2006 sobre células y tejidos humanos, que en su artículo 8 regula sobre el material reproductor en personas fallecidas.

<sup>1193</sup> A criterio de la propia Ley, esta última opción será aplicable únicamente una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

<sup>1194</sup> Por su importancia se cita textualmente al numeral 5: «La utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados, para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado

conformidad con lo dicho, en el numeral sexto se regula la revocación del consentimiento anterior a la aplicación del fin indicado, junto a ello es de destacar que la renovación del consentimiento se hará cada dos años por parte de la pareja o de la madre; sin embargo, al cabo de dos renovaciones en las que no se pueda conseguir a la pareja o a la madre, el preembrión queda a disposición del Centro, el cual puede destinarlo para los fines citados, que se pueden resumir en reproductivos y de investigación<sup>1195</sup>.

De la Ley 14/2006 llama la atención lo dispuesto en los artículos 26 y 27 sobre las infracciones y las sanciones, así dentro de las infracciones graves se tiene la omisión del consentimiento, cuya sanción es una multa entre los 1001 a 10 000 euros y dentro de las muy graves consta la investigación en preembriones sin cumplir con los requisitos del consentimiento, cuya sanción es una multa de 10 001 a 1 millón de euros. Como una apreciación muy rápida, las infracciones que se tipifican en la Ley, especialmente la omisión del consentimiento puede confundirse con lo que dispone el Código penal 161.1, sobre la reproducción asistida sin consentimiento.

---

correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones».

<sup>1195</sup> Con el fin de regular el funcionamiento y el control de los centros donde se practiquen técnicas de reproducción asistida, como del personal y varios aspectos conexos, se tienen los siguientes decretos: RD 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones, que en su art. 2 dispone sobre la necesidad de contar con el consentimiento informado y por escrito de quien dona gametos y preembriones, y de proporcionar toda la información sobre el tema al donante; RD 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios atinentes a las técnicas de reproducción humana asistida; RD 415/1997, de 21 de marzo, por el que se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.



d). Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

El preámbulo de la Ley anuncia el deseo de respetar los criterios de las directivas europeas, así como la observación de los principios provenientes de la normativa europea, y de armonizar con las demás leyes españolas relacionadas al tema. En conformidad con lo dicho, tanto los principios, el uso, el ámbito de aplicación y la libertad de disponibilidad de los tejidos y células por parte de los ciudadanos incorporan al Ordenamiento jurídico español disposiciones legales que se encuentran en plena concordancia con las normativas europeas.

Tal como manda, la Directiva 2004/23/CE deja a las legislaciones nacionales una considerable libertad al momento de legislar sobre el tema; el numeral 22 del Considerando general indica que dicha normativa se inspira en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina; por lo tanto, conforme a los cuerpos legales que inspiran a la Directiva no se pretende una armonización completa y se deja a los Estados miembros libertad a la hora de incorporar requisitos más estrictos sobre el tema<sup>1196</sup>, prueba de ello, en el caso del consentimiento, en el artículo 13 cada Estado miembro, conforme a su legislación nacional, garantizará la información que se deba otorgar al donante o a su familia.

---

<sup>1196</sup> Vid. el núm. 22, indica que ni la Carta, ni el Convenio prevén explícitamente la armonización legislativa, ni impiden que los Estados miembros introduzcan en su legislación requisitos más estrictos.

Dentro de la legislación española, la Ley en su Preámbulo manifiesta que ha mantenido los criterios generales y los principios de las directivas europeas; en el mismo lugar incorpora los principios de voluntariedad, de anonimato entre donante y receptor, de altruismo y de solidaridad que caracterizan al modelo de trasplantes del Sistema Nacional de Salud. También, como parámetro europeo la legislación española acata la libertad en la disposición de las células y tejidos humanos con fines terapéuticos por parte de los ciudadanos con la finalidad de realizar donaciones.

El aspecto de la legislación española de mayor relevancia con relación al consentimiento<sup>1197</sup>, se encuentra en la diferenciación de la aplicación que debe darse a las células y tejidos, concretamente el artículo 7 de la Ley, titulado Donación y obtención de células y tejidos en donantes vivos, en atención al tipo de aplicación se divide en dos numerales

En el numeral primero, se legisla sobre la aplicación alogénica<sup>1198</sup>, dentro de la cual el donante, debe ser mayor de edad, capaz de obrar, con buen estado de salud y debe otorgar su consentimiento por escrito. Conforme al procedimiento del consentimiento informado, el donante debe recibir la información completa sobre el objetivo y la naturaleza de la obtención de las células, las consecuencias y los riesgos, las pruebas analíticas a las que debe sujetarse, el registro y protección de datos y los fines terapéuticos que se persiguen. De igual forma, el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento antes de la obtención de la célula y del tejido, excepto, en los casos de progenitores hematopoyéticos de sangre periférica o de médula ósea, cuya revocación solo puede darse antes de iniciar con el

---

<sup>1197</sup> Se hace hincapié en este aspecto, por ser el tema que se trata en este apartado.

<sup>1198</sup> Con este término se entiende a la donación de células y tejidos de una persona a otra.

tratamiento de acondicionamiento del receptor. La Ley prohíbe donar células o tejidos a los menores de edad, deficientes psíquicos, enfermos mentales, incapacitados legales o quienes se encuentren en otras circunstancias. La única excepción se admite en la donación de residuos quirúrgicos, de los progenitores hematopoyéticos<sup>1199</sup> u otros tejidos o grupos celulares reproducibles, cuya indicación terapéutica sea vital para el receptor. En todos estos casos el consentimiento será otorgado por quien tenga la representación legal, sin duda este aspecto es la novedad más importante en la nueva Ley.

En el segundo numeral, se regula el uso autólogo<sup>1200</sup>, y sobre el consentimiento guarda los mismos principios en cuanto al otorgamiento del consentimiento y su revocación. Sin embargo, en el caso del uso autólogo y de la aplicación autológica eventual, en esta se debe informar que las células o tejidos estarán para uso alogénico de otros pacientes en el caso de existir indicaciones terapéuticas, igual ocurre con todos los datos sobre la investigaciones, usos y preservaciones.

Resulta de suma importancia el artículo 8 que regula la donación y obtención de células en donantes fallecidos, en menores de edad y en incapaces. Para perfeccionar la donación con relación a los menores e incapaces se estará a lo que digan quienes ostentaban la representación legal; para el efecto, se les prestará toda la información que indica la Ley. En cuanto a la obtención de material reproductor de personas fallecidas con

---

<sup>1199</sup>Vid. *infra*, ap. F., ap. II, 4.1.

<sup>1200</sup> El uso autólogo comprende la conservación de células o tejidos para ser empleados en la misma persona sin indicación médica y el proceso de por el cual se extraen las células a una persona para su propia aplicación, por ej.: la sangre periférica del cordón umbilical.

finalidad reproductiva, se regirá por lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

e). Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación Biomédica<sup>1201</sup>.

Esta Ley tiene como objetivo regular hechos que estaban anteriormente hechos de forma fragmentaria, con esta pretensión parte con indicar que su campo se ubica dentro de la terapia celular y de la Medicina regenerativa, así como también de la potestad constitucional que tiene el Estado para intervenir en la promoción de la ciencia e investigación, conforme a los artículos 149, 1. 15.<sup>a</sup> y 42 de la Constitución española. El fundamento jurídico de su normativa se encuentra en la protección y respeto de los derechos humanos y libertades públicas, y otros bienes relacionados al Orden jurídico dispuesto en la Constitución y en el Convenio del Consejo de Europa de 1997 (Oviedo). Esta nueva Ley, en concordancia con las anteriores, ciñe su actuación con el aval del consentimiento informado, de tal forma, que ya desde su preámbulo, manifiesta que la libre autonomía de la persona es el fundamento de los derechos específicos como son el consentimiento y la información.

Concretamente, los objetivos de la Ley se circunscriben dentro del campo de la investigación a las siguientes cuestiones: investigaciones sobre la salud humana que impliquen procedimientos invasivos; a la donación y utilización de ovocitos y espermatozoides, preembriones, embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos con fines de investigación biomédicas y sus posibles aplicaciones clínicas; también sobre el tratamiento de las muestras biológicas, el almacenamiento y movimiento de

---

<sup>1201</sup> Como se advirtió, esta Ley deroga la primera Ley sobre el tema: Ley 42/1988, de 28 de diciembre; de igual forma la disposición segunda de la Ley 14/2006, sobre reproducción asistida y demás leyes y disposiciones que contradigan a este texto.

muestras, la regulación sobre los Biobancos, y la fundación de un Comité de Bioética como un órgano colegiado y de carácter consultivo. Dentro del campo médico, se regulan los análisis de datos genéticos y el tratamiento de dichos datos<sup>1202</sup>.

La Ley propone un sistema de principios y garantías dentro de la investigación en Biomedicina, que comprenden la protección a la dignidad de la persona, a la identidad del ser humano y a los demás derechos fundamentales; como también el respeto a la salud, al interés y al bienestar del individuo que participa en la investigación por encima de la sociedad o ciencia; el principio de confidencialidad será respetado en relación al análisis genético; por otra parte, se garantiza la libertad de la investigación y la producción científica dentro de la Biomedicina; la autorización de los proyectos será efectuado por el Comité de Bioética; toda investigación se realizará conforme al principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la salud.

La referencia que hace la Ley sobre el consentimiento es considerable; para iniciar parte con una definición de consentimiento<sup>1203</sup>, y dedica el artículo 4 al consentimiento informado, con el cual se respeta la libre autonomía de las personas que participan en la investigación biológica. Adjuntamente, autoriza el empleo para ciertos casos de la figura del consentimiento por representación, en atención al concepto de consentimiento que emplea la Ley, siempre y cuando el representante legal de no haber otras alternativas

---

<sup>1202</sup> Esta Ley incluye a la investigación de carácter básico y a la clínica, en relación a la última, se omiten los ensayos con medicamentos y productos sanitarios que son regulados por una normativa específica. También, se excluye el trasplante de órganos que queda dentro de la competencia de la Ley 30/1999.

<sup>1203</sup> En el art. 3. f. se dice que el consentimiento es la «manifestación de la voluntad libre y consciente válidamente emitida por una persona capaz, o por su representante autorizado, precedida de la información adecuada».

al uso de la representación legal, respete la dignidad de la persona y las acciones que realicen sean en beneficio de su salud. Generalmente, todas las prácticas que regula la Ley deben ser precedidas por el consentimiento informado; el artículo 32 regula la investigación sobre la donación de ovocitos y preembriones<sup>1204</sup>; en los artículos 44 y siguientes, se menciona al consentimiento informado como indispensable dentro de cuestiones como el análisis genético, el acceso a datos genéticos, la protección de los datos y la obtención de muestras<sup>1205</sup>.

Las infracciones en relación a la falta del consentimiento informado son catalogadas como graves y serán sancionadas con una multa de 600 euros hasta 10 000 euros.

### **3.2.3.1.3. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA**

Sobre los aspectos de los que se ocupa este capítulo no existe hasta hoy jurisprudencia ni europea, ni española. Esta última más cercana al tema se centra especialmente en valorar la titularidad de la vida por parte del *nasciturus*, como también en analizar los planteamientos sobre inconstitucionalidad realizados en su momento a la Ley 42/1988 sobre embriones y fetos y a la primera ley sobre técnicas de reproducción asistida, la Ley 35/1988.

---

<sup>1204</sup> Con relación a la donación se estará conforme a lo que dispone la Ley 14/2006, sobre reproducción asistida, y en el caso de los ovocitos esta Ley hace referencia al consentimiento expreso que debe darse para los fines concretos en los que se van a emplear los ovocitos.

<sup>1205</sup> Sobre las muestras biológicas obtenidas con anterioridad a la Ley, la disposición transitoria segunda acuerda que podrán ser empleadas para la investigación si el sujeto fuente ha dado el consentimiento o cuando hayan sido previamente anonimizados, excepto cuando no se pueda conseguir al sujeto fuente por fallecimiento o demasiada dificultad en la búsqueda, con lo cual se procederá a la investigación omitiendo el consentimiento.

a). Sentencia del Tribunal Supremo 53/1985.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, en lo principal y repetidamente ha declarado en su fundamento jurídico número 5, que «el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución»; mientras que en el fundamento jurídico número 7, considera que «la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores a esta Sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra norma fundamental»...., y es «esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus*»<sup>1206</sup>.

b). Sentencia del Tribunal Supremo, 212/1996<sup>1207</sup>.

En esta sentencia el argumento se dirige a la posible violación del artículo 15 de la Constitución española, y sobre el criterio de que esta Ley debería tener el carácter de Ley orgánica para modificar derechos fundamentales<sup>1208</sup>. En concordancia con la sentencia 53/1986, se remiten a los fundamentos jurídicos de la misma y se niega el recurso de inconstitucionalidad. El fundamento número 10 se pronuncia por la necesidad de no tipificar penalmente todas las conductas que puedan derivarse del artículo 15, así como también la exigencia de otras conductas a no ser sancionadas administrativamente, sino por la vía penal, especialmente en lo relacionado a la modificación del patrimonio genético

---

<sup>1206</sup> Las cursivas en la palabra *nasciturus* son mías.

<sup>1207</sup> La sentencia fue dictada sobre el recurso de inconstitucionalidad de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. El recurso fue interpuesto por los legisladores del Partido Popular (PP).

<sup>1208</sup> Conforme al recurso interpuesto, la Ley 42/1988 viola a más del art. 15 de la CE, los siguientes arts. de la Carta Fundamental: art. 81 (desarrollo de los derechos fundamentales), art. 25.1. principio de legalidad penal, art. 53.1. (leyes reguladoras de los derechos fundamentales), art. 93 (seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad) y el art. 10.1. (dignidad humana).

no patológico, la creación de embriones y fetos con fines distintos a la procreación, etc.; con ello se recuerda que tales conductas se encuentran recientemente tipificadas en el Código penal de 1995.

Por otra parte, es de mucha importancia el fundamento jurídico número 3 que sostiene: «los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios o como enseguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos»<sup>1209</sup>.

c). Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio<sup>1210</sup>

En lo principal, la sentencia alega<sup>1211</sup> que si bien los no nacidos no son titulares del derecho a la vida, garantizado en el artículo 15 de la Constitución, poseen una protección constitucional.

Por lo tanto, con los fundamentos de las sentencias precedentes<sup>1212</sup>, el Estado tiene una doble obligación «la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema

---

<sup>1209</sup> La sentencia cuenta con un voto particular del magistrado José Gabaldón López, quien concluye sobre la inconstitucionalidad de la misma.

<sup>1210</sup> Con igual suerte que la anterior, esta sentencia fue motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los legisladores del Partido Popular (PP), a la Ley 35/1988, la primera ley dictada sobre técnicas de reproducción asistida.

<sup>1211</sup> Los fundamentos del recurso son similares a los efectuados en contra de la Ley 42/1988, a ellos se suman otros bloques temáticos propios de esta Ley como son el concepto de familia, la investigación sobre la paternidad.

<sup>1212</sup> Vid. STC 53/1985, fundamento 7 y STC 212/1996, fundamento 3.



legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales», de esto se desprende que este es el marco de protección del no nacido emitido por vía jurisprudencial.

Con todas las consideraciones efectuadas, la sentencia resuelve como inexistente el objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, sobre la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, reguladora de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Mientras que estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad promovido contra dicha Ley, en relación al artículo 12.2. y 20.1<sup>1213</sup> -<sup>1214</sup>.

### **3.2.3.2. OPERATIVIDAD DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL CON FUNDAMENTO EN EL PRINCIPIO DE ANALOGÍA: LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS DE SOLIDARIDAD Y DE JUSTICIA**

Lo novedoso de algunas técnicas aplicadas dentro de la Biotecnología y puntualmente en el ser humano, se presenta por el planteamiento de la eficacia del consentimiento informado mediante la representación legal sobre el material genético. Sin duda, este es uno de los puntos principales que cuestiona a la vez, la legalidad de la aplicación de las técnicas y nuevamente ocasiona a la institución del consentimiento otros reproches sobre su eficacia.

---

<sup>1213</sup> Vid. textualmente la sentencia dice «a. Declarar que el inciso final de su art. 12.2. “o si está amparada legalmente”, solo es constitucional interpretado en el sentido de que las intervenciones amparadas legalmente son las comprendidas en el art. 417 bis del CP, texto refundido y aprobado por el RD 3096/1973, de 14 de septiembre. b. Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso inicial de su art. 20.1. “con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley”».

<sup>1214</sup> La sentencia cuenta con dos votos particulares de los magistrados Manuel Jiménez de Praga y Fernando Garrido Falla.

Las leyes sobre la donación y utilización de material genético elaboradas últimamente, han recurrido a la representación legal para justificar la donación de material genético, por lo que a simple vista, se podría decir que uno de los principales planteamientos sobre la legalidad de estas técnicas y la validez del consentimiento, queda disipada. A su vez, tanto las Directivas Europeas como la Ley española, desarrolla de la mejor manera la aplicación de la representación legal sobre el material genético, y por ende, la validez del consentimiento como requisito operativo para que se produzca la donación y otras acciones. Por consiguiente, y como propósito de este apartado, es realizar una interpretación dogmática de los fundamentos jurídicos y de los principios que las leyes respectivas emplearon para otorgar validez al consentimiento del representante legal sobre el material genético. De acuerdo a la solución otorgada por vía legislativa, que sin duda implica una novedad dentro del Ordenamiento jurídico, se deja zanjada la discusión sobre la legalidad de ciertas técnicas y la validez del consentimiento en cuanto a la disposición del material genético<sup>1215</sup>.

Aparte de lo dicho, aún estaría por verse cuáles son las consecuencias de la libertad de disposición del material genético en relación al bien jurídico-penal protegido en los delitos relativos a la manipulación genética, en cuanto a la imputación de resultados lesivos, pues, el problema de quien sería la víctima y la imputación de las decisiones en base a los principios que se tomaron, contiene muchos aspectos que muy bien pueden ser analizados. Si bien el permiso ha sido otorgado por la Ley, al regular respecto a la validez del consentimiento informado del representante legal

---

<sup>1215</sup> Con el mismo criterio Archer, «Le consentement...», p. 241, considera que sobre el material genético es indispensable el consentimiento para todas las acciones sobre el mismo.

sobre el material genético, ahora dogmáticamente faltan por verse las posibles consecuencias legales en relación a la imputación y a la víctima de darse resultados lesivos al bien jurídico que se protege en estos delitos, concretamente y con mayor referencia a la dimensión individual del bien jurídico-penal único que se protege<sup>1216</sup>.

### **3.2.3.2.1 LA REPRESENTACIÓN LEGAL: CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES.**

La Teoría de la representación legal se basa en un derecho derivado<sup>1217</sup>, por lo tanto, en los casos en los que el sujeto no puede otorgar su consentimiento, el autorizado para otorgar dicho consentimiento sería quien ostente su representación legal<sup>1218</sup>.

La representación legal recae sobre los tutores de los menores de edad, que no tienen suficiente desarrollo de la capacidad natural de juicio para disponer por sí solos. En este caso, serán los padres, la madre soltera que ejerza la *patria potestad* o los tutores que ostenten la tutela material sobre el menor quienes actúen en su lugar por representación legal<sup>1219</sup>. Como es conocido el ejercicio de la *patria potestad* tiene ciertos límites provenientes del principio general sobre el cual los padres siempre deben actuar en

---

<sup>1216</sup> Vid. infra, PS, cap. V, ap. 5.2. ss.

<sup>1217</sup> En este sentido, López Barja de Quiroga, «El Consentimiento...», p. 31, se refiere al derecho derivado de la familia para recibir información sobre la salud del paciente y tomar una decisión al respecto, caso en el cual a quien le corresponda actuarían por representación legal.

<sup>1218</sup> Vid. Romero Casabona, «El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos», en AAVV, «Problemas prácticos...», p. 86; en sentido similar: Roxin, DP. PG., 2ª edic., p. 542.

<sup>1219</sup> Con este criterio: Romeo Casabona, «El consentimiento informado en la relación...», en «Problemas prácticos...», p. 87; el mismo en «Derecho sanitario...», p. 162; Rodríguez López, «La autonomía del paciente. Información, consentimiento y documentación clínica», Dilex, Madrid, 2004, pp. 134-135.

atención al mejor interés del menor y en su beneficio<sup>1220</sup>. Por lo tanto, los padres ostentan *ex lege* la representación de sus hijos menores no emancipados y la de los hijos mayores de edad declarados incapaces<sup>1221</sup>.

En el caso de los incapaces, la representación legal es ejercida por los padres como se ha dicho o por un tutor, con las mismas facultades que en el caso de los menores. Los tutores son designados por el juez y ejercen la representación legal de quienes jurídicamente han sido declarados incapaces y de los menores que carezcan de padres o que los mismos hayan sido privados de la *patria potestad*<sup>1222</sup>.

En los casos descritos no existe mayor problema, la confusión se presenta cuando la representación legal puede ser ejercida por cualquiera de sus familiares, tal como indica la Ley General de Salud en su artículo 6.3. y la Ley 41/2002, básica sobre la autonomía del paciente, en su artículo 9, numeral 3, literal a, pues, estas disposiciones conciernen incluso a personas adultas que en determinados casos pueden necesitar de la representación legal de un familiar para acceder, en general, a un acto médico<sup>1223</sup>. Sin

---

<sup>1220</sup> Vid. Romeo Casabona, «El consentimiento informado en la relación...», en «Problemas prácticos...», p. 87; con otro punto de vista, Eser, «Límites del deber de tratamiento médico», en «Derecho penal...», p. 181, alude a posibles colisiones de intereses por las que la familia no siempre puede ser un representante legal, partiendo de la dura carga que eso implicaría para una persona, en este caso un familiar muy sensible, razón por la cual, el CC alemán no habla de *patria potestad*, sino del cuidado de los padres, con lo que resultaría muy dudoso que se produzca por representación una renuncia a ciertos bienes como la vida; Nicholson (ed.), *Medical Research with Children: Ethics, Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, New York, Toronto, 1986, p. 134.

<sup>1221</sup> Vid. Romeo Casabona, «El consentimiento informado en la relación...», en «Problemas prácticos...» p. 91.

<sup>1222</sup> Ídem.

<sup>1223</sup> Se debe aclarar, que con respecto a los actos médicos urgentes, no es indispensable la presencia del representante legal, el médico puede actuar amparado en el estado de necesidad que presenta el caso; pero en el supuesto contrario, es decir, que la situación no es urgente ni grave, el médico no puede recurrir a la situación de necesidad, pues, esta no existe, por lo tanto, deberá contar con el consentimiento informado del representante legal o de un familiar.

duda, como indica la doctrina no se puede jerarquizar a los familiares, sin embargo, con el fin de tener una aproximación más cercana a lo que desearía el paciente en ese momento, se debe escoger a los familiares o allegados que convivan con el paciente, incluso la persona escogida no puede tener la calidad de pariente<sup>1224</sup>.

Generalmente, la representación legal se otorga sobre los derechos personales y patrimoniales, conforme a las reglas del Derecho de Familia, concretamente en lo relacionado a los derechos personales, donde se toma en cuenta la capacidad del menor para poder decidir sobre la voluntad de los padres; pero en ciertos casos para la intervención de menores incapaces, es necesario el visto bueno de una autoridad judicial o incluso se otorga directamente por esta vía dejando de lado al representante legal<sup>1225</sup>. Esto se produce especialmente en los casos en que la decisión es de consecuencias irreversibles, lo que Roxin denomina como tipo existencial, como la donación de órganos, la esterilización de menores, pues, aquí la doctrina alemana<sup>1226</sup> y la legislación española<sup>1227</sup> concuerdan en contar con una autorización judicial, más que con la representación legal de los padres.

A criterio de Roxin<sup>1228</sup>, dentro de estas decisiones de tipo existencial o consecuencias irreversibles, se excluye la donación de sangre donde sí

---

<sup>1224</sup> En este sentido, Romeo Casabona, «El consentimiento informado en la relación...», en «Problemas prácticos...», p. 92.

<sup>1225</sup> Roxin, DP. PG, 2ª edic., p. 542

<sup>1226</sup> *Ibidem.* pp. 542-543.

<sup>1227</sup> Dentro del CP español, el art. 156, como es sabido, la eficacia de la representación legal del consentimiento es relativa, y se excluye la representación legal de menores o incapaces para eximir de responsabilidad penal en los casos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual; sin embargo, en caso de esterilización de incapaces, a más del consentimiento del representante legal y a su petición, se contará con un dictamen de especialista, del Ministerio Fiscal, para que el Juez autorice la intervención.

<sup>1228</sup> Vid. Roxin, DP. PG., 2ª edic., pp. 542-543.

puede darse un consentimiento por representación legal<sup>1229</sup>, puesto que la producción de sangre en el organismo humano es continua y no es irreversible como por ejemplo la esterilización o la donación de un órgano vital. Esta afirmación resulta de interés para la aplicación de la representación legal sobre el material genético<sup>1230</sup>.

La representación legal por parte de los padres sobre los hijos en procedimientos médicos tiene como antecedente la Declaración inglesa de 1960, cuando Lord Devil en una lectura ante la Sociedad Médica habló sobre la posibilidad de otorgar el consentimiento por representación en los tratamientos de menores, y se comenzó con las autorizaciones sobre los exámenes de sangre con propósitos forenses, para lo cual necesitaban del reconocimiento judicial que garantice la facultad de emitir el consentimiento por parte de los padres en estas circunstancias<sup>1231</sup>. No se puede dudar que la legalidad y la efectividad del consentimiento de los padres quienes ostentan la custodia y el control del menor, siempre se otorgaría dentro del respeto al interés mayor de los menores<sup>1232</sup>. El consentimiento otorgado por otras personas sobre un menor como es el caso de los médicos, solo se debería a un estado de necesidad que amerite esta injerencia extraña a la de los padres<sup>1233</sup>.

---

<sup>1229</sup> Eser, «Límites del deber de tratamiento médico», en «Derecho penal...», pp. 180 ss. emplea una interesante afirmación al referirse a la representación legal, la califica como «una especie de derecho de participación, más aún, una facultad de consentimiento supletoria» y considera que puede darse una representación en sentido estricto en decisiones tan personales como la vida y la muerte, la situación es que no se permite, porque con ellos se abriría la puerta sobre los tabúes relacionados a las decisiones ajenas a la vida.

<sup>1230</sup> Se volverá sobre ello.

<sup>1231</sup> Vid. Skegg, «Law, ethics...», p. 58.

<sup>1232</sup> Ídem.

<sup>1233</sup> Vid. ibíd., p. 72, este criterio tiene fundamento en la doctrina del estado de necesidad.

Con estos datos generales sobre la Teoría de la representación y sus antecedentes sobre la aplicación en menores de edad, se procede a realizar un resumen especialmente de la normativa española que sustenta la representación legal dentro del Ordenamiento jurídico<sup>1234</sup>.

a). El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997, que es comúnmente conocido como el Convenio de Oviedo, en su artículo 2 considera que el menor que no tenga capacidad para otorgar su consentimiento dentro de una intervención médica, podrá autorizar dicha intervención a su representante legal, a una autoridad o a una persona o institución designada por la Ley. Sin embargo, la opinión del menor será tomada en cuenta para el otorgamiento de la autorización, dependiendo de su edad y conforme a las disposiciones de la legislación para que el menor pueda ser escuchado<sup>1235</sup>.

b). El Código Civil español, regula la *patria potestad* y la representación de los menores de edad; pero exceptúa de la representación legal las cuestiones relacionadas a los derechos de la persona, que de acuerdo a las leyes y sus circunstancias de madurez pueden realizarlo por sí mismo<sup>1236</sup>.

---

<sup>1234</sup> Vid. supra, ap. 3.2.3.1, esta normativa sobre representación legal se complementa con la legislación citada con anterioridad y que presenta estrecha relación con los delitos de manipulación genética.

<sup>1235</sup> Es interesante el planteamiento del Convenio, por el cual, se otorga mayor importancia al criterio del menor dependiendo su edad y capacidad de entendimiento; con similar criterio, De Lorenzo y Montero, «Derechos y obligaciones...», p. 61.

<sup>1236</sup> El tema de la edad en la que el menor está en condiciones de tener una madurez que le permita tomar sus propias decisiones, carece de un acuerdo general y esto depende de cada legislación el establecimiento de la edad que generalmente es sobre los 15 años (legislación francesa 15 años, legislación inglesa 16 años, legislación española 16 años, legislación ecuatoriana 15 años), a partir de la cual, el menor adulto puede tomar sus propias decisiones dependiendo el caso, a pesar de ello, aun tratándose de derechos personales y de contar con la madurez suficiente en ciertos actos que conllevan un

c). La Ley Básica 41/2002 de Autonomía del Paciente, describe en el artículo 9, apartado 3 las condiciones en las que procede la representación legal, de esta manera y en resumen se tiene que se podrá otorgar el consentimiento por representación legal en los siguientes casos: a. Cuando, a criterio del médico, el paciente menor de edad no puede otorgar su consentimiento, y de no estar presente el representante legal, lo hará algún familiar o persona vinculada al menor, b. En casos de incapacitación legal del paciente y c. Cuando el paciente no tenga la capacidad de entender ni física ni intelectualmente, el alcance de la intervención, por lo tanto, el consentimiento será otorgado por el representante legal del menor, después de escuchar el criterio del menor que tenga más de 12 años de edad. Como se advirtió en caso de menores mayores de 16 años o menores emancipados no hace falta contar con el representante legal, salvo los casos en que la intervención entraña un serio riesgo.

d). La Ley de Derechos del Paciente, en su artículo 9, numeral 4<sup>1237</sup>, y en concordancia con el Convenio de Oviedo de 1997, establece la posibilidad de emplear la representación legal que será adecuada a los casos y a las necesidades del paciente, siempre que se respete el interés mayor del mismo, como el respeto a su dignidad. Junto a ello el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones durante el proceso médico. Concretamente, el numeral 4 establece ciertos actos médicos como los ensayos clínicos, la aplicación de técnicas de reproducción asistida, en los cuales, no se puede prescindir del requisito de la mayoría de edad del paciente.

---

determinado riesgo, el menor debe contar con la autorización de los padres, como es el caso de las cirugías de alto riesgo.

<sup>1237</sup> Esta Ley sigue los parámetros marcados por el Convenio de Oviedo de 1997, por lo tanto, sus disposiciones guardan relación al mismo.



e). El Real Decreto 561/1993, sobre ensayos clínicos<sup>1238</sup> establece algunos requisitos en sus artículos 3, 4 y 5, en los que se regula las cuestiones atinentes al consentimiento informado y a sus requisitos. En concreto, el artículo 3 considera que: «el consentimiento informado es el procedimiento que garantiza que el sujeto ha expresado voluntariamente... su decisión de participar en un ensayo clínico»<sup>1239</sup>. Y conforme al artículo 5, en el caso de sujetos menores de edad e incapaces, el consentimiento será otorgado por su representante legal, quien deberá ser plenamente informado. En el caso de los menores de 12 años o más, el consentimiento será otorgado tanto por el menor, como por el representante legal, y finalmente el caso será expuesto al Ministerio Fiscal para la autorización del ensayo.

f). Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación Biomédica, en el artículo 3, dentro del concepto que proporciona sobre el consentimiento hace mención a la representación legal.

### **3.2.3.2.2. LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA SOBRE EL MATERIAL GENÉTICO**

#### **5.2.3.2.2.1. LAS DISPOSICIONES OBJETO DE UNA HIPOTÉTICA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA**

---

<sup>1238</sup> La Ley regula los ensayos clínicos en general; pero no entra en materia de investigación genética, propia de otras leyes ya referidas, Vid. supra, ap. 3.2.3.1.

<sup>1239</sup> Esta disposición respalda el planteamiento realizado en este trabajo, sobre la naturaleza del principio del consentimiento como un procedimiento por el cual se materializa la voluntad del sujeto.

Aquella gran duda tanto Bioética como jurídica sobre la libertad de disposición de las células y de los preembriones y la finalidad que deberían tener los preembriones sobrantes, al parecer ha sido solventada mediante la evolución legislativa que se ha dado sobre el tema<sup>1240</sup>. A criterio de este trabajo, se produce el nacimiento de una cuestión muy novedosa como es la libertad de disposición de preembriones y de células madre (entre otros), mediante el empleo del consentimiento informado y la Teoría general de la representación legal. En cuanto a la representación legal, esta es una institución muy conocida en los ordenamientos jurídicos de Occidente, por lo tanto, cuenta con una trayectoria jurídica consolidada, al margen de las críticas que pueda suponer la presencia de esta institución en estos temas.

De la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procedimiento para preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, se erigen principios generales entre los cuales consta la libertad de disposición del material objeto de la Ley por parte de los ciudadanos, como también el uso del consentimiento informado (artículo 13), a más de ello, se deja a las legislaciones de los Estados miembros su propio desarrollo legislativo conforme al ordenamiento jurídico interno<sup>1241</sup>.

---

<sup>1240</sup> Esto no indica que no se puedan hacer observaciones a las leyes recientes sobre reproducción asistida y donación de células; pero se debe reconocer el esfuerzo y la evolución legislativa que se ha dado en los últimos años.

<sup>1241</sup> La otra Directiva europea sobre el tema es la 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos, y en el artículo 5. b. se menciona la necesidad de establecer detalles del consentimiento o autorización del donante o su familia.

En cuanto a la legislación española, se aprecia un largo proceso que incluye las correcciones realizadas especialmente a la Ley sobre reproducción asistida, y la promulgación de otras leyes elaboradas de conformidad con los postulados europeos. En concreto, de todas las disposiciones legales reguladas en las nuevas leyes: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (artículo 11, numeral quinto), Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (artículo 7, numerales primero y segundo)<sup>1242</sup>, Ley 14/2007, de Investigación Biomédica (artículo 3f.), se puede concluir que la normativa española como producto de un desarrollo legislativo sobre el tema, del acatamiento de los lineamientos de las directivas europeas, y en atención a su propio Ordenamiento jurídico, resuelve aceptablemente la problemática planteada. Con ello, se puede colegir, que se establece legalmente la libertad de disposición sobre el material genético incluidos los preembriones y las células madre mediante el procedimiento del consentimiento informado, a la vez que emplea la figura de la representación legal. Por lo tanto, el mayor aporte de las nuevas leyes es sin duda el empleo y la eficacia del consentimiento informado por representación legal sobre el material genético.

---

<sup>1242</sup> También, recuérdese en alusión al consentimiento, que el RD 120/2003, de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida, en su art. 4, num. 2, lit. c. dispone que junto al proyecto de investigación, la solicitud debe ir acompañada de los respectivos formularios donde conste el consentimiento informado de los participantes.

### 3.2.3.2.2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ANALOGÍA

Con el fin de realizar una interpretación de la técnica legislativa para llegar a esta regulación, en este trabajo se considera que el legislador empleó el principio de analogía, así, la aplicación de la representación legal en los menores de edad, sirvió como elemento de similitud para configurar la representación legal sobre el material genético.

Una vez planteada la hipótesis, se deben traer a colación ciertos aspectos de la interpretación analógica que fundamentan esta afirmación. Primero se recuerda que el término y el concepto de analogía no es una cuestión pacífica de resolver, al contrario se cuenta con varios términos y conceptos que a decir de Melandri<sup>1243</sup> son una «familia de conceptos», y comparten entre sí un «aire de familiaridad», por lo tanto, finalmente este aspecto lo que hace es evitar el tratamiento de la analogía en un sentido más profundo, y únicamente le proporciona una solución verbal<sup>1244</sup>. La analogía como técnica de interpretación es un proceso complejo, en el cual se descarta la participación del sistema lógico; sin embargo, se produce la presencia de una inducción incompleta<sup>1245</sup>, pues, se extiende la denominación de prueba analógica a los argumentos que parten de algún tipo de semejanza con tal que no lleguen a concluir en una inducción completa, en donde la diferencia reside en un caso demostrado previamente, y con la debida comprobación a través de ejemplos que hay una semejanza entre las

---

<sup>1243</sup> Vid. en «¿É Corretto l'uso dell'analogia nel diritto?», en Studi in memoria di Angelo Gualadini, vol. II, Urbino, 1969, pp. 109 ss.

<sup>1244</sup> En este sentido, Atienza, Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico, Civitas, Madrid, 1986, pp. 16.

<sup>1245</sup> En este sentido, Gimbernat Ordeig, «Concepto y método...», p. 60, alega que el argumento analógico está compuesto por la inducción y deducción; Vid. supra, cap. VI, ap. 3.2.3.2., sobre la necesidad de recurrir al sistema de Lógica dentro de la interpretación teleológica.

variables, a pesar de ello, en el pensamiento analógico no se ha llegado a establecer una conjunción semejante<sup>1246</sup>. De este proceso, a criterio de Bunge<sup>1247</sup>, la analogía es indudablemente muy prolífera pero tanto puede crear seres sanos como monstruos, y en los dos casos estas creaciones son recién nacidos que deben ser criados.

Con relación a la analogía empleada en la argumentación jurídica<sup>1248</sup>, este principio ha sido empleado para llenar lagunas en la legislación; pero también del mismo Derecho positivo se pueden tomar casos semejantes donde si existe una norma concreta para resolver los problemas no regulados dentro del sistema<sup>1249</sup>, como consecuencia de ello, se consigue una armonía orgánica dentro del Derecho y no un encadenamiento de deducciones puramente lógicas. De forma común se parte de una ley existente, por lo que se dice que la decisión se obtiene *ex argumento legis*, sin embargo, es aún más frecuente que se deba ver la solución en teorías del derecho formadas por vía de abstracción, por lo que se confunde con la

---

<sup>1246</sup> Vid. en este sentido: J. S. Mill, *Collected Works*, University of Toronto Press-Routledge and Kegan Paul, Londres, 1973, T. VII, pp. 554 ss. también el autor considera que dentro del proceso analógico, no se aplica con anterioridad el Método de la Diferencia, ni el Método de la Concordancia; pero sin embargo, concluye que es un argumento analógico.

<sup>1247</sup> Vid. en «Analogía, simulación y representación», en AAVV, *Teoría y realidad*, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 223 ss.

<sup>1248</sup> Entre los estudios más destacados sobre el tema se tienen: Kaufmann, A. *Analogía y «naturaleza de la cosa»*. Hacia una teoría de la comprensión jurídica, trad. Barros, Ed. jurídica de Chile, Santiago, 1976; Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Memorie dell'Instituto Giordico, XXXVI, Turín, 1938; el mismo, *Novísimo Digesto italiano I*, UTET, Turín, 1957; el mismo, «Intorno al fondamento del procedimento per analogia», en *Giurisprudenza Italiana*, 1951; el mismo: «Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia», en «*Giurisprudenza Italiana*», 1968; Klug, Klug, *Juristische Logik*, Springer-Verlag, Berlín, 1951 (4ª edic.: 1951, 1958, 1965, 1982); Perelman y Tyteca, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, 4ª edic., Univeristé libre de Bruxelles, Bruselas, 1983; el mismo: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad., Díez-Picazo, de la edic. de 1974, Civitas, Madrid, 1979; como literatura en español, entre otros autores se tiene: Atienza, «Sobre la analogía...» *passim*; Gimbernat Ordeig, «Concepto y método...», pp. 61 ss.

<sup>1249</sup> En este sentido, Ross., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. Carrió, Eubeda, Buenos Aires, p. 144.

interpretación extensiva. En este sentido, la interpretación extensiva no tiene como fin llenar una laguna en el Derecho, sino realizar una rectificación de una expresión inadecuada a través de un correcto pensamiento jurídico, mientras, que la ausencia de una disposición legislativa es precisamente lo que lleva a buscar la unidad orgánica del Derecho<sup>1250</sup>. Es así, que cuando el jurista se refiere a la analogía, en general hace alusión a un proceso de argumentación que permite aplicar la solución obtenida de un caso concreto a otro caso distinto que no se encuentra regulado dentro del Ordenamiento jurídico<sup>1251</sup>; pero se asemeja al primero en cuanto comparten ciertas características esenciales<sup>1252</sup>.

La importancia del principio de interpretación analógica dentro del sistema tiene una bondadosa relevancia, así a la luz de la dogmática jurídica de Luhmann<sup>1253</sup>, la analogía sería el principal mecanismo de integración que tiene el sistema jurídico. Este proceso de autointegración, conforme a la sociología funcionalista, presenta como finalidad el constituirse en un mecanismo dentro del sistema con el fin de reducir la complejidad del medio social<sup>1254</sup>.

### **3.2.3.2.2.3. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL CONSENTIMIENTO Y LA REPRESENTACIÓN LEGAL SOBRE EL MATERIAL GENÉTICO**

---

<sup>1250</sup> Vid. en este sentido, Savigny, Sistema de Derecho romano actual, trad. Mesía y Poley, Gógora, Madrid, 1978, pp. 196-198.

<sup>1251</sup> Con este criterio Atienza, «Sobre la Analogía...», pp. 29 y 183.

<sup>1252</sup> En este sentido, el planteamiento de Aristóteles, Retórica, I, Trovar, Madrid, 1974, p. 16.

<sup>1253</sup> Vid. en Sistema jurídico y dogmática jurídica, trad. Otto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 28.

<sup>1254</sup> Vid. Atienza, «Sobre la analogía...», pp. 34 ss., a pesar de esta utilidad coherente de la analogía, se presentan varios problemas jurídicos en relación a su aplicación.

Dentro de la aplicación analógica que el legislador realiza en los casos de empleo del consentimiento informado por representación legal sobre el material genético, se considera que inicialmente la solución de dichos casos puede presentarse como una laguna del Ordenamiento jurídico; pero, más bien y en atención a la unidad del sistema, se toma como solución una institución ya existente en el Derecho positivo, como es la utilización de la representación legal. Es sabido que el argumento jurídico por analogía se basa en la idea de similitud o semejanza, pues, con la analogía se puede pasar de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante<sup>1255</sup>. De esta forma, el conocido *argumentum a simili* o *argumentum a pari* empleado por los juristas del pasado, ha sido aplicado por el legislador para comparar la semejanza de la situación del menor de edad o del incapaz que no puede pronunciarse por sí mismo con el caso de los preembriones o de las células madre embrionarias, en los dos casos, la imposibilidad de manifestación de la voluntad por la autonomía es imposible, por lo que se debe recurrir a un tercero autorizado, debido a que quien puede consentir no tiene la capacidad de hacerlo, razón por la cual, la propia Ley es la que legaliza la actuación de un tercero, con apego a la institución de la representación legal. Con lo anotado, se puede decir que en los casos de los menores, de los incapaces y del material genético, las semejanzas que presentan tienen un peso relevante por ello les proporciona un trato analógico.

A criterio de algunos autores, el uso de la analogía implica necesariamente la creación o innovación del Derecho, sin embargo la analogía no se encuentra dentro de las fuentes de creación del Derecho; pero si se puede considerar como una fuente, no la analogía en sí, sino a la norma o al

---

<sup>1255</sup> Vid. *Ibíd.*, pp. 179-180.

principio que se crea a través del procedimiento analógico<sup>1256</sup>. En atención al caso concreto, la aplicación analógica del consentimiento informado por la representación legal, no crea ni innova el Derecho, más bien renueva el Derecho, pues, con la adecuación de instituciones conocidas a nuevas realidades sociales, y dentro del afán de mantener la unidad del sistema jurídico con la modernización de algunas instituciones, se conserva la estructura del sistema con lo que aminora la complejidad social y permite al sistema jurídico estar en constante transformación conforme a las nuevas necesidades y a las nuevas realidades que encuentra al paso<sup>1257</sup>.

Se considera que los argumentos, a partir de principios y de argumentos, por analogía presentan una gran similitud; pero en el caso de la analogía, siempre se debe producir una generalización en base a una o varias normas del Ordenamiento jurídico<sup>1258</sup>. En el caso que nos ocupa, la analogía se refiere a una determinada institución conocida como *analogía iuris imperfecta*<sup>1259</sup>, es así que se aplican dos instituciones conocidas dentro del sistema jurídico como son el consentimiento informado y la representación legal.

Con todo lo expuesto, se concluye que efectivamente el legislador realizó una interpretación analógica entre los casos de menores e incapaces y la libre disposición del material genético, por lo cual, a través de las correspondientes normas legales se le otorga eficacia consentimiento informado y a la representación legal, y a su vez, consigue una concluyente

---

<sup>1256</sup> *Ibíd.*, p. 183.

<sup>1257</sup> Se debe resaltar que se innovaría el sistema cuando se cubre una laguna legal con un criterio nuevo; pero si la solución se toma del mismo Derecho positivo se aplica el término renovación.

<sup>1258</sup> Vid. de este criterio: Atienza. «Sobre la Analogía...», pp. 185 ss. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, pp. 153 y 186.

<sup>1259</sup> Vid. Atienza, «Sobre la Analogía...», p. 185.



renovación del sistema jurídico que permite su adecuación a nuevas circunstancias, y evita mayor complejidad al medio social, al mismo tiempo que mantiene la unidad del sistema jurídico.

#### **3.2.3.2.2.4. LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA Y DE SOLIDARIDAD EN LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL SOBRE MATERIAL GENÉTICO: SUS REPERCUSIONES SOBRE LA IGUALDAD EN LA SOCIEDAD**

El sistema sanitario de salud y las investigaciones científicas en el campo médico tienen como objetivo encaminar sus esfuerzos y descubrimientos a cuidar la salud de las personas y por ende a mantener una calidad de vida que permita lograr una existencia satisfactoria. Todo esfuerzo tendente a mantener la salud de los individuos tiene una repercusión preventiva en la supervivencia de la especie humana, de tal forma, es plenamente legítimo emplear técnicas de Ingeniería genética con fines terapéuticos.

Dentro del empleo del material genético, por citar algunos ejemplos, se tienen a las células madre de origen embrionario de los ratones que han sido trasplantadas a embriones tempranos, dichas células forman parte de los órganos y tejidos del futuro feto. También se han empleado poblaciones celulares modificadas genéticamente a un animal en desarrollo para el estudio de enfermedades humanas, con lo que se consigue una incidencia directa en el genotipo<sup>1260</sup>. Algunas técnicas como las descritas y otras de

---

<sup>1260</sup> Vid. Nombela, Células madre. Encrucijadas biológicas para la Medicina: del tronco embrionario a la regeneración adulta, Edad, Madrid, 2007, pp. 62; Rodríguez, Stewart. «Therapeutic strategies using genetically modified cells», en García Olmo, García Verdugo, Alemany, Gutiérrez Fuentes eds., Cell Therapy, MacGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 2008, p. 498, sobre el uso de manipulación genética en la terapia génica dentro de la Medicina regenerativa, el uso actual se centra

terapia génica más concretas<sup>1261</sup>, en parte se basan en el aislamiento de genes para evitar la transmisión de algunas enfermedades hereditarias como la hemoglobina, la diabetes, el párkinson, etc. Por otro lado, y de igual manera, las investigaciones sobre los embriones tempranos o los preembriones tendrían un uso legítimo dentro de la investigación y así lo expresa la nueva normativa española al respecto<sup>1262</sup>, con lo cual se trata de solventar de la mejor manera los planteamientos problemáticos sobre todo de carácter ético con respecto al uso de los preembriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida.

Ahora bien, frente a estas disposiciones legales y a la aplicación analógica del consentimiento informado por representación sobre el material genético, en este trabajo se considera que dicha legislación encuentra su razón de ser en algunos valores de la sociedad, los cuales tienen el carácter de principios dentro del Derecho. Es así, que con base en el principio de justicia, y con un apego parcial a la Teoría de Rawls sobre el tema<sup>1263</sup>, se

---

en el empleo de células adultas, y la manipulación genética en células humanas cada vez presenta mayores avances.

<sup>1261</sup> Vid. infra, ap. 4.3.1.2.

<sup>1262</sup> Ley 14/2006, sobre reproducción asistida, arts. 14, 15, 16.

<sup>1263</sup> Vid. Rawls, *Teoría de la Justicia*, trad. González, MD, 2.<sup>a</sup> edic., Fondo de Cultura económica, México, 1995, pp. 67 ss. establece dos principios fundamentales: El principio de justicia, que a su vez presenta dos categorías: 1. el primer principio de justicia, establece que el individuo debe tener acceso igualitario al conjunto de libertades básicas (derechos civiles, políticos, etc.); 2. el segundo principio de justicia, contiene a la vez, el principio de la diferencia y el principio de la igualdad de las oportunidades, y son aplicados en relación a la distribución de los ingresos y la riqueza, como al establecimiento de organizaciones de autoridad y responsabilidad. Conforme a las normas de prioridad que establece el autor, para jerarquizar los principios, la primera norma es la «prioridad de la libertad»; por lo tanto, los principios de justicia deben ser dispuestos de tal forma que se dé prioridad a los primeros (derechos básicos) frente a los segundos y las normas de prioridad, con la primera norma de prioridad, se otorga prelación a la prioridad de la libertad, por lo que, la violación de las libertades básicas no puede ser resarcida económicamente, y la segunda norma de prioridad, establece la «prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar», así, el segundo principio de justicia tiene preferencia sobre el principio de eficiencia, con lo cual, el principio de igualdad de oportunidades es preferente frente al principio de diferencia.

puede afirmar para conseguir una eficaz realización del principio de justicia se debe tener en cuenta la igualdad de oportunidades entre los individuos para una vida satisfactoria en sociedad<sup>1264</sup>; sin embargo, existen algunos factores de orden social y natural que se escapan del ejercicio de la libertad de cada persona, pues, ciertas circunstancias se presentan en cada persona de una forma diferente. En lo que concierne al presente estudio, resultan interesantes los factores naturales, es decir, la desigualdad de las cualidades naturales<sup>1265</sup>, de existir estas, el individuo que las porta está en desventaja con sus congéneres, más que para competir en el mercado laboral, en lo que respecta a la obtención de una calidad de vida óptima, por lo tanto, estas desigualdades de las cualidades naturales de los individuos, pueden ser recompensadas<sup>1266</sup> con medidas legítimas emitidas por la misma sociedad.

Los casos tratados con mayor frecuencia son las discapacidades más conocidas, con lo que es fácil prever las desventajas de las personas que las portan por sus inconvenientes en todo orden personal, social, económico, etc. Ya de cara a las discapacidades con origen genético y que pueden encontrar cura mediante la aplicación de la Medicina regenerativa, la terapia génica y la terapia celular, tal como expresan las corrientes filosóficas que abordan el principio de justicia, en esta área es necesaria la utilización de un tratamiento desigual, así precisamente, se aplicaría el principio de solidaridad<sup>1267</sup> con las generaciones futuras<sup>1268</sup>. Si bien y en un inicio se ha

---

<sup>1264</sup> Con un interesante estudio sobre la teoría de Rawls, Vid. Desencanto Daroca, «El debate sobre la igualdad en la Filosofía Jurídica Contemporánea. Una reseña temática». RPJ., 1998, *passim*.

<sup>1265</sup> Rawls, «Teoría...», p. 103.

<sup>1266</sup> Sobre teorías en relación a la recompensa entre otros: Dworkin, «What is the equality?», en *Equality of resources*, PS, *Philosophy and Public Affairs*., núm. 4, pp. 285 ss. (test de la envidia).

<sup>1267</sup> Vid. en general, en relación al principio de solidaridad: Baldó Lavilla, «Estado de necesidad...», pp. 43 ss., 63 ss., 71-72; Leckner, «The principle of Interesting Balancing as a General Basis of Justification», en Eser, Fletcher (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichen Perspektiven*, T. I, p. 513.

manifestado que este principio no puede justificar las intervenciones porque estaría vulnerando el derecho a la libertad de elección de las generaciones futuras<sup>1269</sup>, se considera que este aspecto de hecho presenta una doble lectura. En este sentido, la justificación de la aplicación analógica del consentimiento informado por representación legal, lo que haría no es coartar la libertad de las generaciones futuras, sino al contrario procurarles una mejor calidad de vida con una buena salud, esto sería un acto compensatorio aprobado socialmente, que encaja perfectamente dentro del concepto de Estado social (Estado y Derecho al servicio del individuo). Así al aislar genes nocivos o realizar terapia génica o celular se estaría previniendo desigualdades futuras, por lo tanto, se actúa no únicamente con el amparo de una finalidad terapéutica sino con el objetivo de evitar que las generaciones futuras en la medida de lo posible, no sean portadoras de desigualdades naturales, peor aún si dichas desigualdades pueden aminorarse con el empleo de la ciencia y de la tecnología que está al servicio del ser humano y en beneficio del mismo. Con ello, lo que se consigue en una instancia final es un mayor acercamiento a la igualdad entre los seres humanos, es decir, se persigue que el principio de igualdad tenga una aplicación más uniforme en todos los miembros de la sociedad, al menos en este aspecto en dónde de ser posible la ciencia y la tecnología pueden y deben actuar en beneficio de una mejor calidad de vida, que a la postre tiene una influencia muy positiva en la supervivencia de la especie humana, dígame de paso, que este es sin duda uno de los mejores ejemplos

---

<sup>1268</sup> Vid. Rawls, «Teoría...», pp. 265, sobre de la justicia entre las generaciones presentes y futuras desde un enfoque económico.

<sup>1269</sup> En este sentido y con otro punto de vista: Peces-Barba, «Libertad del hombre y el genoma», en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. I., Fundación BBV, Madrid, 1994, p. 207, quien aconsejó en su momento que el Derecho positivo deberá tomar en cuenta los problemas relacionados a las generaciones futuras, y la tensión entre los dos valores de libertad y de solidaridad, que comunican las estructuras de cada uno con los bienes genéticos colectivos, que son de carácter público y relacionados a la idea de interés general.

en donde, la Biotecnología y en concreto la Ingeniería genética satisfacen las esperanzas propias de una sociedad compleja como la actual, en cuanto a la mejora en la salud, a la vez que aminora el temor por el mal empleo de las mismas.

#### **4. INTERPRETACIÓN DE *LEGE FERENDA* DEL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO Y LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

##### **4.1. PLANTEAMIENTO SOBRE LA CLASE DE PROTECCIÓN Y LA APLICACIÓN DE RESTRICCIONES A LOS TIPOS**

Como se advirtió en un apartado anterior<sup>1270</sup> en relación al problema de la libertad de disposición del bien jurídico por medio del consentimiento<sup>1271</sup>, no se puede disponer de bienes jurídicos supraindividuales, de esta forma, la autonomía de la voluntad de la persona y el consentimiento pierden eficacia frente a intereses superiores de la sociedad que se encuentran protegidos en esta clase de bienes. Este planteamiento parece tener una fácil resolución, sin embargo, el problema se presenta en los delitos pluriofensivos, en los cuales, al mismo tiempo, se protegen bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos supraindividuales<sup>1272</sup>. Con respecto a la

---

<sup>1270</sup> Vid. supra, ap. 2.2.1. y ap. 2.2.2.

<sup>1271</sup> No se puede dejar pasar los cuestionamientos sobre cuáles son los bienes disponibles y cuáles no, entre ellos, vid.: Segura García, «El consentimiento...», p. 125-126, en referencia a la falta de normativa expresa que se pronuncie sobre qué bien es disponible y qué bien no lo es, y un corto análisis doctrinal al respecto; Romeo Malanda, «Intervenciones genéticas...», p. 310, indica que a su criterio carece de valor la problemática de especificar sobre la disponibilidad o no del bien jurídico, pues, se entiende que el bien jurídico individual tiene como fin permitir el libre desarrollo de la personalidad, por lo tanto, con el consentimiento presupone la facultad de disponer y excluye la lesión del bien.

<sup>1272</sup> En este sentido, Segura García, «El consentimiento...», p. 128.

ciencia doctrinaria sobre las formas de protección que se deben otorgar a los bienes jurídicos supraindividuales e individuales que concurren en un mismo tipo penal (alternativa-acumulativa), se puede advertir que la eficacia de la autonomía de la voluntad y el consentimiento, en la modalidad alternativa es irrelevante<sup>1273</sup>, pues, la lesión o afección de cualquiera de los bienes jurídicos realiza el tipo<sup>1274</sup>. La jurisprudencia española más relevante sobre el tema, contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1990<sup>1275</sup>, se decanta por la protección acumulativa en los delitos pluriofensivos, en donde media la presencia de un bien jurídico supraindividual, con ello, se concluye que para que se realice el tipo penal, la lesión o afección debe producirse tanto en el bien jurídico individual como en el supraindividual<sup>1276</sup>.

En lo que se refiere a los delitos de manipulación genética, se considera que tanto la postura de la doctrina y la jurisprudencia son coherentes, por lo tanto, los fundamentos expuestos se pueden emplear con relación a los tipos en estudio. Con ello se concluye que los delitos relativos a la manipulación genética a más de tener el carácter de delitos pluriofensivos por proteger dos tipos de bienes jurídicos, se tratan de delitos de peligro, debido a la presencia de un bien jurídico-penal supraindividual, con lo cual,

---

<sup>1273</sup> En este sentido, Segura García, «El consentimiento...», p. 128.

<sup>1274</sup> Maiwald, «El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemana», en AAVV, *Justificación y exculpación en Derecho penal (coloquio hispanoalemán de Derecho penal)*, trad. Bacigalupo Zapater, Madrid, Civitas, 1995, p. 129, sobre la protección acumulativa de los bienes jurídicos realiza una interesante comparación con los casos del ilícito atenuado, debido a que los presupuestos de una causa de justificación solo se cumplen parcialmente.

<sup>1275</sup> Esta sentencia fue emitida con relación a un caso de delito de falsedad sobre un documento mercantil, y se podría entender que el Tribunal ha interpretado el tipo del delito en el sentido que protege tanto bienes de carácter supraindividual como individuales, lo cual permite entender que la protección de dichos bienes está articulada de forma acumulativa y no alternativa.

<sup>1276</sup> En sentido similar: De la Gándara Vallejo, «Consentimiento, bien jurídico...», pp. 111-112.

en relación a las clases de bienes que protege el tipo, pueden ser protegidas de una forma acumulativa, y mientras no se lesione o afecte al bien jurídico supraindividual no se cumpliría el tipo. Lo indicado bien puede confundirse con la naturaleza de los delitos de acumulación o delitos acumulativos<sup>1277</sup>; sin embargo, se considera que la diferencia variaría en cada tipo, pues, los delitos relativos a la manipulación genética no son delitos cuyo bien jurídico se vería afectado o lesionado por las múltiples agresiones al bien jurídico-penal, sino más bien, porque con una lesión en sentido material al bien jurídico-penal único, conforme a un nuevo concepto de resultado material<sup>1278</sup>, se lesiona o afecta a dicho bien jurídico, concretamente la lesión o afección a su dimensión de carácter supraindividual, realiza el tipo. Con esta propuesta, por un lado, se restringe el alcance del tipo; pero, por otra parte, no se llega al extremo de considerar varias agresiones o lesiones al bien jurídico supraindividual para realizar el tipo como en los delitos de acumulación, con ello, se cumpliría con la finalidad preventiva<sup>1279</sup> que tienen estos delitos en cuanto a la supervivencia de las especies, como también se evitan parte de las acusaciones de mero simbolismo que pesa sobre esta clase de delitos<sup>1280</sup>.

---

<sup>1277</sup> Kuhlen, planteó la teoría sobre este tipo de delitos, Vid. entre sus obras: «Der Handlungsefог der Strafbaren Gewasserverunreinigung (& 324 StGB)», Goltdammer's AFS, 1986, pp. 389 ss.; en referencia a la teoría del autor, Silva Sánchez, «La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales», Civitas, Madrid, 1999, pp. 108 ss.

<sup>1278</sup> En apego al criterio de Corcoy Bidasolo.

<sup>1279</sup> Vid. entre los tantos pronunciamientos sobre el tema: Romeo Casabona, «Prevención versus...», en AAVV, «Estudios jurídicos-penales...», pp. 121 ss.

<sup>1280</sup> Más que combatir o no hacer las acusaciones sobre hechos fácticos, como el calentamiento global del planeta que en la actualidad se siente en el mundo entero, se puede realizar una reflexión sobre la oportuna intervención de la administración y del Derecho penal referente al medioambiente, ¿se pudo evitar con anterioridad, lo que hoy es una realidad?, pues, el cuestionamientos sobre cambiar de un Código a una Ley especial, igual no perjudica el fin preventivo del delito, pero si el fin preventivo general del Derecho penal, lejos de hacer una analogía de casos, ya de antemano prohibida en materia penal, sí se puede llegar a un consenso sobre una mayor amplitud de la finalidad preventiva del Derecho penal en casos que lo amerite.

## **4.2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA «*STRICTU SENSU*»**

### **4.2.1. LA ALTERACIÓN DEL GENOTIPO**

#### **4.2.1.1. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO EN EL TIPO**

Como se sostiene en este trabajo, el bien jurídico-penal único que se protege en los delitos relativos a la manipulación genética es el *libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia*, por motivos que anteriormente se expusieron con amplitud<sup>1281</sup>, se considera que en este tipo penal se protege como aspecto del bien jurídico-penal único *la identidad de las especies*. Con el fin de preservar la identidad de la especie, es necesario evitar las modificaciones en línea germinal que son las que se transmiten a la descendencia<sup>1282</sup>, sino existe una razón terapéutica, con lo cual se pretende respetar la cadena evolutiva, por lo tanto, esta idea se encuentra contenida en el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia. Sin embargo, en atención al beneficio del ser humano y a todos los beneficios que conllevan el hecho de que la ciencia debe favorecer al individuo, existen casos de excepción en los que se procederá a una modificación del genotipo con fines terapéuticos, sin que con ello se obvie establecer límites a las prácticas que aporten modificaciones al

---

<sup>1281</sup> Vid. supra, PS, cap. V, ap. 3.

<sup>1282</sup> De momento, respecto al tema se conoce que existen dos formas en las que se puede dar la modificación, en línea somática y en línea germinal, las modificaciones somáticas no se transmiten genéticamente, mientras que si las modificaciones realizadas germinalmente, sobre el pormenor, el CP no realiza ninguna diferenciación con lo que se entiende que la alteración del genotipo prohibida es por línea germinal, como también se admite la excepción terapéutica en la misma línea germinal.



genotipo. Visto en términos jurídicos, la finalidad terapéutica encajaría dentro del alcance del tipo, pues, únicamente el tipo penal se restringe en las acciones que puedan alterar al genotipo y que no tengan una finalidad terapéutica, por lo tanto, esta es un elemento negativo del tipo<sup>1283</sup>.

#### **4.2.1.2. LAS TERAPIAS EMPLEADAS EN MATERIA GENÉTICA**

**a). Diagnóstico y Consejo Génico.** Tanto el diagnóstico como el consejo génico sin ser terapias en sí forman parte del proceso terapéutico en relación a las enfermedades de carácter hereditario.

Este diagnóstico es aplicado sobre los síndromes hereditarios humanos en donde las proteínas o las enzimas están alteradas o incluso ausentes, y su objetivo es el de detectar las enfermedades de carácter hereditario durante el período de gestación, y así posibilitar el aborto terapéutico<sup>1284</sup>. La tecnología del ADN recombinante ha sido de gran utilidad para el diagnóstico de las enfermedades hereditarias, debido a que permite analizar directamente el ADN<sup>1285-1286</sup>.

---

<sup>1283</sup> Vid. Roxin, DP. PG., 2ª edic., pp. 283-284, la Teoría de los elementos del tipo sostiene que las causas de justificación se han sacado de los tipos de la PE y se les ha antepuesto en la PG, solo por razones de técnica legislativa; pero ello implica que no cambia el hecho de que haya que incluirlas en los tipos concretos según su sentido, en definitiva esta Teoría concluye que las causas de justificación excluyen la antijuricidad y el propio tipo; Mir Puig, DP.PG, 8ª edic., p. 258, también sobre el tema.

<sup>1284</sup> Santos Hernández, «Aplicación de la tecnología del ADN recombinante», en AAVV, Genética, 1ª edic., Ariel, Barcelona, 2002, p. 285, indica que los procedimientos que se emplean son: amniocentesis (extracción de células fetales a partir del líquido amniótico) y muestreo de las vellosidades coriónicas (extracción de células de la placenta).

<sup>1285</sup> Ídem.

<sup>1286</sup> Vid. Silva Sánchez, «Sobre el llamado “diagnóstico de preimplantación”. Una aproximación a la valoración jurídica de la generación de embriones *in vitro* con la decisión condicionada de no implantarlos en el útero», en Genética y Derecho, CDJ, 2004, pp. 138 ss., hace un estudio jurídico de las consecuencias de la no implantación de los preembriones luego del correspondiente diagnóstico, en el que destaca que el proceso de fecundación con decisión de practicar el diagnóstico de preimplantación

El consejo génico es un proceso por el cual los pacientes con riesgos de padecer enfermedades de carácter hereditario genético o relacionadas con alguna alteración cromosómica, son alertados de las consecuencias de la enfermedad, como también de la posibilidad de padecerla o transmitirla y de los medios posibles para evitarlas, mejorarlas o paliarlas<sup>1287</sup>. El consejo génico engloba distintas fases: en la primera, mediante el consejo genético se informa a las personas con problemas reproductivos sobre la posibilidad de someterse a pruebas genéticas predictivas, con el fin de detectar los posibles riesgos en cuanto a la transmisión de anomalías o enfermedades a su descendencia, también por esta vía se puede conocer el motivo de la infertilidad<sup>1288</sup>; en la segunda fase, el paciente se somete voluntariamente a las pruebas genéticas (preconceptivas, preimplantatorias, prenatales o postnatales); en la tercera fase, corresponde al consejo génico el estudio de los resultados y efectuar el diagnóstico correcto, y finalmente en la cuarta

---

implica la existencia de un dolo alternativo/acumulativo en la destrucción de los embriones no aptos, y con relación a cada embrión en concreto, se observa un dolo eventual de destrucción, presente desde el primer momento de la fecundación; por otra parte, la Corte de Apelación del Reino Unido, dentro del caso Hashimi, confirma la legalidad del diagnóstico pre-implantario, y alega que los argumentos éticos más bien son favorables para la prevención de problemas genéticos serios; Mulvenna «Pre-implantation genetic diagnosis, tissue typing and beyond: the legal implications of the Hashmi case», en MLR, vol. 6, 2004, pp. 163 ss. con más detalles sobre el caso.

<sup>1287</sup> En este sentido: Emaldi-Cirión, «La responsabilidad de los profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético», RDPC, 2ª ép., núm. 11, 2003, p. 12; la misma, con mayor detalle en *El consejo génico y sus implicaciones jurídicas*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco/EHU y ED, Comares, Bilbao-Granada, 2001, *passim*.

<sup>1288</sup> Vid. *ibíd.*, «La responsabilidad...», p. 12, entre las pruebas se tiene las pruebas preconceptivas que se realizan antes de la concepción para determinar los riesgos de transferir enfermedades genéticas; las pruebas preimplantatorias que permiten detectar anomalías cromosómicas o alteraciones genéticas que puedan tener los preembriones antes de ser transmitidos al útero materno; las pruebas prenatales sirven para diagnosticar las anomalías en el desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular; y finalmente, las pruebas postnatales se aplican en los recién nacidos para detectar posibles anomalías o enfermedades.

fase, el paciente puede elegir entre las alternativas que le propone el consejo genético<sup>1289</sup>.

**b). Terapia génica.** Esta terapia se presenta como una promesa terapéutica para ser empleada en todo tipo de enfermedad, y por ende, promete efectos revolucionarios en el campo médico. La terapia génica procede de la evolución científica de ramas como la Biología Molecular, la Genética, la Virología y la Biofísica entre otras. Dentro de la Terapia génica se presentan dos tipos: a. La terapia génica de células germinales, principalmente desarrollada en animales y consiste en introducir un gen exógeno en una célula huevo, y así se obtiene un organismo transgénico que expresa el producto génico; b. La terapia génica de células somáticas, esta es más aplicada en la especie humana por razones de tipo ético y metodológico<sup>1290</sup>. La terapia génica puede efectuarse de dos formas: *ex vivo* e *in vitro*<sup>1291</sup>.

---

<sup>1289</sup> Ibídem, 12-13, vid. ibíd. 13 ss., con más detalles sobre la responsabilidad de los profesionales.

<sup>1290</sup> Vid. Santos Hernández, «Aplicación de...», p. 285; Schreiber, Rosenau, Ishizuka, Kim, Recht un Ethik im Zeitalter der Gentechnik. Deusche und japanische Beiträge zu Biorecht und Bioethik, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2004, p. 74.

<sup>1291</sup> Santos Hernández, «Aplicación de...», p. 285; Ídem, para mayor detalle se tiene que en la modalidad *ex vivo* se parte de la obtención de células del paciente de un tejido u órgano de interés, y luego se procede a la disgregación de las mismas y su mantenimiento en condiciones de cultivo de tejidos *in vitro*, en donde las células son posteriormente transfectadas con el gen terapéutico, utilizando para ello un vector adecuado; posteriormente las células transfectadas son seleccionadas en función de su capacidad para expresar el gen exógeno de forma estable, así las células son multiplicadas y seleccionadas con el fin de ser reimplantadas en el paciente. Por su parte, las estrategias *in vivo* están basadas en la administración sistémica de la construcción génica de interés, aunque el ADN puede ser administrado de forma directa, lo habitual es recurrir a la ayuda de un vector que facilite el proceso de transferencia del gen y permita la entrada y localización intracelular del mismo; de igual forma, es importante recurrir a vectores con destino específico dentro del organismo para permitir la entrada selectiva del gen en las células de un determinado tejido sin requerir procesos quirúrgicos.

c). **Terapias celulares.** Últimamente, se habla de la Medicina genómica, cuya base se encuentra en los avances genómicos, donde se ubica a la terapia génica; pero la exigencia de nuevas soluciones a los problemas de salud con novedosos tratamientos, trae consigo el empleo de otros términos, en este sentido, se recurre a lo que se conoce como Medicina regenerativa<sup>1292</sup>, que tiene como especial elemento de trabajo la utilización de células madre, por lo tanto, en la actualidad, las terapias que manejan células madre son conocidas como terapias celulares. Dentro de los ejemplos que se pueden dar sobre la terapia génica se tiene a los trasplantes de médula ósea para abordar diversos tipos de tumores hemáticos como determinadas leucemias y el uso de la sangre del cordón umbilical<sup>1293</sup>. Las terapias génicas no conllevan ninguna alteración del genotipo, a no ser que sean empleadas conjuntamente con técnicas génicas, con lo que se produciría una alteración genética de las células que se manejan en un determinado caso; precisamente una de las aplicaciones que podrían tener las células madre es el de ser empleadas como vehículo para la introducción de un gen funcional que repare un defecto genético, debido a que las células madres pueden ser trasplantadas, por lo tanto, no se administraría un gen funcional a todas las células del organismo, sino únicamente donde hiciera falta, así, en los trasplantes autólogos pero con el defecto genético corregido, lo que hace de las células madre adultas un buen elemento para ser empleado en terapia génica<sup>1294</sup>.

---

<sup>1292</sup> López-Moratalla, «Discusión Bioética sobre la reproducción humana asistida: Aspectos biológicos», CDJ, XI, 2006, p. 45, la Medicina regenerativa con células madre embrionarias hace su aparición hace una década aproximadamente, como una posibilidad terapéutica dirigida a sustituir células destruidas en diversas enfermedades degenerativas, algunas de las cuales son graves y de gran incidencia. La base de estos tratamientos es la capacidad que poseen las células de masa interna del blastocito de proliferar *in vitro* y en convertirse en células diferenciadas.

<sup>1293</sup> Nombela, «Células madre...», pp. 123 ss.; O'Brien, Dolkov, Wagner, «Umbilical cord blood transplantation», en «Cell...», pp. 144 ss.

<sup>1294</sup> En este sentido, Nombela, «Células madre...», pp. 62 y 163 ss., como ejemplo se tiene el empleo de poblaciones celulares modificadas genéticamente durante el

### 4.2.1.3. LA LIBERTAD DE TERAPIA

Dentro de las nuevas concepciones sobre la protección a la vida, se tiene en cuenta la calidad de la misma; en atención a este concepto y para la elección de una terapia concreta, se evaluará la eficiencia de dicha terapia con el objetivo de mejorar la calidad de vida, incluso este elemento es de mayor importancia que la finalidad de alargar la vida del individuo, por lo tanto, es obligatorio aplicar la terapia más eficaz<sup>1295</sup>. A la libertad de elección de la terapia o de un determinado método diagnóstico por parte del médico se le atribuye un rango constitucional, integrado en el marco general de la libertad de ejercicio de la profesión<sup>1296</sup>. Sin embargo, esta libertad del médico no está exenta de problemas y presenta dificultades especialmente en cuanto a la responsabilidad del médico por violación de la norma de cuidado en los casos de imprudencia<sup>1297</sup>.

La actuación de médico para escoger la terapia que pueda proponer al paciente, presenta ciertos límites derivados del propio significado de la actividad médica. Como límites internos se considera que, desde un punto

---

desarrollo de los animales, con el fin de obtener animales modelos para el estudio de enfermedades humanas. De la misma manera, en el tratamiento de algunos defectos del sistema inmunitario, como inmunodeficiencias congénitas, ya se ha propuesto la corrección del gen con células del enfermo para ser trasplantadas posteriormente, de momento, existe aún problemas con algunos vectores lo que ha producido éxitos limitados; sin embargo, sobre el empleo de células madres adultas, en terapia génica, vale realizar los esfuerzos necesarios, teniéndose en cuenta la gravedad de muchas de las enfermedades que podrían llegar a buen puerto con la utilización conjunta de la Medicina regenerativa por medio de la terapia celular y de la terapia génica.

<sup>1295</sup> En este sentido, Corcoy Bidasolo, «Libertad de terapia...», en «Bioética, Derecho...», p. 121.

<sup>1296</sup> Vid. entre otros: Romeo Casabona, *El medico...*, p. 70; Jorge Barreiro, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 45 ss.

<sup>1297</sup> Vid. Con mayor detalle sobre el tema Silva Sánchez, «Libertad de terapia... », pp. 171 ss; el mismo en «Medicinas alternativas...», pp. 45 ss.

de vista objetivo, el facultativo nunca podrá emplear técnicas sobre las cuales no tenga conocimiento, mientras que desde un punto de vista subjetivo, el médico debe seguir sus propias reglas con el convencimiento subjetivo de que está aplicando la terapia adecuada. De otra parte, jamás la terapia debe presentar consecuencias negativas para la salud del paciente, la libertad de terapia no debe oponerse al concepto de terapia eficaz. Los límites externos a la libertad de la terapia, se derivan de la coexistencia del Derecho médico a la libertad de terapia y de los derechos del paciente, por tanto, es necesario informar sobre la terapia que será aplicada con el fin de obtener el consentimiento del paciente, siempre la libertad de terapia estará supeditada a la libertad del enfermo que cada vez adquiere mayor protagonismo y constituye un elemento terapéutico primordial. Finalmente, para la aplicación de terapias innovadoras, los límites que se deben respetar son mucho más estrictos y es obligatorio atender a las disposiciones concretas en la legislación especial<sup>1298</sup>.

#### **4.2.1.4. LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN SOBRE EL ASPECTO INDIVIDUAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

A manera de conclusión, por los elementos aportados en relación a la nueva legislación sobre material genético y a los criterios sobre los principios de naturaleza individual limitadores al *Ius puniendi* del Estado que se defienden en este trabajo<sup>1299</sup>, se considera que el consentimiento informado tiene plena efectividad para disponer del aspecto individual del bien

---

<sup>1298</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, «Libertad de terapia...», en «Bioética, Derecho...», pp. 116 ss. sobre los límites a la libertad de terapia de los médicos, frente a ello, el consentimiento presenta una gran importancia, pues, siempre será el paciente quien decide mediante el consentimiento informado si está dispuesto a sufrir los riesgos en aras a su bienestar.

<sup>1299</sup> Vid. supra., PS, cap. V, ap. 5.2.4.

jurídico-penal único (el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia), pues, *la identidad genética individual* puede ser dispuesta libremente mediante el consentimiento informado<sup>1300</sup>. Los objetos materiales sobre los que recae el consentimiento son, en un sentido amplio, el cuerpo físico, el embrión temprano o preembrión, el feto, gametos o células madres donde se realiza la alteración del genoma, y en un sentido estricto, se tiene al gen y al ADN.

La libertad de disposición de la identidad genética individual, queda restringida a las finalidades terapéuticas conforme se recomiende el consejo y diagnóstico génico, en consecuencia, con cada caso se emplearían la terapia génica hasta donde sea factible y comprobable científicamente, en conjunto o por separado de la terapia celular y de otras técnicas como la clonación del material genético, especialmente de las células<sup>1301</sup>. Sin embargo, los principios de naturaleza individual, concretamente la libertad de disposición y el consentimiento, pierden su eficacia cuando se refiere al aspecto supraindividual del bien jurídico-penal único que se protegen en estos delitos: *la identidad de la especie*<sup>1302</sup>, pues, como se advirtió se está ante una protección acumulativa, y mientras no se afecte al bien jurídico-penal supraindividual en su dimensión supraindividual no se realiza el tipo del artículo 159<sup>1303</sup>.

---

<sup>1300</sup> En sentido similar, Corcoy Bidasolo, «Consentimiento y...», en «El Nuevo Código...», p. 282, quien concluye en una materia paralela que el consentimiento del paciente es un presupuesto necesario para que cualquier intervención médica no sea considerada como una agresión a la salud.

<sup>1301</sup> Resulta interesante el criterio de Higuera Guimerá, «El Derecho penal...», p. 367, quien sostiene que el principio jurídico del consentimiento informado dentro de la terapia génica, no viene a expresar sino la propia responsabilidad del individuo.

<sup>1302</sup> Vid. Supra. PS, cap. V, ap. 5.2.4.

<sup>1303</sup> Con el criterio de Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro...», pp. 67-68.

En general, con la nueva normativa referente a la eficacia del consentimiento por representación legal relativa al material genético, se salva uno de los principales obstáculos sobre los cuales se cuestionaban a la terapia génica y a la terapia celular.

## **4.2.2. ARMAS BIOLÓGICAS**

### **4.2.2.1. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO EN EL TIPO**

A consideración de este trabajo, el aspecto del bien jurídico-penal único que se protege en este tipo, es *el libre e igualitario desarrollo de la comunidad y su supervivencia*. Este tipo penal no presenta un aspecto individual, y se relaciona más directamente con la manipulación genética que puede darse a nivel de poblaciones humanas<sup>1304</sup>, motivo por el cual se emplea el término comunidad<sup>1305</sup>; frente a ello es necesario recordar que la Genética de poblaciones es la rama de la Genética que analiza los componentes y la evolución de las diferentes poblaciones humanas, para ello, y dentro de las variantes científicas por las que puedan darse cambios en las especies y en el medioambiente, la Genética de poblaciones tiene un papel fundamental en el proceso de adaptación y supervivencia de las especies<sup>1306</sup>. Con la producción y el posible empleo de armas biológicas de segunda generación que introducen organismos modificados genéticamente, y la posibilidad de la creación de armas genéticas mediante

---

<sup>1304</sup> Lacadena Calero, «Delitos relativos a la manipulación...», pp. 210 ss., sobre el uso de manipulación genética en las poblaciones humanas.

<sup>1305</sup> Vid. supra. PS, cap. V, ap. 4.1.2.2.

<sup>1306</sup> González Aguilera, «Genética de las poblaciones», en «Genética...», pp. 446 ss.; el mismo en «Fuentes de variación (2)», en «Genética...», pp. 460-461.



el empleo de virus y bacterias<sup>1307</sup>, por un lado, a muy largo plazo se atendería al genoma de una población determinada<sup>1308</sup>, y en un corto plazo, es más factible que se produzcan deformaciones genéticas en los niños por nacer; mientras que por otra parte, de una forma inmediata se estaría alterando al medioambiente que es parte fundamental para la supervivencia de las especies. Por último, la producción y empleo de este tipo de armas de una forma masiva puede provocar el exterminio biológico de las especies.

#### **4.2.2.2. LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN SOBRE EL ASPECTO SUPRAINDIVIDUAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO Y EL CONSENTIMIENTO**

De entrada se puede afirmar que la libertad de disposición y el consentimiento carecen de total eficacia para la distribución de un aspecto supraindividual como es el que se protege en este tipo de delitos, de tal forma, el individuo pierde toda facultad dispositiva.

El verdadero problema sobre la disposición de un aspecto supraindividual, que conlleva la supervivencia de la especie desde diferentes planteamientos, radica en la legitimidad de la autorización para la producción y empleo de armas biológicas de segunda generación y más aún de armas genéticas<sup>1309</sup>. Concretamente, la polémica radicaría sobre la

---

<sup>1307</sup> Vid. Sorullo, «Armas biológicas...», passim; Benítez Ortúzar, «Artículo...» en «Comentarios al...», p. 845 ss.

<sup>1308</sup> De momento es muy complicado obtener estos efectos, si se tiene en cuenta la gran cantidad de tiempo que toman las modificaciones genéticas en la especie, sin embargo, es más factible la presencia de malformaciones genéticas de los niños que estarían por nacer.

<sup>1309</sup> Sobre este punto se debe tener en cuenta que la existencia de este tipo de armas, sin constatar su producción y empleo, paradójicamente originaron de cara a la opinión

facultad estatal de disponer de aspectos o bienes jurídico-penales supraindividuales en situaciones bélicas, alegando la protección de la seguridad nacional<sup>1310</sup>; sin duda, la colisión de intereses plantea serios cuestionamientos a la legalidad de las autorizaciones, más que al medio por el que se emitan, es así que un Estado en guerra, en un momento determinado, aprueba mediante un estamento gubernamental legítimo, ya sea su parlamento u otro mecanismo legal<sup>1311</sup> la producción y el empleo de armas biológicas en contra de la población enemiga para preservar la seguridad de la nación<sup>1312</sup>. El mismo conflicto se daría en la producción y empleo de esta clase de armas por parte de grupos terroristas que deciden utilizar armas biológicas en contra de una población enemiga, peor aún este caso presenta el agravante de que no cuenta con un mecanismo organizativo legal que avale tal decisión<sup>1313</sup>. En estos dos casos, pese a que

---

pública el conflicto bélico de Irak en 2003, liderado por los Estados Unidos de América del Norte.

<sup>1310</sup> Vid. Neel, «Genetic effects of the atomic bombs», en «Enciclopedia...», pp. 552 ss. en relación a un estudio realizado en Estados Unidos sobre las consecuencias de la radiación y la mutación en los cromosomas luego de Hiroshima.

<sup>1311</sup> Generalmente los legisladores siempre han limitado, en lo posible, el empleo de diferentes clases de armas; una bula papal en 1215-1216, prohibió el uso de la ballesta, lo propio ha ocurrido con las tentativas de limitar la producción de armas químicas y sobre todo en el siglo XX, las armas atómicas.

<sup>1312</sup> Llama la atención la escasa legislación internacional sobre el uso de armas de destrucción masiva, entre las pocas leyes se puede citar al Convenio sobre Prohibición del Desarrollo, Producción y Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción, de 10 de abril de 1972, mientras el Estatuto de la Corte Internacional firmado, en Roma, en 1998, nada dice sobre este tipo de armas; La Convención de armas biológicas de 2006, en general, trata sobre el incremento de la bioseguridad tecnológica y física, como de la aprobación de códigos de conducta para los científicos, de la cooperación y de la asistencia internacionales, la Conferencia ha recibido el apoyo de varios países.

<sup>1313</sup> Sobre el tema, muchos autores hablan de la Era del Bioterrorismo, así: Moreno «Bioethics and Bioterrorism», en «The Oxford...», pp. 721 ss. la situación del empleo de armas biológicas con fines terroristas, ha servido para ultimar mayores medidas de seguridad en algunas naciones, el caso más importante es el de Estados Unidos de América del Norte posterior a los ataques del 11 de septiembre de 2001, es así que de todas las posibles implicaciones por el empleo de armas biológicas dentro del terrorismo, en una forma extrema se considera la posible producción de armas biológicas capaces de atacar ciertas características de grupos raciales, estas

en el primero la decisión se tome por parte de un Estado de Derecho y la aprobación sea mediante algún órgano administrativo legítimo, y en el segundo, se pretenda disponer de un aspecto supraindividual por la decisión de agrupaciones terroristas minoritarias sirviéndose de medios y organizaciones ilegales, las dos decisiones, serían absolutamente inválidas para disponer del libre e igualitario desarrollo de la comunidad y su supervivencia, pues, se estaría frente a una disposición arbitraria no por la naturaleza del órgano del que emana, sino por la naturaleza del bien jurídico-penal o aspecto supraindividual que bien merecería ser tratada por el Derecho penal internacional en atención al principio de justicia internacional<sup>1314</sup>.

#### **4.2.3. ORGANISMOS MODIFICADOS GENÉTICAMENTE**

El artículo 349 del Código penal español tipifica la producción de un peligro concreto por contravenir normas y medidas de seguridad, como se ve en ningún momento se tipifica la creación de OMGs<sup>1315</sup>. Sin embargo, se trata el tema con relación a los delitos relativos a la manipulación genética «*strictu sensu*», porque se aplica las técnicas de Ingeniería genética para la formación de esta clase de organismos<sup>1316</sup>. A pesar de que no consta ninguna tipificación penal, y por la controversia de criterios en cuanto a los efectos nocivos de la aplicación de estas técnicas en animales y plantas<sup>1317</sup>,

---

especulaciones han variado en la actualidad, y la preocupación se relaciona más a la repercusión del Bioterrorismo en los derechos de las personas como es la libertad.

<sup>1314</sup> Con criterio similar: Romeo Malanda, «Intervenciones genéticas...», p. 382-383; Aránquez Sánchez, «La producción de armas biológicas mediante Ingeniería genética», en «Estudios jurídico-penales...», p. 201.

<sup>1315</sup> Los tipos penales relacionados al tema: el art. 325 sobre delito contra el medioambiente y el art. 332 sobre la alteración del hábitat de las especies, no se refieren al acto de modificación del genotipo de las especies.

<sup>1316</sup> Vid. Santos Hernández, «Aplicación de...», p. 279-281, con más detalles sobre las técnicas aplicadas.

<sup>1317</sup> Vid. supra. PS, cap V, ap. 4.1.2.3.

en este trabajo se deja abierto el término: *ESPECIES*, empleado para construir el bien jurídico-penal único que se debe proteger en estos delitos<sup>1318</sup>.

Concretamente, las facultades sobre la libertad de disponer y de consentir sobre la utilización confinada, la comercialización y la liberación controlada de los OMGs en el medioambiente, recaen en la administración pública. La Ley 9/2003, de 26 de abril establece el régimen jurídico para la utilización de organismos modificados genéticamente, dictada de conformidad con la normativa europea sobre el tema, la Ley se limita a regular los requisitos de las actividades de utilización confinada (artículo 7 y siguientes)<sup>1319</sup>, la liberación voluntaria de los OMGs (artículo 12. Régimen de autorización)<sup>1320</sup>, la comercialización de los OMGs (artículo 16 y siguientes)<sup>1321</sup> y dispone sobre los requisitos y pasos que se deben dar para la concesión de la autorización administrativa con el fin de ejecutar estas acciones. Cabe destacar que la Ley se presenta particularmente meticulosa al respecto, es así que contempla el desistimiento de cualquier autorización por silencio administrativo<sup>1322</sup>.

#### **4.2.4. SELECCIÓN DE RAZA<sup>1323</sup>**

---

<sup>1318</sup> En la misma sección, se considera el libre e igualitario desarrollo de las *ESPECIES* y su supervivencia.

<sup>1319</sup> La Ley dispone en el art. 5, que se debe entender por utilización confinada de organismos modificados genéticamente, a cualquier actividad que modifique el material genético de un organismo.

<sup>1320</sup> Se entiende por liberación voluntaria a la introducción deliberada en el medioambiente de los organismos modificados genéticamente con la adopción de las medidas específicas para evitar el contacto con la población y con el medioambiente, a la vez que proporciona un nivel alto de seguridad.

<sup>1321</sup> Con respecto a la comercialización se incluyen los OMGs en sí y los productos que los contengan.

<sup>1322</sup> Disposición adicional cuarta. Silencio administrativo.

<sup>1323</sup> La conducta de selección de raza tipificada en el art. 160.3., se encuentra conjuntamente con la clonación humana, la primera se aborda en el apartado general

#### 4.2.4.1. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL EN EL TIPO

Este tipo penal no deja de ser controversial; en la doctrina existen varias críticas sobre su tipificación en el Código penal y el empleo terminológico correcto<sup>1324</sup>. En relación con el aspecto del bien jurídico-penal único que se protege en este tipo, se considera que es *la identidad genética de la especie humana*<sup>1325</sup>.

Una de las intenciones del legislador fue la de conceder mayor estabilidad y firmeza a la Ley ordinaria penal, que se vería afectada por los cambios que pueden traer los avances científicos<sup>1326</sup>; se considera que este es el fundamento por el que se ha dejado abierta en la redacción del tipo, a los mecanismos de realización del mismo, de esta forma, se redacta: «*por otros procedimientos*», los que indudablemente deben salir de la Biotecnología y concretamente de la Ingeniería genética, la única hasta el momento capaz de modificar directamente el genotipo. Este aspecto lejos de ser pacífico y como no puede ser de otra manera, ha ocasionado críticas por la vaguedad del tema<sup>1327</sup>; pero se espera el perfeccionamiento paulatino de los criterios interpretativos con el fin de conseguir una protección correcta del bien jurídico-penal único que se presenta en estos delitos.

---

concerniente a los delitos de manipulación genética «*strictu sensu*», por tener como base técnica la Ingeniería genética y por consecuencia su aplicación modificaría el genotipo.

<sup>1324</sup> Vid. en este sentido, Romeo Casabona, «Los delitos contra...», pp. 302 ss. Romeo Malanda, «Intervenciones genéticas...», pp. 379-380.

<sup>1325</sup> Vid. supra. PS, cap. V, ap. 4.2.2.2.2.

<sup>1326</sup> En este sentido la declaración de motivos del Código penal de 1995.

<sup>1327</sup> Vid. Romeo Casabona, «Intervenciones genéticas...», p. 302, quien considera que el legislador debió ser más específico sobre los otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza, pues, puede presentarse a confusiones con el delito de genocidio del artículo 607.1.2º, en el momento que tipifica las prácticas de esterilización a grupos de población.

#### **4.2.4.2. LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN SOBRE EL ASPECTO INDIVIDUAL Y SUPRAINDIVIDUAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Sobre el aspecto del bien jurídico-penal único que se protege en este tipo, se considera que presenta una doble dimensión de protección. En relación a la dimensión supraindividual, se protege *la identidad genética de la especie humana*, compuesta por las diferentes razas que constituyen precisamente la identidad genética de la especie, al ser de carácter supraindividual, la libertad de disposición y el consentimiento carecen de facultad alguna para injerir sobre esta dimensión. Por otra parte, el tipo penal está protegiendo una dimensión individual del bien jurídico-penal, que aquí se considera como *la identidad genética del ser humano*, en donde la libre disposición y el consentimiento informado poseen eficacia para disponer de la dimensión individual del bien jurídico conforme lo indique el alcance del tipo.

Ahora bien, con lo dicho y con los criterios que se defienden en este trabajo en cuanto a la forma de proteger los bienes jurídicos y las restricciones al tipo, se considera que el tipo se perfeccionaría si la alteración del genotipo que se produjera por cualquier procedimiento de Ingeniería genética, tiene capacidad de procreación y se puede perpetuar en la descendencia. Al margen de ello, a pesar de que no esté especificado dentro del alcance del tipo, algunas reflexiones se obtienen si se presenta un concurso con el artículo 159, respecto a la permisión de la alteración del genotipo con fines terapéuticos, debido a que en definitiva las dos conductas tienen la misma base material y técnica; en este sentido, tal como se ha manifestado por la

doctrina, se deben considerar algunos tipos de selección racial<sup>1328</sup>. Aquí se propone, una doble interpretación del tipo, de tal forma, que la conducta típica: selección de la raza, por una parte, se refiere a una reprogramación biológica de ciertos caracteres de una raza con una finalidad terapéutica<sup>1329</sup>, lo que estaría permitido, pues, esto en un sentido general conllevaría a la búsqueda de una mejora en la calidad de vida de las futuras generaciones y de la especie humana en general<sup>1330</sup>; pero por otro lado, se puede interpretar como una reprogramación de las características de una «raza dominante» sobre otra considerada como inferior, y tendría una finalidad eugenésica<sup>1331</sup>, lo que afectaría a la identidad genética de la especie

---

<sup>1328</sup> Romeo Casabona, «Los delitos contra...», pp. 302 ss; Romeo Malanda, «Intervenciones genéticas...», pp. 379-380.

<sup>1329</sup> Vid. Estivil, «Genes, herencia y salud», en AAVV, «Genes...», pp. 76, sobre la importancia del estudio del genoma humano para la cura de ciertas enfermedades, pues se tiene que existen variantes genómicas entre los individuos por lo que se explica la variabilidad en la respuesta a ciertas enfermedades y a determinados fármacos. En este sentido el asilamiento de ciertos genes que causan mayores enfermedades en una raza que en otra; Juengst, «Population genetic research and screening: conceptual and ethical issues», en «The Oxford...», pp. 473 ss., el primer intento de utilizar las herramientas genómicas en un estudio a gran escala de la variación genética fue llamado Proyecto de la diversidad del genoma humano, seguido de la práctica del antropologismo psicológico y epistemológico con el objetivo de describir grupos étnicos, lingüísticos y los términos geográficos, en el que participaron biólogos y científicos sociales para construir categorías sociales y entender los patrones del flujo genético de nuestra especie, para el estudio se han tomado una diversidad de etnias y puntos geográficos del planeta, con posterioridad el estudio del Genoma humano tiene una gran importancia dentro de la salud pública e individual; Ayala, Darwin's Gift. To Science and Religion, Joseph Henry Press, USA, 2007, pp. 102 ss. sobre el proceso evolutivo en las diferentes étnicas y la composición del genoma; el mismo: Systematics and the origin of species, Nacional Academies Press, USA, 2005, pp. 267 ss.

<sup>1330</sup> Sobre este tema se puede fundamentar con el amparo de los principios de justicia y de solidaridad para intervenir en el genoma de las generaciones futuras con fines terapéuticos.

<sup>1331</sup> Abellán, Selección genética de embriones. Entre la libertad reproductiva y la eugenesia, Comares, Granada, 2007, p. 152, la eugenesia positiva consiste en favorecer la transmisión de caracteres estimados como deseables mediante el fomento de matrimonios seleccionados, el empleo de semen o gametos de personas con rasgos físicos o intelectuales óptimos, y la eugenesia negativa pretende evitar la transmisión de caracteres no deseables y usa métodos como la esterilización, contracepción, aborto, etc.; Salat-Baroux F, Salat-Baroux, J, Les lois de Bioéthique, Dallos, Paris, 1998, pp. 17 ss. sobre considerar a la prohibición de las prácticas eugenésicas colectivas como principio dentro de la Bioética.

humana, como conjunto de razas que constituyen su identidad y su diversidad genética<sup>1332-1333</sup>.

En relación a la Ingeniería genética perfectiva<sup>1334</sup> que pueda aplicarse como una especie de cirugía plástica genética, de momento se encuentra prohibida por varios motivos; aunque pudiera emplearse un consentimiento por representación, no tiene finalidades terapéuticas, por ende no se sustenta en el principio de solidaridad, ni en el principio de justicia; de igual manera, estas acciones realizarían el tipo debido a que el principal objetivo es el nacimiento de niños con determinadas características genéticas, y mediante la reproducción y el proceso de alumbramiento, el genotipo alterado pasa a la descendencia.

---

<sup>1332</sup> En este sentido, también se afectaría la diversidad genética de la especie humana, al tratar de eliminar el contingente genético que aporta una raza, y sus consecuencias sobre el sistema inmunitario y la supervivencia de la especie.

<sup>1333</sup> Acerca del tema, y concretamente sobre la relación del sistema inmunológico, la recombinación genética natural y las enfermedades: Pierce, *Genética. Un enfoque conceptual*, 2.<sup>a</sup> edic., Ed. Médica Panamericana, Madrid, 2006, pp. 620 ss. y 676 ss. señala que la Inmunogenética es la encargada de estudiar la influencia de los genes sobre el sistema inmunitario y su repercusión en varias enfermedades como el cáncer. El autor cita nombra el caso de los antecedentes genéticos de Tristan da Cunha, una isla ubicada en el Atlántico Sur, cuya población descende de un grupo reducido de colonos y se encuentra emparentada entre sí por varios siglos, la mayoría de los miembros padece problemas de asma.

<sup>1334</sup> Vid. Gafo, *Hacia un mundo feliz*, Sociedad de educación de Atenas, Madrid, 1987, p. 122, en relación a la Ingeniería genética o cirugía genética que pretende la manipulación de genes con el fin de obtener ciertos rasgos determinados; Izquierdo Rojas, «La terapia génica. Nuestro cuerpo fabrica los medicamentos para curarnos», en AAVV, *Gentes y Genes*, título de las conferencias impartidas en Barcelona, con el apoyo del Institut de Cultura-Adjuntament de Barcelona, Residencia d'Investigadors CSIC-Generalitat de Catalunya y Novartis, 2001, p. 47, sobre la terapia génica de enfermedades «cosméticas», como la obesidad, el enanismo, la calvicie que no son enfermedades o situaciones mortales, con ello se pretende aumentar la calidad de vida del individuo, pero no se incide sobre su supervivencia; Cardona, «Genética. De Darwin...», pp. 139 ss., sobre la relación de la Genética y las ideas políticas, así, el nacionalsocialismo en Alemania, la discriminación a los negros en Estados Unidos de América del Norte, todas estas tendencias presentan inclinaciones eugenésicas de mejorar la raza en atención a la correcta mezcla genética entre los miembros de una determinada raza; Abellán, «Selección genética...», pp. 6 ss. sobre la dificultad de distinguir la finalidad terapéutica y de la perfeccionadora, las últimas cada vez son más requeridas por los pacientes al amparo del derecho a la libertad de elegir y mejorar la calidad de vida.



Con todo ello, se concluye que en este tipo se debería dar una interpretación amplia de la selección de raza, con ello, se puede permitir una reprogramación biológica con fines terapéuticos, legitimada y viabilizada por la libertad de disposición y el consentimiento informado, sin que se afecte a la identidad de la especie humana, más bien, que se pretenda una calidad de vida óptima para las generaciones futuras, aspecto que estaría perfectamente justificado por los principios de justicia y de solidaridad. De existir una selección de raza con fines eugenésicos, no únicamente realizaría el tipo, sino que entraría en concurso con otros delitos como el genocidio, delito de lesiones y el propio de alteración del genotipo sin fines terapéuticos.

### **4.3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA «SENSU LATO»**

#### **4.3.1. FECUNDACIÓN DE ÓVULOS HUMANOS CON FINES DISTINTOS A LA PROCREACIÓN**

##### **4.3.1.1. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO EN EL TIPO**

Este tipo presenta planteamientos interesantes, sin dejar de ser cuestionado por su redacción y sobre las objeciones realizadas en relación a la confusión con otras figuras como la experimentación e investigación sobre embriones y la producción de híbridos y quimeras<sup>1335</sup>. El aspecto más

---

<sup>1335</sup> En este sentido, Romeo Malanda, *Intervenciones genéticas...*, pp. 384 ss. Cruz Blanca, «Delitos conexos a las técnicas de reproducción asistida: fecundación con fines

trascendente que presenta el tratamiento de este delito dentro de los relativos a la manipulación genética es respecto a la protección jurídica del embrión humano<sup>1336</sup>. Si bien el tipo penal limita la fecundación de óvulos con fines de reproducción, al mismo tiempo la legislación especial, está regulando sobre la experimentación e investigación científica sobre embriones y la producción de híbridos y quimeras<sup>1337</sup>. Por lo tanto, no se puede otorgar al tipo una interpretación extensiva en este sentido, pues, se estaría contrariado al principio *non bis in idem* con relación a la duplicidad de sanciones<sup>1338</sup>.

El tipo destaca la finalidad de procreación humana, como elemento subjetivo, razón por la cual para determinar el aspecto del bien jurídico-penal único que se protegen en estos delitos, se considera que es la misma *procreación humana* lo que se defiende<sup>1339</sup>, como mecanismo biológico para la multiplicación de la especie, lo que permite el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia. La procreación tiene una importancia indiscutible dentro del mantenimiento de las especies, ya sea de forma natural o artificial, es el único mecanismo que permite la reproducción de las especies y por ende la supervivencia de las mismas sobre el planeta.

#### **4.3.1.2. LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN SOBRE EL ASPECTO INDIVIDUAL Y SUPRAINDIVIDUAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO Y EL CONSENTIMIENTO**

---

no reproductivos, creación de seres humanos por clonación y otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza», en «Estudio jurídico-penales...», pp. 203-213.

<sup>1336</sup> Vid. supra. PS, cap. V, ap. 4.2.1.4. sobre la protección de la vida prenatal.

<sup>1337</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación Biomédica.

<sup>1338</sup> Vid. supra. PS, cap. V, ap. 4.2.1.2.

<sup>1339</sup> Vid. supra. PS, cap. V, ap. 4.2.1.2, con mayor detalles.

## **INFORMADO: RELATIVIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL EMBRIÓN HUMANO**

En relación a la libertad de disposición mediante el consentimiento informado o sobre el aspecto supraindividual del bien jurídico-penal único, por la naturaleza de este aspecto queda fuera del ejercicio de la libertad de disposición y del consentimiento<sup>1340</sup>. Ahora bien, es el aspecto individual el que presenta varias alternativas y conforme a lo que en sus momento se analizó sobre la protección al embrión humano<sup>1341</sup>, se puede concluir que por la relatividad de su protección, dependiendo de la legislación y del lugar, será válida o no la libre disposición y el consentimiento sobre los embriones, embriones tempranos o preembriones.

De acuerdo a esta relatividad respecto a la protección del embrión, en Europa existe mayor eficacia de la libertad de disposición y del consentimiento sobre el embrión. Mientras que en el caso de América, se presenta una situación más uniforme con respecto al criterio de que la vida está protegida desde el momento de la concepción; en consecuencia la libre disposición y el consentimiento carecen de eficacia<sup>1342</sup>.

---

<sup>1340</sup> Se considera al principio del consentimiento general porque no siempre proceden los requisitos especiales del consentimiento informado dentro de la procreación humana, por la amplitud de acto biológico como tal.

<sup>1341</sup> Vid. *supra*, PS, cap. VII, ap. 4.2.1.4.

<sup>1342</sup> Con relación al consentimiento, del artículo 4 de la Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Puerto Rico), se desprende que este carece de validez para disponer de la vida, la cual es protegida expresamente desde el momento de la concepción. La Convención americana ha sido firmada y ratificada por la mayoría de estados pertenecientes a la OEA (Organización de Estados Americanos), a excepción de los Estados Unidos de América del Norte, que en primera instancia firmó la Convención (06/01/1977) pero no presentó una ratificación posterior. Por otra parte, los países y colonias americanas que no son parte de la Convención son: Canadá, Guyana, Santa Lucía, Sant Kitts y Nevis, St. Vicente & Grenadines, Antigua y Barbuda, Bahamas y Belice.

Con ello se concluye que la protección del embrión a nivel mundial siempre será un tema polémico, especialmente, en cuanto a llegar a un consenso bioético sobre el tema. Visto así, la máxima popular que afirma «todo depende con el cristal con el que se mire», es plenamente aplicable a un tema tan neurálgico para la sociedad como es la protección del embrión humano; con todo ello, se puede decir que la libertad de disposición y el consentimiento dependerán de la legislación y del lugar donde se realice este tipo penal o algún acto similar en el cual se involucre al embrión humano.

#### **4.3.1.3. EXPERIMENTACIÓN E INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA SOBRE EMBRIONES HUMANOS Y EL CONSENTIMIENTO**

Sin volver al análisis de la legislación española sobre el tema<sup>1343</sup>, la que sigue los parámetros recomendados por las diferentes directivas europeas, se considera que al protegerse al embrión a partir de los catorce días luego de la concepción, se puede apreciar que el preembrión o embrión temprano<sup>1344</sup>, los padres o la madre soltera pueden ejercer su libertad de disposición y mediante el consentimiento informado permitir el uso del embrión temprano para la investigación científica, conforme a los requisitos que la Ley contemple<sup>1345</sup>.

---

<sup>1343</sup> Vid. supra. PT, cap VII, ap. 3.2.3.1, respecto a la legislación y a la jurisprudencia existente sobre el consentimiento informado y la representación legal dentro de la Biotecnología.

<sup>1344</sup> Vid. con mayores críticas al concepto de preembrión, Nombela, «Células madre...», pp. 6 y 212, el autor emplea la denominación embriones tempranos para referir este concepto y rechaza el consentimiento para disponer de las células madres o troncales.

<sup>1345</sup> Ley 14/2006, sobre reproducción asistida, art. 11.

Los nuevos planteamientos, tanto europeos y españoles, sobre este tema se han dado luego de muchos años de consideraciones bioéticas<sup>1346</sup> con el fin de llegar al consenso legislativo por el cual han visto la luz dichas modificaciones permisivas a la libre disposición y al consentimiento informado en referencia a los embriones tempranos o preembriones. En conformidad con ello, las leyes pertinentes asignan una especial relevancia al consentimiento informado sobre estos aspectos<sup>1347</sup>, pues, conjuntamente con el consentimiento informado individual, existe un control estatal respecto a los proyectos en los que serán empleados los preembriones y un control social a través del Comité de Bioética de España<sup>1348</sup>. De tal forma, que la libertad de disposición y el consentimiento para las prácticas de experimentación e investigación con embriones humanos, muestran una triple vía: individual, estatal y social, así los resultados que se pretenden obtener de las investigaciones tienen el objetivo de solucionar muchas enfermedades con el fin de evitar prácticas perjudiciales para la supervivencia de la especie en general, y más bien garantizar el libre e igualitario desarrollo de las especies con una calidad de vida óptima.

#### **4.3.2. CREACIÓN DE SERES IDÉNTICOS POR CLONACIÓN**

##### **4.3.2.1. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO EN EL TIPO**

---

<sup>1346</sup> En este sentido, Serrao, «Ethical aspects of human somatic cell therapy», en «Cell...», pp. 82 ss.

<sup>1347</sup> Vid. Silva Sánchez, «Libertad de terapia...», pp. 190-191; Eser, «Problemas de Justificación...», en «Derecho penal...», pp. 29 ss., sobre la importancia del consentimiento informado dentro de la investigación y experimentación.

<sup>1348</sup> Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación Biomédica sobre autorizaciones a los proyectos de investigación por parte de organismos estatales y la creación del Comité de Bioética.

La conducta típica en este delito es precisamente la creación de seres idénticos por clonación, y el aspecto que se protege como parte del bien jurídico-penal único es *la diversidad de la especie*; frente a esta afirmación se hace hincapié en lo imprescindible que resulta la doble dotación genética<sup>1349</sup> para la descendencia, de cara a la preservación del sistema inmunológico. Es pues, precisamente, la diversidad la que permite el refuerzo del sistema inmunológico y la supervivencia de la especie<sup>1350</sup>, razón por la cual, se considera que el aspecto a protegerse en este tipo no puede ser otro que la diversidad de la especie humana<sup>1351</sup> que se vería afectada si se opta por la clonación como una técnica de reproducción humana. Se debe señalar que el objeto material de la acción serían las células y el embrión humano sobre los cuales se practiquen estas técnicas.

#### **4.3.2.2. LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN SOBRE EL ASPECTO INDIVIDUAL Y SUPRAINDIVIDUAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

En lo relacionado a la libertad de disposición y al consentimiento informado, primeramente, se debe tener en cuenta que para realizar el tipo

---

<sup>1349</sup> A través de los gametos masculino y femenino (espermatozoide y óvulo).

<sup>1350</sup> William, «The Immune System: An Introduction», en *Fundamental Immunology*, 1.<sup>a</sup> edic., William ed., Lippincott Williams & Wilkins, USA, 2003, pp. 1 ss. Medzgutivm «The Innate Immune System», en *Fundamental...*, pp. 497 ss. concretamente el autor se refiere a la adaptación del sistema inmunológico de los vertebrados y su genes; Flajnik, Millar, Du Pasquier, «Evolution of the Immune System», en «Fundamental...», pp. 519 ss. Taccioli, «Molecular Genetics of Antibody Diversity», en *Immunology, Infection, and Immunity*, Pier, Lyczak, Wetzler (eds.), ASM Press, 2004, pp. 145 ss. Roitt y Delves, *Inmunología. Fundamentos*, 10<sup>a</sup> edic., Ed. Médica Panamericana, Argentina, 2003, pp. 238, los autores analizan sobre la influencia de los factores genéticos y la respuesta inmune; Raff, Kaufman, *Embryos, Genes and Evolution*, Indiana Universit Press, USA, 1991, pp. 25 ss.

<sup>1351</sup> La especial referencia a la especie humana no indica que a la postre se quiera proteger la diversidad genética de la especie animal, puesto que en la actualidad los animales son a los que se les aplica esta técnica.

conforme a la forma de protección que se les confiere a las dimensiones del bien jurídico-penal único, se estaría en el mismo caso que en la alteración del genotipo (artículo 159). En este sentido, la libertad de disposición y el consentimiento informado no tienen efectividad en este tipo penal en relación a la dimensión supraindividual del bien jurídico-penal único: la diversidad de la especie. Sin embargo, como también se protege una dimensión individual que es la *doble dotación genética del ser humano* y en atención a la protección acumulativa y a la restricción general de los tipos que se plantea para estos delitos, se diría que la libertad de disposición y el consentimiento informado tienen validez únicamente para la dimensión individual, siempre y cuando no se transmitan a la descendencia y se perfeccione el tipo al afectar a la diversidad de la especie humana. Esta interpretación de ser aplicada jurisprudencialmente en algún momento, contradice a muchos convenios internacionales y legislaciones nacionales que expresamente prohíben la clonación con fines reproductivos; pero por otra parte, esta interpretación pudiera aplicarse para los casos de clonación terapéutica.

#### **4.3.2.3. LA PROBLEMÁTICA DE LA CLONACIÓN TERAPÉUTICA Y LA NECESIDAD DE SU LEGISLACIÓN**

La clonación terapéutica es objeto de planteamientos encontrados por motivos éticos en cuanto a la técnica que se emplea y al uso que se hace de los embriones<sup>1352</sup>. En este sentido, al iniciar el proceso técnico de la clonación terapéutica<sup>1353</sup>, se daría paso a la creación de embriones humanos con fines de experimentación y no de procreación, con lo que se realiza a

---

<sup>1352</sup> Con este criterio entre otros: Riverditi, «Clonazione: riflessioni», en *Bioetica e Diritto penale*, Marini (ed.), Giappichelli Ed., Torino, 2002, pp. 118 ss.

<sup>1353</sup> Vid. Nombela, *Células madres...*», p. 102; Mepham, *Bioethics. An introduction for the Biosciences*, Oxford University press, 2005, pp. 138 ss.

simple vista el tipo del artículo 160.2., sobre la fecundación de óvulos sin fines reproductivos; este aspecto puede ser rebatido desde el punto de vista técnico<sup>1354</sup>. Posteriormente, se pasa a una etapa en la cual se obtienen células madre derivadas de los embriones somáticos clónicos<sup>1355</sup>, cuyas células son genéticamente idénticas a las de los organismos clonados y por ende, con la persona de la que procediera el núcleo transferido. De esta forma, la histocompatibilidad inmunológica<sup>1356</sup> justificaría la clonación humana controlada a la que se la denomina como clonación terapéutica. Dentro de este marco técnico, si se aplica la protección acumulativa y la restricción del tipo<sup>1357</sup>, se daría paso a la clonación terapéutica pero con el único fin de obtener las células para ser transferidas, y el destino de los embriones quedaría a cargo de la relativa protección que estos tienen, así bien serían destruidos antes de los catorce días o bien se los crioconservaría como bancos de embriones somáticos<sup>1358</sup>.

La interpretación que se ha realizado no deja de ser cuestionable desde el punto de vista ético, por lo tanto, se requiere un pronunciamiento legislativo<sup>1359</sup> en base a un consenso bioético sobre la controversia que

---

<sup>1354</sup> Debido a que en la técnica de clonación no se necesita fecundar el óvulo tal como manda el tipo del art. 162.3., sino el proceso es mediante transferencia del núcleo del ovocito o de una célula, en donde la fecundación por medio de gametos no se existe, Vid. infra, ap. C, con más detalle sobre la técnica de clonación.

<sup>1355</sup> Término acuñado por el profesor Lacadena Calero, para designar a la estructura que dio lugar a la oveja clonada (Dolly), y que diferencia de los embriones gaméticos originados por la fecundación de un óvulo y un espermatozoide, también los embriones somáticos tienen la facultad de crear un ser completo.

<sup>1356</sup> Este aspecto es el principal argumento que se esgrime para defender la clonación terapéutica.

<sup>1357</sup> Por considerarse que no se realiza la clonación terapéutica con un fin reproductivo sino terapéutico.

<sup>1358</sup> A criterio de Nombela, «Células madre...», p. 109, la crioconservación de embriones somáticos ha sido considerada desde que se iniciaron los debates sobre la clonación terapéutica, así se contaría con una reserva para el tratamiento de ciertas enfermedades.

<sup>1359</sup> Se conoce que el Gobierno español está planteándose proponer la correspondiente legislación sobre clonación terapéutica.



plantea la clonación terapéutica<sup>1360</sup>, pese a que en países como Gran Bretaña, Corea y en los Estados Unidos de América del Norte esta clase de clonación se encuentra legislada<sup>1361</sup>. También existen otras alternativas para el tratamiento de las enfermedades posiblemente curables mediante esta técnica, como es la aplicación de la Medicina regenerativa con células madre adultas.

### **4.3.3. REPRODUCCIÓN ASISTIDA SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER**

#### **4.3.3.1. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO EN EL TIPO**

La tipificación de la reproducción asistida sin el consentimiento de la mujer ha sido muy criticada en cuanto a su introducción en este tipo penal por una supuesta subsunción dentro del delito de coacciones<sup>1362</sup>. Parte de la doctrina está de acuerdo con la inclusión de este delito en el Título correspondiente a los delitos relativos a la manipulación genética, y en lo principal se sostiene que este tipo contiene un plus de lesividad, así conjuntamente con la protección de la libertad se está protegiendo la procreación<sup>1363</sup>.

---

<sup>1360</sup> Vid. Cruz Blanca, «Delitos conexos a las técnicas de reproducción asistida...» en «Estudios jurídicos-penales...», p. 215, Benítez Ortúnaz, «El ordenamiento jurídico ante la clonación. CPC, núm. 79, 1993, pp. 54 ss., a pesar de que a la clonación terapéutica se le concede muchas expectativas para la cura de enfermedades, como el Parkinson.

<sup>1361</sup> En donde la permisón se sustenta sobre la procedencia de los medios económicos más que en ninguna consideración de otro orden, así, todo se puede hacer siempre que no sea financiado con fondos del Estado.

<sup>1362</sup> Vid. en este sentido, entre otros: Romeo Casabona, «Los delitos contra la vida...», p. 322.

<sup>1363</sup> A favor, como ya se citó anteriormente: Valle Muñiz y González González, en «Utilización...», p. 39. quienes realizan la referencia al plus de lesividad; Romeo Casabona, «Los delitos contra la vida...», p. 323; Romeo Malanda, «Intervenciones genéticas...», p. 383, en contra y de acuerdo con una reubicación del tipo.

En concordancia con la construcción dogmática que se ha efectuado para concluir con la existencia de un bien jurídico-penal único en estos delitos, se consideró como fundamento a los principios tales como la vida, con su reinterpretación constitucional, por lo que, con apego al concepto de mutación constitucional se tendría a la supervivencia de la especie humana como bien jurídico-penal. Junto con este principio se alegó el principio de libertad y de igualdad, fundamentales para conseguir una evolución equilibrada de las especies y por lo tanto de su supervivencia<sup>1364</sup>. Con estos criterios, se sostiene que con el amparo en el derecho a la libertad, en estos delitos se pueden proteger a los tipos relacionados a la libertad con matices conexos a la Biotecnología. Es así, que si se tiene en cuenta que las técnicas de reproducción asistida pertenecen al campo biotecnológico y/o a la manipulación genética «*sensu lato*», se justifica que el aspecto protegido del bien jurídico-penal único, en este tipo, sea la libertad de procreación como mecanismo para el desarrollo de las especies y de su supervivencia.

#### **4.3.3.2. LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN SOBRE EL ASPECTO INDIVIDUAL Y SUPRAINDIVIDUAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL ÚNICO Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

El aspecto protegido en este tipo posee dos dimensiones, a pesar de estar más relacionado con la *libertad de procreación de la mujer* (dimensión individual)<sup>1365</sup>, se considera que de la misma manera se está protegiendo

---

<sup>1364</sup> Vid. supra, PS, cap. V, ap. 2.

<sup>1365</sup> Abellán, «Selección genética...», pp. 140 ss. sobre las bases morales del concepto de libertad reproductiva que se encuentran en la autodeterminación o autonomía personal lo que contribuye al bien y bienestar de los individuos y a la igualdad de expectativas y oportunidades que generan hombres y mujeres. A más de estos soportes generales, se presentan otras facultades de la libertad reproductiva, como la opción de escoger el

una dimensión supraindividual, contenida en la *libertad de procreación como mecanismo para el desarrollo de las especies y su supervivencia*, sobre la cual la libertad de disposición y el consentimiento informado carecen de efectividad; este contexto supraindividual es indispensable dentro de la protección del delito, pues, es una protección a gran escala de la libertad individual de procreación<sup>1366</sup>. Dentro de la dimensión individual del aspecto protegido, se tiene precisamente a la libertad de procreación de la mujer como mecanismo para el desarrollo de la especie y su supervivencia. En esta dimensión, la libertad de disposición y el consentimiento son una clara expresión del principio de la autonomía de la libertad y del principio del consentimiento. Por ende, se establece una conexión directa con los principios de naturaleza individual que limitan al *Ius puniendi* del Estado, con lo cual se considera que se encuentra más que justificada la tipificación de los actos que contraríen a la libertad de procreación de la mujer.

Con relación a la clase de consentimiento que se emplea por el tipo, y como se alegó con anterioridad, se debería interpretar que el tipo penal exige un consentimiento informado, pues, se está en una área propia para esto, en donde el consentimiento general no cubre todos los pormenores o elementos que requieren estos actos, como es la información de los riesgos, que debe conocer el paciente antes de someterse a cualquier técnica<sup>1367</sup>. Si

---

método, el momento, la cantidad de hijos, con quién tenerlos, las condiciones sociales, el procrear hijos biológicamente emparentados, etc.

<sup>1366</sup> Vid. De la Cuesta Aguado, *La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales (Análisis del tipo objetivo del artículo 162 del Código penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 95, está de acuerdo con una protección supraindividual en este tipo y empleando el término macro para designar el valor que tiene este tipo de protección como una protección macrosocial.

<sup>1367</sup> Al respecto Romeo Casabona, «Los delitos contra la vida...», pp. 327-328, de acuerdo con la aplicación de los requisitos del consentimiento general en este tipo, a la vez que menciona algunos problemas que se presentarían por los vicios del consentimiento, como el engaño sobre el origen del semen entre otros.

bien conscientes de la independencia de la Ley administrativa, en este caso de la Ley de reproducción asistida que requiere el consentimiento informado, en cuanto a la Ley penal se considera que se debe entender al consentimiento como un elemento normativo del tipo y por lo tanto, se aplicarían los requisitos del consentimiento que contiene la Ley especial, es decir, la Ley de reproducción asistida. Sin embargo, si se entiende al consentimiento como elemento descriptivo del tipo, queda a cargo del juez interpretar qué clase de consentimiento es válido<sup>1368</sup>, de tal forma que el juez en su interpretación puede emplear los requisitos del consentimiento informado<sup>1369</sup>, ya sea visto el consentimiento en este tipo como elemento normativo o descriptivo. La consecuencia ineludible sería la aplicación de los requisitos del consentimiento informado y así se conseguiría por un lado, una unificación del Ordenamiento jurídico en relación al tratamiento y a la eficacia del consentimiento informado en los todos los temas relacionados con la Biotecnología y el Derecho médico, y por otro, se evita en la manera de lo posible, los casos que puedan producirse por los vicios del consentimiento general dentro de la reproducción asistida como son la publicidad engañosa, el parto múltiple, el empleo de nuevas técnicas con menor riesgo, el fraude en el tratamiento, fraude en el semen, extracciones del óvulo en mayor número del consentido<sup>1370</sup>, pues, para evitar todas estas consecuencias posteriores, el consentimiento informado mediante el

---

<sup>1368</sup> Vid. De la Cuesta Aguado, «La reproducción asistida...», pp. 110-111, expone este criterio, sin embargo se decanta en atención a la independencia del Derecho penal por considerar al consentimiento como elemento descriptivo del tipo.

<sup>1369</sup> En el mismo sentido, Martínez de Aguirre, Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida, en AAVV El Juez Civil ante la Investigación Biomédica, CDJ, 2004, p. 262, aboga por la necesidad de que el consentimiento informado debe ser otorgado por escrito dentro de la práctica de las técnicas de reproducción asistida; Nicolás Jiménez, «Consentimiento informado del paciente: algunos casos específicos», en «La Responsabilidad...», p. 151, se refiere exclusivamente al consentimiento informado en los casos de reproducción asistida.

<sup>1370</sup> Vid. De la Cuesta Aguado, «La reproducción asistida...», pp. 112 ss.

correspondiente aviso de todos los riesgos, evitaría en la medida de lo posible estas circunstancias anexas.

Con lo dicho, amerita retirar las sanciones generales sobre la falta del consentimiento para la práctica de la reproducción asistida de la Ley de reproducción. Sería muy útil delimitar qué circunstancias deben ser sancionadas por vía administrativa y dejar para la vía penal los casos más graves de falta de consentimiento informado en la práctica de las técnicas de reproducción asistida sobre la mujer, con el fin de proteger la libertad de procreación de la mujer como mecanismo para el desarrollo de la especie y de su supervivencia<sup>1371</sup>.

## **5. ALGUNAS REFLEXIONES RELACIONADAS AL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD Y SU VINCULACIÓN CON EL CONSENTIMIENTO**

En este apartado se agrupan varios temas diferentes pero relacionados entre sí, con el único objetivo de plantear la vinculación que existe entre el principio de autorresponsabilidad y el principio del consentimiento, que conforme a este trabajo se agrupan dentro de los principios de naturaleza individual que limita al *Ius puniendi* del Estado. Con este objetivo se parte con un estudio sobre la relación entre la libertad y la culpabilidad, para luego pasar a la imprudencia dentro de un tipo concreto y finalmente, presentar algunas reflexiones sobre la incidencia del consentimiento

---

<sup>1371</sup> En este sentido, el art. 26, lit. b. dentro de las infracciones graves, en el núm. 3, considera a la omisión del consentimiento y su sanción es una multa de 1000 a 10 000 euros (art. 27), esta disposición tiende a confundir y pensarse en la existencia de una doble sanción, por lo que se debe delimitar con mayor claridad la ausencia del consentimiento dentro de la reproducción asistida para que sea considerado como un delito (art. 161) merecedor de una sanción penal, mientras que si es considerado como una infracción grave estaría sujeta a una sanción administrativa.

informado y la imputación de la víctima dentro del marco de los delitos de manipulación genética.

## **5.1. ENTRE LA LIBERTAD Y LA CULPABILIDAD**

La libertad, su definición y sus aspectos fundamentales van más allá de un estudio rápido, así se aprecia en la infinidad de trabajos que abordan sobre este tema; a pesar de ello, aun se presentan cuestiones sin solución y que seguirán evolucionando conforme a los criterios sociales de libertad y a los avances físicos sobre ciertos procesos<sup>1372</sup>. De acuerdo al análisis realizado relativos a la libertad y el consentimiento, se expuso que el concepto o el criterio que se puede tener sobre la libertad, tanto en ámbitos estatales como individuales, ha sido objeto de continua variación, es diferente la concepción de libertad y de consentimiento que se tenía en las sociedades feudales, de las que se adquiere en un sistema democrático, incluso dentro de este se pueden ver modificaciones de sus aspectos fundamentales<sup>1373</sup>.

Sobre la relación existente entre la libertad y los principios de naturaleza individual, conforme a la visión que se enfoca en el presente trabajo, este bien tanpreciado es el fundamento y uno de los principales pilares de la Constitución, y otorga validez a los principios de naturaleza individual, de tal suerte que las consecuencias de la libertad, como la libertad de acción y la libertad de disposición, se unen entre sí y sirven de fundamento a los principios.

---

<sup>1372</sup> Prat Westerlindh, «El fin del Derecho penal: La libertad», en «Dogmática y...», pp. 721 ss. con un estudio interesantes sobre la libertad y otras figuras del Derecho penal, como la tentativa, los delitos de peligro entre otros, concluye que el Derecho penal no es un conjunto normativo del Estado y para el Estado, sino que también es un Derecho que atañe directamente al individuo, a su libertad consigo mismo y con los demás.

<sup>1373</sup> Vid. supra. P.T. Cap.VII, 2.1, 2.1.1, 2.1.2, 2.2, 2.2.1, 2.2.2.

Retomando una idea ya expuesta<sup>1374</sup>, dentro del proceso con el cual se delimita la responsabilidad por el hecho y la responsabilidad jurídica con la presencia de los principios de naturaleza individual (autonomía de la voluntad, consentimiento y autorresponsabilidad), se considera que la manifestación de la libertad genera responsabilidad jurídica por el hecho o exculpa toda responsabilidad<sup>1375</sup>. En relación a la evolución del hecho con fines de imputación de una conducta al autor, la libertad es el parámetro principal para fundamentar la culpabilidad del sujeto<sup>1376</sup>, así se justifica la preocupación doctrinal filosófica y penal por el tema. Tal como se advirtió, se considera que la libertad no está sujeta únicamente a elementos

---

<sup>1374</sup> Vid. PT, cap. VI, ap. 3.2.3.3.4.

<sup>1375</sup> Fernández Molina, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica...», pp. 170 ss. si bien considera que existen diferentes clases de responsabilidad ya enunciadas en estudios anteriores, divide a la responsabilidad en dos categorías que abarcarían las demás citadas por otros autores, es así, que se tiene: 1. la responsabilidad como origen del hecho, este tipo de responsabilidad mira al pasado, y es la conexión entre el hecho y otros hechos antecedentes que guardan una conexión genética (relación causal). Los tipos de conexión que se dan son: a. Conexión entre el hecho y el antecedente, lo que genera la responsabilidad como causalidad, b. La conexión subjetiva o responsabilidad moral. Si bien se admiten otros niveles y se pueden excluir algunos de ellos, la que no puede quedar al margen es la responsabilidad subjetiva o culpabilidad. Aquí la responsabilidad de actuar de forma diferente, incluye la libertad de voluntad como fundamento de la responsabilidad lo que ha ocasionado la vieja polémica sobre la libertad de la voluntad en el Derecho penal, por lo tanto, se puede concluir, que se tiene dos tipos de responsabilidad: a. La responsabilidad o imputación subjetiva, relacionada a la libertad, y b) La responsabilidad jurídica, por la imposición de las consecuencias lesivas que cumplen con ciertos presupuestos. 2. La responsabilidad jurídica siempre ve al futuro no al pasado, esta se refiere a las consecuencias y no a las circunstancias que la originaron, así es responsable quien tiene que hacerse cargo por los efectos perjudiciales del hecho, es decir quien responde por el; Gardner, «The Mark of Responsibility», OJLS, vol. 23, 2003, pp. 157, desde un punto de vista más pragmático el autor se refiere a los errores comunes sobre la responsabilidad, así se tiene la afirmación que la responsabilidad va en contra de los intereses personales; la responsabilidad de las acciones se fija solo en el momento que se actúa y la responsabilidad para con alguien no es completa, únicamente en parte.

<sup>1376</sup> Vid. como información: Welzel, Estudios de Derecho penal, Ed. B&F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, pp. 70 ss. sobre el principio de culpabilidad en relación a la doctrina de la acción final; Righi, «Culpabilidad y libertad», en «Dogmática y...», pp. 795; Piña Rochefort, «Rol social y...», pp. 333, aboga sobre un concepto funcional de la culpabilidad y de la libertad dentro del sistema, en este sentido la cláusula operativa del sistema implica la necesidad de revalidar el concepto de libertad y mediante ella, se produce la reconfiguración de la libertad para el sistema jurídico-penal.

deterministas y a la ley de la causalidad, con ello se conjugan otros elementos que a decir de los autores son irreconciliables, como es el indeterminismo y el apego a algunas leyes físicas como la teoría cuántica entre otras<sup>1377</sup>. Visto de esta forma lo enunciado se enmarca con mayor medida dentro de la Teoría complementaria que propugna la unión entre el determinismo y el indeterminismo<sup>1378</sup>; al margen de estas teorías las propuestas doctrinales han sido muy variadas y presentan sus puntos de acierto como críticas en su contra<sup>1379</sup>.

Ahora bien, el interrogante que buscaría una explicación física de soporte dentro del proceso espacio-temporal, es justificar el porqué de la unión de dos parámetros que se consideran indiscutiblemente separados e irreconciliables, como son el determinismo y el indeterminismo. Al margen de las concepciones netamente teóricas del proceso de imputación y la observación de la libertad de voluntad, el proceso general presenta algunas

---

<sup>1377</sup> Vid. Popper, «Teoría cuántica...», pp. 123 ss. indica que desde el punto de vista de la interpretación estadística de las probabilidades, propuesta por Venn o por Von Mises, los enunciados de probabilidades singulares son singulares solo en la forma (o «formalmente singulares»), en realidad, deben interpretarse con ayuda de enunciados estadísticos sobre poblaciones o colectivos de cierto tipo. La interpretación estadística presenta un lado objetivo, esto se conoce como la objetividad en mecánica estadística y consiste en interpretar las posibilidades de una manera objetiva o de una forma puramente estadística, como ejemplo se puede citar un hecho irreversible y cognoscible por todos, así se tiene lo que puede suceder con una gran campana de vacío, vaciada, en la que se coloca un frasco de medicamentos lleno de aire, luego se destapa el frasco y al salir el aire el contenido se distribuye espontáneamente en el frasco, en definitiva esta interpretación de las probabilidades, es un proceso irreversible que trata de explicar un hecho son válidas independientemente del estado de conocimiento o ignorancia respecto a las condiciones iniciales, reales y detalladas de las moléculas implicadas; mientras que la interpretación subjetivista de la mecánica estadística, afirma que la irreversibilidad de los hechos es producto de nuestra ignorancia sobre los detalles.

<sup>1378</sup> Vid. Schünemann, «Libertad de voluntad y...», p. 28, se presenta en contra de la Teoría complementaria como enunciado dogmático jurídico dentro del Derecho alemán.

<sup>1379</sup> Fernández Molina, «Presupuestos de...», pp. 211 ss., un resumen de las teorías sobre la libertad y sus críticas, entre ellas constan: Teoría del determinismo, Teoría del indeterminismo, Teoría del compatibilismo, el poder medio, la presunción normativa de la libertad (Roxin), la Teoría de la negación de la libertad como base de la responsabilidad (una solución ecléctica presentada por el autor).



variantes y ocupa diversas realidades a la vez, por lo tanto, no puede ser cubierta única y exclusivamente por una teoría, y en relación a este aspecto nada está definitivamente dicho. Como prueba de ello, es interesante observar las continuas aportaciones sociales y de la ciencia para solucionar el tema. Así, la libertad de la voluntad que aquí interesa, se ve determinada por ciertos factores externos anteriores al hecho o que concurren en su momento, de tal suerte, que a simple vista condicionan la conducta del sujeto, pues varios de ellos están presentes por razones ajenas a las circunstancias del momento. Por citar algunos ejemplos, en el caso de una enfermedad hereditaria hace que un individuo pueda interesarse por alguna práctica biotecnológica como la reproducción asistida o la alteración del genotipo con fines terapéuticos<sup>1380</sup>. En otros campos, no se puede negar la presencia de algunos factores determinantes para la realización material del hecho<sup>1381</sup>, así, un peatón que está en ese momento cruzando la acera y un piloto pierde el control del coche porque se cruza un animal en la carretera o el caso de un conductor temerario que circula por una vía no transitada y en ese momento sale un niño en busca de su balón de fútbol. Como se ve son muchas las circunstancias que se presentan sin haber sido pedidas o llamadas, por esta razón no se puede dejar al margen por completo, ciertos elementos deterministas de notoria injerencia en algunos hechos. Por otra

---

<sup>1380</sup> Al respecto es necesario diferenciar las enfermedades genéticas que motiven a quien la posee a tomar una medida terapéutica para erradicarla, de las enfermedades genéticas por las cuales el sujeto sufre algún trastorno en su comportamiento y que pueden ocasionar que cometa un hecho delictivo. En el primer caso, de transgredirse los límites y elementos de los tipos de manipulación genética, se estaría ante el acometimiento de uno de los tipos relativos a la manipulación genética, mientras, que en el caso de que se cometa un hecho punible por una enfermedad genética, como por ejemplo la esquizofrenia, se estaría ante el supuesto de inimputabilidad por el hecho; Vid. López Barja de Quiroga, «La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN», en *Genética y Derecho*, CDJ, pp. 211 ss., con estudio amplio sobre las pruebas de ADN y su aplicación dentro de los procesos penales.

<sup>1381</sup> Vid. Stampa Braun, «Culpabilidad penal y genoma humano», en «Dogmática y...», pp. 891 ss. realiza algunas reflexiones sobre la herencia genética y la imputabilidad de los hechos en relación a la actuación libre del sujeto y a la determinación causal de su comportamiento.

parte, la presencia de cuestiones indeterminadas cuya base se encuentra en las leyes físicas, expresadas en principios como el indeterminismo y la ley de la probabilidad, generan la existencia de varias posibilidades, que en esencia son contrarias al determinismo puro pero que no pueden ser dejadas de lado. Sin duda, es en la presencia de las posibilidades donde se puede apreciar el mayor campo de acción para la libertad, pues, ante ciertas circunstancias determinadas ya sean genéticas, físicas, puramente circunstanciales o del azar etc., la libertad poco puede hacer. Por tanto, en el campo de las posibilidades la libertad puede realmente expresarse, con ello se concluye que la libertad dentro del determinismo no existe y sería una necedad tratar de buscarla; pero estas circunstancias deterministas no pueden dejarse de lado, sino que tienen injerencia en el proceso de escoger entre varias posibilidades, en donde sí se ejerce la libertad, en el campo del indeterminismo con apego a la ley de las posibilidades, se produce una manifestación de la libertad, por lo tanto, se retoman dos ideas principales: la existencia de elementos determinantes<sup>1382</sup> y la presencia de posibilidades propias de un fenómeno físico-cuántico, ello indica que las dos teorías pueden coexistir juntas.

Frente a lo dicho, tocaría encontrar una justificación filosófica y física que fundamente la unión de los dos aspectos. En el campo filosófico y en apego a una filosofía muy antigua<sup>1383</sup>, en donde ya se habla de la ley causa y efecto, actualmente de probada aceptación científica<sup>1384</sup>, también se encuentra la ley de la polaridad, que indica; «todo lo dual; todo tiene polos;

---

<sup>1382</sup> Se rechaza la corriente extrema del fatalismo dentro del determinismo.

<sup>1383</sup> Rezagos de filosofía hermenéutica antigua procedente de diversas civilizaciones, fueron especialmente difundidas y profundizadas por un antiguo maestro que vivió en Egipto, llamado Hermes Trimegistrus. Sus enseñanzas fueron muy apreciadas en la antigüedad y son recogidas principalmente en siete leyes o principios recopilados en el Kybalión.

<sup>1384</sup> Vid. Tres Iniciados, El Kybalión, trad. Orozco, 1ª edic. 2007, Ed. Lectorum, S. A. de C.V., México 2007, pp. 28-29, 109-115.

todo tiene un par de opuestos; semejantes y diferentes son lo mismo; los opuestos son idénticos en naturaleza, pero diferentes en grado; los extremos se encuentran; todas las verdades no son sino medias verdades; todas las paradojas pueden ser reconciliadas. El Kybalión»<sup>1385</sup>. El principio o ley de polaridad incorpora la idea de que todas las cosas son manifestaciones de «dos lados», «dos aspectos», «dos polos», «un par de opuestos», con múltiples grados entre los dos extremos, y precisamente la diferencia entre las cosas aparentemente opuestas de forma diametral es una cuestión meramente de grado, por lo tanto, todos los opuestos pueden ser reconciliados. Esto se aprecia entre la tesis y la antítesis, que son idénticas en naturaleza, sin embargo, son diferentes en grado. Igual cosa sucede con la materia y el espíritu que presentan una misma naturaleza, expresada en diferentes grados. Como otros ejemplos se puede citar el calor y el frío, el odio y el amor, el gusto y el disgusto, el coraje y el miedo, etc. En todos ellos, existe un punto intermedio en que la diferencia es tan débil que es difícil de distinguirlos, lo que facilita su transmutación, es decir, el amor se puede transmutar en odio, el miedo en coraje, con ello lo único que se está haciendo es cambiando el lado de la polaridad<sup>1386</sup>. Lo mismo ocurre en dos aspectos tan diametralmente opuestos como es el determinismo y el indeterminismo, presenta la misma naturaleza pero se distinguen por los diferentes grados en los que se encuentran, de tal suerte, que en un punto intermedio pueden coexistir juntos, incluso confundirse y reconciliarse pues, la presencia de elementos determinantes no obsta para que otros elementos indeterministas, como la variabilidad de posibilidades, existan en otro grado, y los dos puntos contrarios puedan reconciliarse como diferentes expresiones de lo mismo, que en este caso sería la manifestación de la libertad.

---

<sup>1385</sup> *Ibíd.*, p. 95.

<sup>1386</sup> *Ibíd.*, pp. 95-100.

Desde el punto de vista de la teoría cuántica, la ley que permite la unión de varios elementos antagónicos es conocida como la ley de la complementariedad elaborada por Bohr<sup>1387</sup>, con la que preconiza la dualidad de la onda y la partícula pero con un punto de vista innovador; el comportamiento ondulatorio y el corpuscular de un objeto son mutuamente excluyentes, es decir, ambos elementos son necesarios para una comprensión nueva de la situación.

De la suscripción a la teoría cuántica para explicar los fenómenos físicos como son los hechos dentro del tiempo y del espacio, y su relación con elementos jurídicos como la libertad de la voluntad y la culpabilidad, se pueden plantear las siguientes ideas generales:

- En cuanto a la responsabilidad en el hecho, la posibilidad cuántica sirve para explicar el hecho en el tiempo y en el espacio, mientras que la responsabilidad jurídica por una lesión o afección de un bien jurídico verifica la imputación del hecho a un sujeto<sup>1388</sup>.
- Las posibilidades cuánticas están dentro de las leyes naturales, y presentan dos áreas de aplicación: por una parte, la libertad de la voluntad se desarrolla dentro de un cúmulo de factores (posibilidades) relacionados al campo reflexivo humano (interno) y al mundo exterior (externo) y, por otro lado, para una imputación

---

<sup>1387</sup> Vid. supra, PS, cap. VI, ap. 3.2.3.3.4, sobre Bohr y bibliografía sobre el tema.

<sup>1388</sup> Se debe decir, que incluso para la imputación de responsabilidades jurídicas se tiene en cuenta el principio de probabilidad de origen físico, en este sentido, Robertson, Vignaux, «Probability-The Logic of the Law», OJLS, vol. 13, 1993, pp. 457 ss. realizan un estudio sobre la aplicación práctica de las probabilidades en los casos que se atienden judicialmente.

personal completa puede ser importante el papel de las posibilidades<sup>1389</sup>.

- La libertad de voluntad más que un juicio confinado a responder a una teoría concreta (determinismo, indeterminismo, etc.), se manifiesta en la posibilidad de escoger entre varias posibilidades que se presentan en un espacio y tiempo determinado. Así un hecho o acción es causa de una o de varias posibilidades, y en concordancia con la ley de las posibilidades que ofrecen las Ciencias Naturales, estas se presentan a su vez y generan consecuencias a partir de que la libertad de la voluntad escoge la que será ejecutada.

En conclusión, se puede decir que la aplicación de la teoría cuántica dentro del proceso espacio temporal donde se aplica la libertad de voluntad y sus posibles consecuencias sobre la imputación personal, tanto con la responsabilidad por el hecho y la responsabilidad jurídica, y en atención a la unión lógica de los elementos que han sido estudiados por teorías separadas, se tiene que las causas del hecho están regidas por las leyes naturales. Esto genera varias posibilidades, en donde la libertad de voluntad tiene su real actuación al escoger entre las posibilidades que se presentan en un determinado espacio y tiempo, el fruto del proceso interior de escoger la posibilidad adecuada o no produce efectos o consecuencias por las que se puede imputar o exculpar al sujeto un hecho existente en el espacio y en el tiempo.

- La unión de causas, posibilidades y efectos que encuentra un sustento teórico físico en el principio de complementariedad y como

---

<sup>1389</sup> En cuanto a la verificación tanto la responsabilidad sobre el hecho, como la responsabilidad jurídica.

base filosófica en la ley de polaridad, si bien son elementos diferentes pueden coexistir y producir un resultado final en el espacio y en el tiempo lo que generaría la responsabilidad por el hecho y la responsabilidad jurídica (imputación personal); aunque estas sean excluyentes unas con otras, todas son necesarias para comprender la responsabilidad, así, las causas externas son profundizadas por un proceso reflexivo individual, lo que origina la decisión entre varias posibilidades y la elección de una de ellas produce determinados efectos fruto de la libertad de escoger y del libre albedrío de sujeto.

- La máxima de poder actuar de otro modo, advierte en sí las diferentes posibilidades que tiene el sujeto al momento de utilizar la libertad de voluntad y escoger entre las variantes que se le presentan, de otro modo, no se aludiera con tanta frecuencia a las alternativas que poseía el sujeto.
  
- El análisis de la libertad de voluntad, de la responsabilidad del hecho y de la responsabilidad jurídica, la afección o lesión a un bien jurídico penalmente protegido<sup>1390</sup>, siguen siendo un parámetro válido para que se perfeccione la imputación personal por el hecho<sup>1391</sup>.

---

<sup>1390</sup> Atienza, «Diez errores frecuentes sobre la ética», en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. I, Fundación BBV, Madrid, 1994, p. 230, en otro ámbito, resulta interesante la importancia que otorga el autor al principio de libertad y al principio de responsabilidad dentro de la investigación científica, así la libertad del investigador o genoterapeuta no reviste un carácter absoluto, sino que siempre debe conjugarse con el principio de responsabilidad como categoría ética.

<sup>1391</sup> Vid. Molina Fernández, «Presupuestos de...», p. 197, en cuento a la importancia para justificar la responsabilidad desde la perspectiva de una correcta distribución de cargas y beneficios, entre uno de los factores de relieve considera como el único criterio a tener en cuenta para justificar una consecuencia jurídica lesiva en una sociedad en la que el elemento de referencia valorativa para medir el bienestar fuera siempre el grupo como un todo y no sus individuos singulares.

- La responsabilidad jurídica puede presentar dos fases:

**1. A priori (responsabilidad subjetiva).** Aquí la libertad de la voluntad se manifiesta como una libertad de escoger entre varias opciones y posibilidades, lo que configura la responsabilidad por el hecho. Los factores que se entrelazan dentro del mundo de las posibilidades y el ejercicio de la libertad de la voluntad pueden a su vez generar algunas circunstancias que exculpen, justifiquen o responsabilicen al sujeto por el hecho, así se tiene: a. Elementos externos causales o posibilidades de actuación, si estos coartan la libertad de la voluntad para escoger entre las posibilidades, el sujeto no responde por el hecho; b. Elementos externos causales o posibilidades que justifican la actuación, estos excluyen la responsabilidad por el hecho, sería lo que se conoce como causas de justificación; c. Elementos externos causales o posibilidades que abarcan el campo de afección propia, estos excluyen la responsabilidad penal al disponerse de bienes jurídicos propios, es el campo del principio de autorresponsabilidad; d. Elementos externos causales o posibilidades que lesionan bienes jurídicos ajenos, en esta área se pueden dar dos posibles consecuencias, por un lado, si opera una causa de justificación queda excluida la responsabilidad penal, y por otra parte, si no existe una causa de justificación el sujeto es responsable por la exteriorización del elemento interno reflexivo que le ha servido para ejercer su libre albedrío, su libertad de voluntad para escoger entre varias de las posibilidades que se le pueden presentar.

**2. A posteriori.** Este nivel se caracteriza por la posibilidad en la ejecución del hecho, la acción como tal está sujeta a la Ley de posibilidades en el espacio y en el tiempo. Esto se pudiera aplicar en los casos de imprudencia terapéutica, mientras que en los tipos dolosos, la prevención de las

posibilidades es casi perfecta. No obstante, queda doctrinariamente admitida dentro del concepto y clases de dolo en general, la eventualidad que algo se produzca o no, en este sentido se presenta la figura del dolo eventual<sup>1392</sup>. Tanto para los efectos inciertos que pueden traer los tipos imprudentes y algunos dolosos, la validez del consentimiento en los riesgos propios de la imprudencia y en la mayor planificación dentro de los detalles dolosos de una acción, puede avalar el hecho y generar responsabilidad, pues se estaría ante el consentimiento en riesgos (imprudencia) y el consentimiento en la planificación de actos dolosos (dolo).

## **5.2. IMPRUDENCIA Y ALCANCE DEL TIPO EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA DUALIDAD DEL TIPO IMPRUDENTE Y DOLOSO**

### **5.2.1. CRITERIOS DOCTRINALES ESENCIALES**

Antes de hacer referencia al artículo 159.1. y a la dualidad del tipo imprudente y doloso, es necesario proporcionar un concepto de imprudencia. En este sentido, se considera que dentro del delito imprudente, el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo; pero lo realiza por infracción a la norma de cuidado, es decir, por la no observación del cuidado debido<sup>1393</sup>.

---

<sup>1392</sup> Vid. Mir Puig, DP. PG, 8ª edic., p. 262, se considera como dolo eventual o dolo condicionado, en donde el resultado aparece como posible (eventual), a pesar de que comparte la estructura común con la culpa consciente, el dolo eventual lleva aparejada la penalidad correspondiente al delito doloso, mientras que la culpa consciente por ser una modalidad de imprudencia tiene como penas más leves, razón por la que la doctrina se esmera en marcar las diferencias entre estas dos figuras.

<sup>1393</sup> Mir Puig, DP. PG., 8ª edic., p. 284; Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado», 2ª edic., Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, pp. 26 ss.



Junto a dicho concepto se debe hacer un breve recuento de la incidencia de la Teoría de la imputación objetiva dentro del tipo imprudente<sup>1394</sup>, es así que se considera que la Teoría de la imputación objetiva otorga un carácter valorativo al tipo, con lo cual se generan dos consecuencias a saber: 1. Ni la causalidad, ni la finalidad de la persona nos indican que ha realizado el tipo, por lo que es precisa una valoración desde el punto de vista de la norma; una conducta es típica de acuerdo con el fin y el sentido de los tipos de la Parte Especial interpretados teleológicamente, 2. Solo se puede desvalorar la conducta de acuerdo con el fin de protección de la norma penal, esta característica tiene una mayor valoración práctica<sup>1395</sup>. Con esto se destaca que lo importante dentro del Derecho penal no es únicamente el sentido que el autor quería darle a su conducta, también es relevante el ámbito de protección de cada tipo penal, de esta forma, la imputación del resultado no es la constatación de un proceso causal, sino es fruto de una

---

<sup>1394</sup> Mir Puig, DP. PG., 8ª edic., pp. 528 ss. Roxin, DP. PG, 2ª edic., pp. 788 ss. Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente...», 2ª edic., pp. 279 ss., pp 369 ss, doctrinariamente se considera que un hecho antijurídico debe ser imputado a su autor, sin embargo, existe falta de consenso sobre la terminología que contenga esta idea y sobre las condiciones de la imputación. Desde la época de von Liszt, la doctrina dominante emplea el término culpabilidad que indica la posibilidad de imputación del injusto a su autor; pero, con el tiempo se ha criticado el empleo de este término para indicar el concepto que se quiere señalar. Con lo anotado sobre la falta de consenso sobre los términos, en la actualidad y como oposición principalmente al causalismo, surge la Teoría de la imputación objetiva, modalidad aplicada, desarrollada y discutida en la actualidad, y cuyo principal propulsor en los últimos tiempos es Roxin, a más de que cuenta con algunos antecedentes doctrinarios propuestos por Larenz y Honing. La Teoría ha sido aceptada en Alemania, España y Latinoamérica. Finalmente, Corcoy Bidasolo propone una sistematización de los criterios dentro de la imputación objetiva en los delitos imprudentes y dolosos, basándose en dos niveles de imputación: a. Primer juicio de imputación: creación de un riesgo típicamente relevante: infracción de la norma de cuidado, el cual contiene cuatro instituciones de análisis: 1. La adecuación social, 2. El riesgo permitido, 3. El principio de confianza, 4) la infracción de la norma de cuidado: creación de un riesgo típicamente relevante; b. Segundo juicio de imputación: criterios de imputación: relación de riesgo, para este juicio se emplean criterios sobre la imputación objetiva en sentido estricto y criterios de adecuación.

<sup>1395</sup> Vid. Roldán Barbero, Adecuación social y teoría jurídica del delito, Universidad de Córdoba, DL, Córdoba, pp. 103-104.

interpretación teleológica-funcional de los distintos tipos de la Parte Especial y del fin de protección de la norma penal, es así que todos los tipos penales tienen límites valorativos que en muchos casos no se encuentran dentro de ellos<sup>1396</sup>. Sobre esta base, no es necesario distinguir el tipo doloso del imprudente de manera que carezcan de elementos comunes, más bien se deben diferenciar dos aspectos fundamentales: por un lado, hay que distinguir entre el contenido y el alcance de los tipos penales de la Parte Especial, por ejemplo: matar, injuriar, etc. Y, por otra parte, se comprueba si el tipo puede ser realizado de forma dolosa o imprudente<sup>1397</sup>.

Las propuestas iniciales, especialmente, en la doctrina alemana sobre lo que se puede definir como Teoría de la Imputación objetiva<sup>1398</sup>, se dieron precisamente en el campo del delito imprudente<sup>1399</sup>, a partir de lo cual se ha elaborado varios criterios normativo-valorativos que operan en el plano de la tipicidad con una finalidad correctiva de lo establecido sobre la responsabilidad desde la perspectiva única de la causalidad<sup>1400</sup>. Entre las que se tiene: a. la Teoría del incremento del riesgo, defendida por Roxin<sup>1401</sup>, con ello intenta resolver los problemas que presentaban las «conductas alternativas adecuadas a Derecho», y propone esta solución para los casos de duda por la aplicación de las «conductas alternativas

---

<sup>1396</sup> Vid. Feijóo Sánchez, «Resultado lesivo...», p. 161.

<sup>1397</sup> Ídem.

<sup>1398</sup> Feijóo Sánchez, «Resultado lesivo...», pp. 218 ss., una mayor explicación sobre los nuevos planteamientos de la Teoría de la imputación objetiva, y la reformulación de la tipicidad realizada por Jakobs y Frisch cuyo principal propósito es absorber los avances asistemáticos de la Teoría de la imputación objetiva en el sentido más tradicional y otorgarle nuevamente a la Teoría del tipo una coherencia sistemática que no la tiene, los dos autores a pesar de que parten de puntos distintos, arriban a conclusiones prácticas muy similares.

<sup>1399</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado», PPU, Barcelona, 1989, p. 31.

<sup>1400</sup> Vid. Feijóo Sánchez, «Resultado lesivo...», p. 162.

<sup>1401</sup> *Ibíd.*, p. 163, esta Teoría no ha sido mayoritariamente seguida en España, entre quienes la defienden se encuentra Corcoy Bidasolo.

adecuadas a Derecho»; b. El fin de protección de la norma, este criterio surge de Gimbernat Ordeig, y posteriormente fue desarrollada por Roxin como el fin de protección de la norma con fines teleológicos, en especial para los delitos imprudentes, este pronunciamiento es considerado como esencial tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes, y aplica dos criterios: el incremento del riesgo y el fin de protección de la norma. Esta Teoría cubre en sí otros problemas como el riesgo permitido, la prohibición de regreso, entre otros<sup>1402</sup>.

Con relación al criterio de fin de protección de la norma, se englobaban dos cuestiones distintas; por una parte, se hace referencia a la norma de cuidado como un problema específico del delito de imprudencia, y de otro lado, se refiere al alcance de la norma en la correspondiente figura delictiva, por lo que para evitar confusiones, Roxin propuso que el segundo aspecto debe incluirse en el criterio de alcance del tipo, opinión que ha sido aceptada por buena parte de los autores<sup>1403</sup>. Dentro del alcance del tipo se tratan temas variados como problemas que pueden afectar a la realización del riesgo (comportamientos u omisiones de la víctima que agravan su situación, resultados distanciados temporalmente de la creación del riesgo, entre otros); cuestiones relativas a la relevancia típica de un determinado riesgo; como criterios para delimitar ámbitos de competencia relacionados a la posición de garantía con relación a ciertos hechos; también, en esta línea, se hace mayor referencia al principio de autorresponsabilidad, como criterio adicional a los dos criterios tradicionales empleados por la Teoría de la imputación objetiva: creación del riesgo y realización del tipo<sup>1404</sup>. Dentro de los delitos imprudentes, el fin de protección de la norma de cuidado es un criterio básico para la imputación del resultado, entendido

---

<sup>1402</sup> *Ibidem.* pp. 162-182.

<sup>1403</sup> *Vid. supra*, ap. 3.1.2.

<sup>1404</sup> Feijóo Sánchez, «Resultado lesivo...», pp. 339-340.

como la exigencia de que el resultado sea precisamente una concreción o realización del riesgo creado mediante la infracción de la norma de cuidado y no de otro riesgo<sup>1405</sup>.

### 5.2.2. EL ALCANCE DEL TIPO EN EL ARTÍCULO 159.1.

En la redacción de los delitos de manipulación genética, al margen de su acierto o no, llama la atención que únicamente el artículo 159.1. contiene vía *numerus clausus* las dos modalidades dolo e imprudencia, mientras que las restantes conductas solo son presentadas como tipos dolosos. Ante lo dicho, cabe reflexionar sobre la razón del legislador para realizar esta diferenciación. Al tratar de explicar desde una perspectiva del fin de la norma, no cabría englobarla como la falta de cuidado en la realización del tipo imprudente, pues la cabal ejecución de la *Lex artis* dentro de la actuación médica y científica no explica ni abarca la diferenciación en la tipificación, a pesar de que el fin de protección de la norma contiene a los delitos tanto dolosos como imprudentes<sup>1406</sup>, debido a que para indicar una explicación se iría a un criterio normativo valorativo más acorde como es el alcance del tipo, pues, existe una referencia expresa al alcance de la norma dentro de este tipo penal, se estaría concretamente dentro de una

---

<sup>1405</sup> *Ibíd.*, pp. 337-338.

<sup>1406</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente...», 2ª edic., pp. 600-601, en un momento *ex ante*, el criterio del fin de protección de la norma tiene relevancia en el sentido que el criterio de fin de la norma (no el criterio de fin de protección de la norma), será distinto en un delito doloso que en un delito imprudente, de tal forma, que en el delito doloso, el deber objetivo de cuidado que infringe el sujeto tiene limitada su finalidad por el dolo del sujeto, por lo que el objetivo de cuidado en estos delitos tiene como finalidad prohibir las clases de riesgos contenidas por el dolo del autor, y por otro lado, en lo referente a los dos deberes objetivos de cuidado, el uno abarca el dolo y el otro el deber subjetivo de cuidado, que hace referencia a los riesgos cognoscibles «*ex ante*» por el sujeto y no comprendidos por el dolo, por lo tanto, la finalidad del segundo deber objetivo de cuidado será la de evitar, los riesgos cognoscibles por el sujeto. Con este criterio del fin de protección de la norma, explicaría la doble imputación del resultado a una conducta que contiene al mismo tiempo una modalidad dolosa y otra imprudente.

explicación que vendría solventada conforme al criterio del alcance del tipo, que de igual forma, tal como ocurre con el fin de protección de la norma puede abarcar a tipos imprudentes y dolosos<sup>1407</sup>. Con relación al concepto del alcance del tipo y hasta donde se permite la disposición del bien jurídico penalmente protegido, se pudiera decir que el fin terapéutico que consta en el artículo 159.1. como excepción a la alteración del genotipo, constituye un elemento negativo del tipo y de esta manera restringe el tipo conforme al criterio del alcance del tipo en este clase de conducta. Mientras que la finalidad de protección de la norma realizada de una forma valorativa, se encuentra en la *alteración del genotipo* manifestada de forma expresa, la alteración sería prohibida si es realizada con una finalidad de investigación o de experimentación científica; aunque no se encuentren dichas finalidades de una forma expresa, se puede entender tácitamente que el fin de protección de esta norma radica precisamente en evitar la alteración del genotipo con fines de investigación y de experimentación científica, a la par, que por vía del alcance del tipo, permite única y exclusivamente la finalidad terapéutica<sup>1408</sup>.

La presencia de la finalidad terapéutica como criterio de excepción, implica que la actividad médica curativa tiene una mayor incidencia dentro de los riesgos<sup>1409</sup>, en donde principalmente se encuentra la modalidad imprudente. De esta manera, al hacer referencia el tipo al fin terapéutico, tiene en cuenta los elementos fundamentales de la parte objetiva del tipo que incurren dentro de la imprudencia en general y en concreto en la imprudencia médica; se tiene por un lado, la infracción del deber de cuidado como

---

<sup>1407</sup> Vid. Feijóo Sánchez, Resultado lesivo e imprudencia : estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado, Bosch, Barcelona, 2001, p. 338.

<sup>1408</sup> Vid. ibíd., p. 161.

<sup>1409</sup> Jorge Barreiro, «Aspectos básicos...», p. 139.

desvalor de la acción, lo que puede darse por varias vías, entre las que destacan un fallo técnico en el tratamiento y la falta de observación a la *Lex artis*, y por otra parte, es importante dentro de la imprudencia médica igual que en todo tipo de imprudencia, la relación de causalidad e imputación del resultado (desvalor del resultado)<sup>1410</sup>. Puede verse explicado el artículo 159.1. como tipo doloso e imprudente, mientras que los restantes son exclusivamente tipos imprudentes, al contener en el fin terapéutico todo los elementos dogmáticos contenidos dentro de la imprudencia médica, especialmente, la mayor incidencia de riesgos que posibilitan una actuación imprudente o negligente por parte de médico o grupo médico-científico<sup>1411</sup>.

Doctrinariamente, al principio de autorresponsabilidad se ubica como un criterio adicional a los dos tradicionales utilizados por la Teoría de la imputación objetiva (creación del riesgo y la realización del mismo)<sup>1412</sup>. Este aspecto lleva a plantear situaciones relacionados a la eficacia del principio de autorresponsabilidad dentro de este tipo penal, en conexión a los actos imprudentes del propio paciente que pueden tener relevancia en la creación y la realización de un riesgo, y sobre la libertad de escoger las posibilidades de riesgo que presentan una cura terapéutica en el ámbito médico, más la presencia y la función del consentimiento informado dentro de la libertad de escoger entre las posibilidades de riesgo, como la autorresponsabilidad que puede generarse por este hecho.

Al margen de la duplicidad de tipos que peculiarmente caracteriza al artículo 159.1., se considera que de *lege ferenda*, otros tipos penales pueden ser calificados como imprudentes por su especial relación con la

---

<sup>1410</sup> *Ibíd.* pp. 150 ss.

<sup>1411</sup> Romeo Malanda, «Intervenciones genéticas...», pp. 305-306, a su criterio deberían las restantes conductas típicas contener tanto el tipo doloso como imprudente.

<sup>1412</sup> *Vid. supra.* Ap. 7.2.2.

finalidad terapéutica que persiguen. En este caso se encuentra la clonación de seres humanos, pues al estar permitida la clonación terapéutica, se está ante una mayor relevancia de los riesgos que se puedan presentar, con ello, aparece un campo más amplio para la inobservancia de la norma de cuidado. Por su parte, en relación al tipo que prohíbe la reproducción asistida sin consentimiento, si se tiene en cuenta que la reproducción asistida es una técnica para tratar la esterilidad<sup>1413</sup>, bien se puede admitir el tipo imprudente; estando en un ámbito de riesgo existe la posibilidad de obrar con descuido y violar la norma de cuidado en cuanto a contar con el consentimiento de la mujer.

### **5.3. LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA: APRECIACIONES DEL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

Desde hace algunos años atrás, hasta la actualidad, se ha dado un mayor tratamiento dogmático a la víctima dentro del sistema penal<sup>1414</sup>, y entre los temas de interés se aborda sobre la imputación a la víctima en la realización de un injusto, que por la injerencia relevante de la conducta de la víctima,

---

<sup>1413</sup> Vid. conforme a la Ley de Reproducción asistida, el art. 2, dispone que la finalidad de la actuación médica es la esterilidad humana cuando no se puedan aplicar otras terapias.

<sup>1414</sup> Vid. entre otros estudios sobre el tratamiento de la víctima en Derecho penal y en el sistema penal: Sampedro Arrubla, «La reconstrucción victimológica del sistema penal», CPC, núm. 81, 2003, pp. 683 ss. el mismo: «La Corte penal internacional: Aproximación al papel de las víctimas», CPC, núm. 69, 1999, pp. 635 ss. Beristain, «Proceso penal y víctimas: pasado, presente y futuro», CPC, 2000, pp. 615 ss. Kerner, «Conciliación víctima-ofensor y reparación de daños en el Derecho penal alemán. Consideraciones sobre la nueva situación jurídica y las experiencias de la aplicación práctica», CPC, núm. 62, 1997, pp. 367 ss. Queralt Jiménez, «Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos a propósito del Proyecto Alternativo de reparación», ADPCP, t. XLIX, fas. 1, pp. 129 ss. Tellez Aguilar, «Las víctimas del delito en el Derecho Penal español», CPC, 1993, pp. 133 ss.

la misma recae sobre la imputación de la conducta y la imputación del resultado. A pesar de los nuevos intentos por implicar más a la víctima dentro de la Teoría del delito, en el Derecho penal moderno, a decir de Hassemer<sup>1415</sup>, se genera una especie de «neutralización de la víctima», en el momento en que la satisfacción del sujeto lesionado se sustituye por la atribución del injusto. Este proceso de neutralización ha avanzado de tal forma, que incluso se puede afirmar que se llega en repetidas ocasiones, a prescindir del sujeto lesionado<sup>1416</sup>. En un sentido similar Eser<sup>1417</sup>, en un balance provisional sobre la víctima dentro del Derecho penal, considera que varios factores han ocasionado que la víctima del delito sea de igual forma una víctima de la dogmática de la Teoría del delito. Con estas afirmaciones, se hace énfasis en el poco y desfavorable trato a la víctima dentro de la Teoría del delito, hecho que históricamente se debe a un sólido protagonismo del Estado<sup>1418</sup>, cuyo resultado es un tratamiento secundario al sujeto pasivo del delito<sup>1419</sup>. Ahora bien, como se ha dicho, se esta produciendo un redescubrimiento de la víctima dentro de la Teoría del delito, en atención a tres parámetros principales: a. Política criminal, que registra nuevas tendencias dirigidas a una mayor protección de la víctima por parte del Ordenamiento penal, tendientes a reducir al responsabilidad penal de los sujetos que atentan contra los bienes de la víctima, y que son descuidados por ella; b. Derecho procesal penal, presenta una considerable preocupación por las formas de intervención de la víctima dentro del proceso penal, y c. Derecho penal material, dedica un gran número de

---

<sup>1415</sup> Vid. Fundamentos de Derecho penal, 1.ª edic., AD-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 70.

<sup>1416</sup> Cancio Meliá, «La exclusión de la...», p. 9.

<sup>1417</sup> Vid. «Sobre la exaltación...», p. 1041.

<sup>1418</sup> Cancio Meliá, «La exclusión de la...», p. 10.

<sup>1419</sup> Eser, «Sobre la exaltación...», p. 1023, atribuye esta desventaja en el trato a la víctima al establecimiento del bien jurídico como referencia político-criminal y como objeto material del concepto de delito, a pesar de ser un hecho positivo, ha conducido a una marginación de la víctima individual como a una concepción unilateral de la pena orientada hacia el Estado.



estudios dogmáticos sobre la víctima, relacionados entre otras cosas a la legítima defensa, la reparación de la víctima dentro del sistema de sanciones y sobre el sistema general de imputación a la víctima en los hechos en los cuales se lesiona sus propios bienes<sup>1420</sup>.

La problemática que interesa se tratará en las próximas páginas y está relacionada a la imputación de la víctima por la lesión de sus propios bienes jurídico-penales con la intervención de un tercero<sup>1421</sup>, al respecto, la doctrina aún discute si la víctima consciente, descuida o renuncia a la protección de sus bienes jurídico-penales. En este sentido y dentro del marco de los delitos que ocupan a este trabajo, se verá sobre la incidencia de los principios de naturaleza individual dentro del tema; de momento, se puede advertir, que como parámetro fundamental se encuentra la aplicación del principio de autonomía de la voluntad que legitima la disposición sobre ciertos bienes, como el papel que debe cumplir el principio del consentimiento y finalmente, se toma en cuenta que es el campo propio para la aplicación del principio de autorresponsabilidad por la conducta de la víctima, bien sea por el consentimiento, descuido o renuncia en la protección de sus propios bienes con la consiguiente lesión de los mismos, por lo que restaría reflexionar sobre la participación de un tercero, considerado tradicionalmente como el autor del delito<sup>1422</sup>, y cuyo comportamiento se conjuga con el de la víctima para la realización del injusto penal<sup>1423</sup>.

---

<sup>1420</sup> Vid. Cancio Meliá, «La exclusión de la tipicidad...», p. 11.

<sup>1421</sup> *Ibidem*, p. 11-12, a criterio de Cancio Meliá, la hipótesis de que en Derecho penal la conducta de la víctima, es decir, de la persona lesionada por la conducta de otro, puede ser relevante para la lesión de sus propios bienes, de la misma manera, se trata el tema del comportamiento del otro sujeto interviniente al que se considera tradicionalmente como el autor del hecho.

<sup>1422</sup> Vid. Cancio Meliá, «Conducta de la víctima...», p. 20 ss.

<sup>1423</sup> Vid. Silva Sánchez, «Victimología», CDJ, p. 19, en relación a lo novedoso del tratamiento de la víctima y un tercero en situaciones de riesgo, considera que las

### **5.3.1. ESTADO DOGMÁTICO: CASOS JURISPRUDENCIALES, PRINCIPALES EXPOSITORES Y PLANTEAMIENTOS MÁS DESTACADOS PARA TRATAR EL TEMA**

Desde los inicios de los años noventa, principalmente en la doctrina alemana, se han producido varios trabajos dogmático-penales relacionados a la problemática de la imputación a la víctima. La discusión y aportaciones dogmáticas venían unidas al previo pronunciamiento de los tribunales sobre el tema. En efecto, la primera sentencia dictada en Alemania, fue emitida por el Tribunal Supremo Federal alemán, el 14 de febrero de 1984<sup>1424</sup>, conocido como el caso de la jeringuilla, dentro de la cual, el Tribunal considera que se debe tener en cuenta el comportamiento de la víctima para la valoración jurídico-penal del hecho en el que esta había intervenido, con lo que absolvió de homicidio imprudente al sujeto que proporcionó a un heroinómano una jeringuilla con la que la víctima se inyectó la sustancia que le ocasionó la muerte. Mientras que en España, el Tribunal Supremo dictó el 17 de julio de 1990<sup>1425</sup>, una sentencia en ocasión de un juego irresponsable con un arma de fuego; la supuesta víctima había retado al portador de un arma de fuego a demostrar su puntería, lo que produjo la muerte de la víctima; en base a estos hechos, el Tribunal sentenció al acusado por homicidio imprudente, y atenuó la pena en concordancia con las aportaciones dogmáticas sobre la imputación a la víctima<sup>1426</sup>.

---

actividades peligrosas realizadas conjuntamente por la víctima y el autor, que no sufre ninguna lesión, siempre han existido dentro del tratamiento dogmático-penal y jurisprudencial, y lo realmente novedoso es el tratar de teorizar y/o racionalizar el tema, que en cierta medida de una forma inconsciente o intuitiva ya se tenía en cuenta.

<sup>1424</sup> BG.HSt 32. pp. 262-267.

<sup>1425</sup> Entre otras sentencias sobre el tema, resulta interesante la STS, de 17 de septiembre de 1999, que ha sido muy comentada por varios autores.

<sup>1426</sup> Vid. Cancio Meliá, «La exclusión de la...», pp. 13-14, datos tomados del estudio del autor; el mismo: «Conducta de la víctima...», pp. 32 ss., 377 ss. menciona otras

En la doctrina alemana algunas contribuciones de relevancia han sido presentadas por Fjedler, Walter, Derksen, Zaczyk<sup>1427</sup>. El asunto también ha sido tratado por Roxin<sup>1428</sup>, quien realiza la división de autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro y sistemáticamente ubica al problema dentro de la imputación objetiva (fin de protección de la norma y alcance del tipo). Jackobs<sup>1429</sup>, en lo principal, se fundamenta en diferenciar una autolesión en donde la víctima tiene la competencia final, mientras que en la heterolesión el autor es quien posee la competencia final. En el caso de una autolesión no recurre al consentimiento para justificar la acción, mientras que la heterolesión, a su vez, es considerada como punible cuando hay una relación desproporcionada en el hecho, como un ataque masivo a la salud, y será impune cuando se presenta una participación justificada como es el caso del consentimiento y de los actos propios. Frisch<sup>1430</sup> apunta al comportamiento de la propia víctima que puede generar daños, entre algunas de las consideraciones que realiza, se encuentra la importancia que concede a las decisiones responsables, con esto entiende como

---

sentencias, las cuales se pueden suscribir en dos grupos de casos: 1. El riesgo es generado conjuntamente por la víctima y el autor, 2. La conducta descuidada de la víctima se produce después del comportamiento del autor que pone en peligro o lesiona los bienes de esta, así se tiene: caso del copiloto (JW 1925, pp. 2250-2252), caso del copiloto (STS 13.12.1993), caso del conductor ebrio (OLG Karlsruhe, NJW 1967, PP. 2321-2323), caso del barquero, (RGSt 57, pp. 172-174), caso del ciclomotor (BGH MDR 1956, p. 856), caso de competición de motocicletas (BGHSt, pp. 112-118), caso de competición de motocicletas (STS 25.9.1986), caso de la botella (STS 17.7.1990), caso del aguardiente de frutas (BGH NStZ 1986, pp. 226 ss.), caso del SIDA (BGHSt 36, pp. 1-20), caso del SIDA (BayObLG NJW 1990, pp. 131 ss.), caso de esquiadores (BGE 91 IV, pp. 117 ss.), caso del monopatín (BayObLG NZV 1989, p. 80), caso del farmacéutico (RGSt 1, pp. 373 ss.), caso del surf en automóvil (OLG Dusseldorf 6.6.1997. JuS 1998, p. 785), caso de la silla (STS 17.9.1999), caso del salto del automóvil (STS 8.11.1991).

<sup>1427</sup> *Ibíd.*, «La exclusión de la...», p. 12. n. 8, el mismo: «Conducta de la víctima...», pp. 89-116.

<sup>1428</sup> *Vid.* en DP. PG. pp. 386 ss.

<sup>1429</sup> *Vid.* «La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte», en *Estudios de Derecho penal*, trad. Peñaranda Ramos, Suárez González, Cancio Meliá, 1ª edic., Civitas, Madrid, 1997, pp. 395-422.

<sup>1430</sup> *Vid.* en *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. Cuello Contreras, Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 165-248.

responsabilidad no a una simple analogía con las reglas de responsabilidad válidas para el comportamiento que daña a otros, sino determinándola en correspondencia con el encuadramiento funcional del criterio, sobre este aspecto la responsabilidad muestra evidente paralelismo con los criterios válidos para la relevancia del consentimiento.

En la doctrina española, entre los autores que presentan una aportación relevante sobre la problemática, se encuentra Cancio Meliá<sup>1431</sup>, ubica la cuestión de la imputación a la víctima dentro de la imputación objetiva, y tras realizar un exhaustivo análisis, en lo primordial, considera que la imputación a la víctima debe considerarse como una institución dogmática dentro del primer nivel de imputación objetiva, es así que el suceso realizado en conjunto cuando es atribuido al ámbito de responsabilidad de la víctima, la conducta del autor ya no puede ser típica. Con ello, la imputación a la víctima introduce un aspecto importante dentro de la Teoría del tipo, como es la responsabilidad preferente del titular del bien jurídico lesionado. Adicional a esto, estarían otros datos de imputación genérica, por lo tanto, esta institución es diferente a otras que se encuentran dentro del primer nivel, y en relación a las cuales mantiene una relación de especialidad, por lo, que la imputación a la víctima no solo debe ser diferenciada de la imputación del resultado, sino incluso distinguida de otras instituciones, por lo tanto, el factor normativo de la autorresponsabilidad de la víctima lo que hace es añadir un dato adicional y diferencial al juicio de imputación, mientras que por otra parte, en un sentido genérico la conducta del autor es típica, debido a que la valoración

---

<sup>1431</sup> Vid: Cancio Meliá, «La exclusión de la...», pp. 69 ss.; el mismo en «Conducta de la víctima e imputación...», pp. 283-374, por la importancia de estudio del autor será mencionado su planteamiento con mayor detención.

de la conducta de la víctima es posterior<sup>1432</sup>. Concretamente, dentro del primer nivel (imputación de la conducta), en general si la conducta de la víctima está relacionada con el riesgo permitido o la prohibición de regreso, la actuación es atípica sin necesidad de un ulterior juicio centrado en la conducta de la víctima. En el riesgo permitido, la víctima puede adquirir relevancia dentro de dos aspectos: 1. Las expectativas de potenciales víctimas pueden ser algunos de los criterios importantes para fijar el nivel de riesgo permitido; para evitar cualquier daño se debe tomar ciertas precauciones de acuerdo a las reglas existentes para precautelar de posibles daños a los consumidores, esto por la confianza<sup>1433</sup> que se tiene sobre un determinado producto; 2. Los ámbitos en los que la actividad arriesgada necesita del permiso especial de la víctima, por lo que el consentimiento es un presupuesto para el riesgo permitido; pero en sentido general lo relevante es el permiso general. Ya en relación a la prohibición de regreso, la cuestión radica en desvincular un comportamiento inicial correcto de posibles conductas autolesivas posteriores, de esta forma puede ser empleada esta institución cuando ciertas conductas de la víctima son relevantes. Con relación al segundo nivel de imputación (imputación del resultado), la conducta de la víctima puede alcanzar a la imputación del resultado, y en este ámbito se deben seguir ciertas reglas generales con lo que se puede comprobar una relación normativa entre la conducta típica y el resultado conectado causalmente a este, así se establece la conexión causal entre conducta y resultado<sup>1434</sup>, por lo tanto, en este sector de riesgos

---

<sup>1432</sup> A criterio del autor otras construcciones dogmáticas no reconocen este carácter específico de la conducta de la víctima.

<sup>1433</sup> Con el rótulo de principio de confianza se encuentran expectativas que no son una mera constatación fáctica, sino que depende de factores normativos, especialmente, del estadio de desarrollo de la valoración social de la necesidad de ciertos productos, de esta manera, una sociedad saturada de técnica pedirá que no se creen nuevos riesgos, mientras que una sociedad carente de tecnología tolerará mayores niveles de riesgo.

<sup>1434</sup> Sobre este tema, Cancio Meliá considera que existen conductas de la víctima que no generan la atipicidad de la conducta del autor por no contener elementos de la

la imputación objetiva es el instrumento dogmático que permite tratar de modo adecuado a la conducta de la víctima<sup>1435</sup>, con ello los casos que son de características muy diversas pueden ser solucionados por las reglas generales de la imputación objetiva; pero los casos en los que el resultado es consecuencia tanto de la conducta típica del autor como de la conducta inadecuada de la víctima, lo que se consideraría como confluencia de conductas queda sujeto a una regla específica como es el carácter autorresponsable de la víctima, con lo que disminuye la responsabilidad del autor.

Feijóo Sánchez<sup>1436</sup>, entre algunas de las muchas apreciaciones que realiza sobre el tema, considera que el problema es lograr un concepto normativo de autolesión o autopuesta en peligro, debido a que la distinción carece de importancia por ser únicamente descriptiva o fenomenológica. Para determinar lo que se debe entender como autolesión sigue el criterio de Jackobs, resalta que esta se basa en el dominio de la decisión, es así que la víctima debe tener el poder de decisión hasta el final, y en el caso de víctimas inconscientes, el límite de la pérdida de control, se estaciona en el momento en que la víctima está consciente del resultado hasta que pierde el control. La solución de la problemática de la imputación de la víctima se encuentra dentro del alcance del tipo. Y, finalmente, al principio de autorresponsabilidad le concede una importante relevancia dentro del planteamiento, así lo considera como un principio en desarrollo<sup>1437</sup>, y su

---

imputación a la víctima, sin embargo, sí pueden hacer que desaparezca la imputación objetiva del resultado.

<sup>1435</sup> Vid. Silva Sánchez, «La Victimología...», pp. 32 ss; Cancio Meliá con apego al criterio de este autor.

<sup>1436</sup> Vid. «Actuación de la víctima e imputación objetiva. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999), RDPC, núm. 5, 2000, pp. 390 ss.

<sup>1437</sup> Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, 2.ª edic., Temis, Bogotá, 1996, pp. 50-51, sobre el principio de autorresponsabilidad sostiene que el empleo en materia penal es únicamente admisible mediante el desarrollo de una teoría del delito en donde la

alcance dogmático depende de que se lo entienda desde un punto de vista psicologicista o normativo, sin embargo, se debe preferir una determinación normativa del principio para revisar la responsabilidad de la persona lesionada, que por un lado, no solo cobra relevancia para determinar los límites de las autolesiones conscientes, sino también de la imprudencia sobre uno mismo, y por otro, no toda autolesión o autopuesta en peligro consciente impide la imputación del resultado a una persona distinta a la lesionada<sup>1438</sup>.

Para concluir con la dogmática española, se tiene a De la Gándara Vallejo<sup>1439</sup>, que de igual forma circunscribe el tema dentro de la imputación objetiva. En lo principal realiza las siguientes observaciones: únicamente se puede afirmar que se ha producido la lesión de un bien jurídico cuando se ha dado la arrogación de un ámbito de organización ajeno, con lo cual la intervención puede producirse o no con la voluntad del titular del bien jurídico; pero, un comportamiento que no lesiona a un bien jurídico protegido no crea un indicio de su antijuricidad debido a que no se realiza el injusto típico, por lo que la punibilidad debe ser analizada en el nivel de tipicidad. La autora con apego a la opinión de Jackobs, emplea como criterio preferible la comisión en último lugar para diferenciar entre una autolesión y heterolesión consentida, por lo tanto, no existe heterolesión (con consentimiento), si la competencia del autor se genera después de la víctima, la única excepción se encontraría en los casos de autoría mediata.

Los planteamientos dentro de la dogmática española que se emplean para tratar la problemática de la imputación a la víctima dentro de la Teoría del

---

autorresponsabilidad pueda funcionar como principio rector, siempre y cuando se empleen mecanismos que permitan su concreta aplicación.

<sup>1438</sup> Vid. en «Resultado lesivo...», p. 398.

<sup>1439</sup> «Consentimiento, bien jurídico...», pp. 133 ss.

delito son la Imputación objetiva<sup>1440</sup>, el Consentimiento<sup>1441</sup>, Autoría y participación<sup>1442</sup>, Victimodogmática<sup>1443</sup>, incluso, se sugiere el empleo de todas estas instituciones<sup>1444</sup>.

### **5.3.2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD: EL INEVITABLE REGRESO AL CONSENTIMIENTO EN CIERTOS TIPOS DE LA PARTE ESPECIAL**

Como se ha sosteniendo a lo largo de este trabajo, la labor conjunta de los principios de naturaleza individual es necesaria para una satisfactoria regulación de los límites al *Ius puniendi*; pero también los principios tienen su incidencia dentro de la Teoría del delito, a pesar de que teóricamente se preconiza su actuación conjunta, en algunos casos se puede prescindir de algunos de ellos, de tal forma, que a simple vista se diría que generalmente el principio que se puede aplicar a un gran número de tipos penales es el

---

<sup>1440</sup> De acuerdo con la imputación objetiva, los ya citados con anterioridad: Cancio Meliá, Feijóo Sánchez, De la Gandara Vallejo, Silva Sánchez entre otros.

<sup>1441</sup> Portilla Contreras, «Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo», CPC, núm. 45, 1991, pp. 695 ss.

<sup>1442</sup> García Álvarez, «La puesta en...», passim; Gimbernat Ordeig, Imputación objetiva, participación en un autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, RDPC, núm. 2, 2004, passim.

<sup>1443</sup> Vid. literatura española y alemana sobre Victimodogmática, entre otros: Tamarit Sumilla, La Víctima en el Derecho penal, Aranzadi, Navarra, 1998, passim; en la dogmática alemana: Schünemann, «Sistema del Derecho penal y Victimodogmática», AAVV, La ciencia del derecho penal en el nuevo siglo, pp. 159; el mismo: «El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y Victimodogmática como enlace entre el sistema de la Parte General y de la Parte Especial, Moreno Hernández (coord.), en Problemas Capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, CEPOLCRIM, México, 2003, pp. 87 ss. Herrera Moreno, «Sobre los orígenes científicos de la Victimología, CPC, núm. 56, 1995, pp. 481 ss.

<sup>1444</sup> González Cussac, Mira Benavent, «Ámbito de responsabilidad de la víctima y Teoría de la imputación objetiva», AAVV, «La ciencia del Derecho penal...», p. 713.



principio del consentimiento<sup>1445</sup>. Al margen de ello, se considera como premisa amplia para la imputación a la víctima, que el análisis del juicio de imputación debe darse acorde a los elementos objetivos especiales que contienen la normativa sectorial<sup>1446</sup>, en el caso de los delitos relativos a la manipulación genética, estos responden a un sector normativo regulado por elementos especiales que bien pueden marcar la diferencia en el momento de revisar la imputación de la conducta y la imputación del resultado<sup>1447</sup>. En este sentido, se sostiene que las constelaciones de casos con los que la doctrina estudia la problemática de la imputación a la víctima<sup>1448</sup>, demuestran de una manera concreta que pueden darse muchas variantes conforme a la normativa del sector, es así, que el análisis de ciertos casos presenta una solución dogmática, mientras que otros ofrecen diferentes resultados doctrinales<sup>1449</sup>. Dentro de las conclusiones, ya sean como derecho (consentimiento informado) o como consentimiento general, se aprecian los diferentes grados de organización conjunta que se convierten en una autopuesta en peligro o en una heteropuesta o en otros tipos dogmáticos que son creados para responder a la imputación objetiva de la víctima cuando ella participa en la lesión de sus propios bienes

---

<sup>1445</sup> Son varias las críticas de la doctrina sobre la ineficacia del consentimiento en ciertos delitos, entre ellos, con un estudio amplio: Cancio Meliá, «Conducta de la víctima...», pp. 147 ss.; Mir Puig, «Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente (comentario a la STS de 17.1.1990)», ADPCP, 1991, pp. 266 ss.

<sup>1446</sup> Vid. Cancio Meliá, «Conducta de la víctima...», pp. 310-311, el mismo en «La exclusión de la tipicidad...», p. 24.

<sup>1447</sup> Con respecto a este tema y la aplicación de la normativa sectorial, cabe recordar que la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005, hace especial mención al principio del consentimiento (art. 6) dentro del campo bioético y en las aplicaciones biotecnológicas.

<sup>1448</sup> *Ibíd.*, pp. 24 ss. 41 ss. metodología empleada por el autor para su construcción dogmática, con especial referencia a la problemática del suicidio.

<sup>1449</sup> Vid. García Álvarez, «La puesta en peligro...», *passim*, realiza su estudio sobre la disposición de la vida y/o la integridad física asumida voluntariamente por su titular, mientras que Cancio Meliá se suscribe más al ámbito del suicidio; Jakobs, «La organización de autolesión...», en «Estudios de...», pp. 413 ss.

jurídicos<sup>1450</sup>. En atención a lo indicado, se ratifica que el tema de la imputación a la víctima es un institución dogmática en construcción<sup>1451</sup> y sin duda, el análisis de las diferentes constelaciones de casos y sus planteamientos doctrinarios, contribuyen a pulir y aclarar los parámetros doctrinarios que conduzcan a soluciones consensuadas.

En este trabajo, por la sistematización de los principios de naturaleza individual que se propone<sup>1452</sup>, es inevitable no abordar al principio de autorresponsabilidad, el cual en conjunción de los otros principios contiene un fundamento normativa dentro los derechos constitucionales<sup>1453</sup>, pues, en este sentido, es obligatorio observar la conexión que presentan los tres principios dentro de la Teoría de la imputación, ante ello se debe indicar que el análisis que aquí se propone se suscribe únicamente a los casos relativos a la manipulación genética y por ende, se está ante la obligación de revisar algunos elementos o instituciones de la normativa sectorial pertinente, así, el criterio que se exponga al final no tiene por qué ser válido

---

<sup>1450</sup> Así entre otros: Roxin, DP. PG, 2ª edic., pp. 386 ss. plantea la división entre autopuesta y heteropuesta en peligro, Jakobs, «La organización de autolesión...», en «Estudios de...», pp. 413 ss. se refiere a parámetros como la autolesión y la heterolesión, el dominio de la decisión por parte de la víctima.

<sup>1451</sup> En este sentido: Cancio Meliá, «Conducta de la víctima...», p. 24; el mismo: «La exclusión de la...», pp. 33.

<sup>1452</sup> Vid. supra, cap. VI, ap. 3.2.3.3.3.

<sup>1453</sup> Cancio Meliá, «La exclusión de la...», pp. 48 ss., el mismo en «Conducta de la víctima...», pp. 277 ss., propone una argumentación derivada de normas constitucionales como es el libre desarrollo de la personalidad para fundamentar el principio de autorresponsabilidad; Feijóo Sánchez, «Actuación de la víctima...», pp. 307 ss. el mismo «Resultado lesivo...», pp. 345, destaca la importancia del principio de autorresponsabilidad como un principio necesitado de mayor análisis dogmático, por su parte, el autor rechaza la identificación del principio de autorresponsabilidad como reflejo o consecuencia del principio de autonomía o dignidad, y en sí lo designa en varias ocasiones como principio de autorresponsabilidad o principio de autonomía, el primero lo relaciona con la responsabilidad de la víctima por la lesión de sus bienes, mientras que con el principio de autonomía más se refiere a una actuación en solitario y no a una organización conjunta entre la víctima y el autor.

para otros casos; pero sí, medianamente se pretende justificar los casos que son motivos de este estudio.

Para iniciar, se debe decir que la normativa del sector incluye al consentimiento informado como un derecho fundamental del paciente<sup>1454</sup>, sin el cual, ninguna intervención médica o científica del corte que sea se puede llevar a cabo<sup>1455</sup>. Como se ha dicho, el consentimiento informado procede directamente de la Teoría del consentimiento, es decir, del principio del consentimiento propio de los principios de naturaleza individual, cuyo fundamento se encuentra dentro del principio de autonomía de la voluntad<sup>1456</sup>; estos principios contienen innegables antecedentes normativos constitucionales como es la libertad como valor superior del Ordenamiento jurídico, y están enmarcados dentro de los fines teleológicos del Ordenamiento como son el respeto a la dignidad humana y al desarrollo de la personalidad<sup>1457</sup>. Sobre esta base normativa constitucional, se parte igualmente para fundamentar el tercer principio de naturaleza individual limitantes al *Ius puniendi* del Estado, como es el principio de autorresponsabilidad. Con ello, y conforme a la normativa sectorial ya analizada, el consentimiento informado dentro del campo médico-científico constituye un elemento indispensable para la configuración no solo de la autorresponsabilidad del paciente, sino de la responsabilidad del médico o grupo científico que ha obviado obtener el

---

<sup>1454</sup> Vid. supra. PT, cap. VII, ap. 1 y PT, cap. VI, ap. 3.2.3.3.3; Silva Sánchez, «Libertad de terapia y...», pp. 190 ss. sobre la importancia del consentimiento informado dentro de las terapias y experimentación científica.

<sup>1455</sup> Vid. Jorge Barreiro, «Aspectos básicos...», pp. 143-146.

<sup>1456</sup> Vid. supra. n. 1453, en contra de este criterio Feijóo Sánchez.

<sup>1457</sup> Vid. supra, PT, cap. VI, ap. 3.2.3.3.2, argumentación sobre el tema.

consentimiento informado para los diferentes actos que la Ley los requiera<sup>1458</sup>.

El principio de autorresponsabilidad sin duda se encuentra en conexión con el alcance del tipo, de tal suerte, que cada tipo indica algunas variaciones para la imputación a la víctima del delito ya sea una modalidad dolosa como imprudente<sup>1459</sup>. Ahora bien, en los casos en los que el tipo permite un fin terapéutico<sup>1460</sup>, la autorresponsabilidad del paciente (víctima) encuentra su fundamento normativo en el consentimiento informado, que le permite disponer de los bienes jurídicos de su titularidad; con el pleno uso de su derecho de autodeterminación, sustentado dentro del principio de autonomía de la voluntad, puede ejercer su derecho al consentimiento informado, y mediante este es informado de los riesgos que presenta el acto médico al que se somete, por ende, se está ante un consentimiento informado en los riesgos<sup>1461</sup>, en donde el paciente, tal vez futura víctima es advertido de las posibilidades terapéuticas a las que puede acceder y sobre los riesgos de las mismas<sup>1462</sup>, pues, lo que hace es en empleo de su libertad de elección, escoger la posibilidad<sup>1463</sup> que genere menos riesgos o que sea

---

<sup>1458</sup> Con similar criterio: Pelayo González-Torre, «La intervención...», p. 100, quien afirma que el respeto a la autonomía y la responsabilidad por los daños son problemas distintos, sin embargo, la Teoría del consentimiento informado produce un desplazamiento del campo de la libertad hacia el campo de la responsabilidad, así el derecho no introduce tanto libertad como responsabilidad, a la vez que contrapesa el equilibrio entre el médico y el enfermo.

<sup>1459</sup> En este sentido, Feijóo Sánchez, «Resultado lesivo...», p. 397.

<sup>1460</sup> Vid. supra, ap. 4.2.2.

<sup>1461</sup> Frisch, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. Cuello Contreras, Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 583 ss., sobre la Teoría del incremento del riesgo en el comportamiento médico defectuoso, marcado por amplias probabilidades que se presentan en este campo; Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente...», 2.<sup>a</sup> edic., p.302 ss., sobre el consentimiento en el delito imprudente y en el riesgo.

<sup>1462</sup> Vid. con mayor detalle: Silva Sánchez, «Libertad de terapia...», p. 171 ss.

<sup>1463</sup> Con respecto al empleo de la probabilidad estadística, vid. Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente...», 2.<sup>a</sup> edic., pp. 259-260, en relación a la necesidad de establecer un criterio normativo de probabilidad dentro del juicio de peligro, así considera que la

más beneficiosa o efectiva para su enfermedad<sup>1464</sup>, si de esta elección libre devienen efectos perjudiciales, el paciente o víctima es el único responsable o autorresponsable ante las opciones que eligió en su momento, a no ser que se haya producido una intervención médica negligente o carente de pericia, es decir, imprudente<sup>1465</sup>; en términos generales se deduce que el principio de autorresponsabilidad debe ser aplicado en atención a los niveles de la imputación objetiva.

Por lo visto, y en contra de la satanización del principio del consentimiento como institución participante dentro de la problemática de la imputación a la víctima<sup>1466</sup>, se concluye que dependiendo de la normativa del sector, el consentimiento en su manifestación de consentimiento informado, no solo es admisible, sino que es necesario para la determinación de la

---

probabilidad objetiva, es la que permite asignar probabilidades a acontecimientos futuros en base a la frecuencia con que tales acontecimientos se han producido en el pasado, de esta forma esta clase de probabilidad es un límite máximo, que debe restringirse en cada caso por el contenido de la probabilidad subjetiva, que es a su vez la posibilidad de conocimiento por el sujeto del grado de la probabilidad objetiva, así concebida se considera a la probabilidad objetiva-fundamento y a la probabilidad subjetiva-límite.

<sup>1464</sup> Como se ha dicho, una enfermedad genética es un elemento determinista dentro del proceso tiempo-espacio para justificar la responsabilidad por medio de la libertad.

<sup>1465</sup> Vid. Jorge Barreiro, «Aspectos básicos...», pp. 166-167 en relación a las modalidades en las que se presenta la imprudencia profesional, hace la siguiente aclaración de términos, así la impericia es la falta de conocimientos necesarios y elementales o ineptitud o ignorancia para ejercer la profesión, y la negligencia profesional es aplicable para quien, a pesar de tener los conocimientos necesarios, obra con descuido, apatía, abulia, falta de estudio del caso, omisión de precauciones, falta de interés o de diligencia, para el autor la mayoría de casos de imprudencia profesional son cometidos por impericia.

<sup>1466</sup> Vid. Cancio Meliá, «La Exclusión...», pp. 37-40; el mismo, en «Conducta de la víctima...», p. 157, 175-178 en contra de la aplicación del consentimiento para solucionar la imputación a la víctima; García Álvarez, «La puesta en peligro...», pp. 533, advierte que dentro de algunas figuras que se emplean como la intervención de terceros en un riesgo, se elabora en base a un reetiquetamiento del consentimiento, y por ende se debe dar un análisis del consentimiento en estas figuras, como también considera que no hay obstáculos para admitir el consentimiento en las conductas de riesgo relacionadas a la vida e integridad física; Feijóo Sánchez, «Actuación de la víctima...», pp. 270 ss., con críticas sobre algunos criterios que encubren al consentimiento dentro de la imputación de la víctima.

autorresponsabilidad de la víctima o paciente<sup>1467</sup>, por ende, se comprueba esta premisa admitida y mencionada por la doctrina, en cuanto a la importancia de la normativa sectorial y al principio de autorresponsabilidad. Con lo dicho, se puede afirmar que dentro de los tipos penales relativos a la manipulación genética se presenta un inevitable retorno a la figura del consentimiento, en este caso al consentimiento informado, lo que indica, que las soluciones dogmáticas a los problemas de imputación a la víctima pueden ser varios y dependen del alcance de cada tipo y de la normativa sectorial al que tengan que remitirse.

### **5.3.3. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA CON MOTIVO DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

Las propuestas doctrinales relacionadas a los grupos de casos de los que se sirven para analizar la imputación a la víctima, no tienen en cuenta a los tipos relativos a la manipulación genética, por lo tanto, con el fin de analizar estos casos<sup>1468</sup>, es necesario realizar una construcción propia para estos delitos en consideración no solo a la normativa sectorial que reconduce al consentimiento informado, sino también, en atención al alcance de cada tipo<sup>1469</sup>. Las reflexiones que se realicen con este objetivo no tienen como finalidad su aplicación extensiva en otros casos; pero sí, presentar algunos apuntes que pueden afirmar o no la validez más general de algunos presupuestos doctrinales.

---

<sup>1467</sup> Bilancetti, La responsabilidad penal e civile del medico, 2ª edic., Ed., CEDAM, Padova, 1996, pp. 116 ss. sobre la necesidad del consentimiento y del consentimiento presunto dentro del tratamiento sanitario.

<sup>1468</sup> Vid. supra, ap. 5.4.3.1., en relación a las aportaciones de Roxin, Jakobs, Cancio Meliá, De la Gándara Vallejo; aunque se puede tomar algunos parámetros propuestos por estos autores.

<sup>1469</sup> Con este criterio, Feijóo Sánchez, «Resultado lesivo...», pp. 339 ss. Roxin, DP. PG, 2ª edic., pp. 386 ss.

1. La presencia del consentimiento informado derivado del principio del consentimiento y como mecanismo de materialización del principio de autonomía de la voluntad<sup>1470</sup>, permite que para la imputación a la víctima en estos delitos se deba recurrir al criterio de imputación objetiva en sentido amplio<sup>1471</sup>, pues, algunas instituciones ubicadas dentro del primer nivel de la imputación (imputación de la conducta), se encuentran relacionadas con el consentimiento en general, y concretamente con el consentimiento informado, así se tiene a la adecuación social y al riesgo permitido<sup>1472</sup>, en los dos casos el consentimiento es un requisito ya sea de carácter colectivo o individual para considerar algunas conductas o riesgos como permitidos o prohibidos. En relación al riesgo permitido socialmente marca una pauta sobre lo que se puede disponer o no; la disposición de un bien jurídico propio vendría avalada y legitimada por el riesgo que se permite soportar al bien jurídico en cuestión. Desde este punto de vista, la disposición del bien jurídico depende de su disponibilidad o no, con ello se recuerda un criterio dogmático consensuado sobre la libre disposición de

---

<sup>1470</sup> En sentido similar, Romeo Casabona, «Derecho sanitario...», p. 147, sostiene que la información y el consentimiento informado son obligaciones legales como medio de respeto a la autonomía o autodeterminación de los pacientes.

<sup>1471</sup> Vid. Feijóo Sánchez, «Actuación de la víctima...», p. 330, en relación al alcance del tipo donde se exige una relación causal que pueda definirse como creación de un riesgo que se realiza en el resultado, por lo que ciertos criterios objetivos que permiten una interpretación teleológica-restrictiva del tipo y que afectan no solo a la imputación del resultado, lo que para algunos se considera como imputación objetiva *strictu sensu*, sino también a la imputación del riesgo, lo que algunos autores denominan como imputación del comportamiento o de la conducta o imputación objetiva en sentido amplio; De la Gándara Vallejo, «Consentimiento, bien jurídico...», p. 165, resalta la necesidad de incorporar el criterio de imputación objetiva amplia en relación a la autopuesta en peligro de la víctima, porque abarca presupuestos como la adecuación social; Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente...», 2ª edic., pp. 431 ss., considera que dentro de los delitos imprudentes, la imputación objetiva amplia de dos niveles, duplica el juicio de tipicidad, siempre y cuando se incluya el desvalor del resultado, mientras que la aplicación de la imputación objetiva estricta, impide que la misma sustituya al juicio de tipicidad.

<sup>1472</sup> Vid. *supra*, PT, cap. VI, ap. 5.4.2.2.2.

los bienes jurídicos de carácter individual y la prohibición de disponer libremente de los bienes jurídicos de corte supraindividual. Dicho de esta manera, el riesgo permitido mantiene estrecha relación no únicamente con el consentimiento, sino también con la clase de bien jurídico que se pretende disponer, este conjunto de elementos, deben ser tomados para considerar que la actuación de la víctima está cubierta por el riesgo permitido y de igual manera, si podía ejercer la libertad de disposición sobre el bien jurídico mediante el principio operativo del consentimiento, y en los casos que nos ocupan, mediante el consentimiento informado<sup>1473</sup>. Con ello, se ve una doble presencia del principio del consentimiento: por un lado, como requisito para determinar socialmente lo permitido, un consentimiento colectivo muy similar al empleado dentro de la Teoría del pacto social<sup>1474</sup>, y por otra parte, para expresar el principio de autonomía de la voluntad, en su aspecto de libertad de disposición de bienes jurídicos propios<sup>1475</sup>. Sin duda, el empleo del criterio de imputación objetiva amplia en ciertos casos, queda justificado por la necesidad de recurrir al consentimiento informado para escoger entre las posibilidades y los riesgos que presentan estas, así, entra las posibilidades y los riesgos de las terapias genéticas y otras terapias vinculadas.

---

<sup>1473</sup>Vid. Corcoy Bidasolo, «Límites objetivos y...», en «Política criminal...», p. 34. sostiene que el consentimiento, puede constituir riesgo permitido, cuando el peligro afecta al bien jurídico del sujeto, y este en el ejercicio de su libertad consiente en este.

<sup>1474</sup> Vid. supra, PT, cap VI, ap 2.1 ss y ap 3.4.

<sup>1475</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, «Límites objetivos y...», en «Política criminal...», p. 34, considera que cuando la conducta arriesgada es imputable a la víctima el comportamiento es atípico, sin embargo esta irrelevancia no se presenta en un permiso sobre el riesgo genético, como es el caso del riesgo permitido, sino por el consentimiento válido sobre ese riesgo concreto. Así la eficacia del consentimiento como criterio restrictivo del peligro objetivo dentro del riesgo permitido, surge a partir de la permisión del riesgo: la voluntad de una persona para ponerse en peligro, su derecho al ejercicio de la libertad, y sobre todo en relación al derecho al desarrollo de la personalidad.



Con respecto a los tipos de manipulación genética, en la alteración del genotipo sin finalidad terapéutica (artículo 159.1.), como el alcance del tipo lo indica, este se restringe o permite que el paciente pueda ejercer su libertad de disposición sobre la dimensión del bien jurídico individual<sup>1476</sup>, conforme a las normas que se establecen dentro del ámbito terapéutico, de tal suerte, que el empleo del consentimiento informado, como mecanismo para que el paciente ejerza su libertad de elección y decisión sobre las posibilidades que tiene, es decir, sobre la terapia adecuada y los riesgos que presenta esta. Mientras que en la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación (artículo 160.1.), el consentimiento informado no puede cubrir un acto que esta protegido por el fin de la norma de este tipo, como es la finalidad distinta a la procreación, en este caso se puede entender a los fines de investigación científica. Dentro de la clonación de seres humanos con fines reproductivos (artículo 160.3.), el consentimiento informado es restringido y no puede ser aplicado para una finalidad prohibida dentro del tipo penal; sin embargo, aunque no atañe a este tipo, sí será aplicado el consentimiento informado para la clonación terapéutica. Igual ocurre en otros procedimientos relacionados a la selección de raza, de entrada ni el consentimiento informado ni otro mecanismo es válido para el fin de protección de este tipo. En la reproducción asistida sin consentimiento (artículo 161.1.), el mismo alcance el tipo tiene como elemento el consentimiento, pues de vulnerarse el consentimiento informado que opera en estos casos es perfección el injusto. Sobre la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana (artículo 160.1.), no se aplica el consentimiento informado por no ser un ámbito propio para este, a pesar de ello, se estará ante las regulaciones propias de los agentes biológicos u otros, con los que se pueden producir armas de esta generación.

---

<sup>1476</sup> Vid. supra, PS, cap. V, ap. 5 ss.

2. En relación a la libertad de disposición sobre los bienes jurídicos individuales, se añadiría a lo dicho que el tratamiento del titular de dichos bienes, puede operar como límite o filtro objetivo de la responsabilidad penal en el ámbito del tipo, pues se estaría ante un problema de imputación del riesgo creado por la persona afectada o puesta en peligro y no ante una cuestión de imputación del resultado<sup>1477</sup>. Con relación a los delitos de manipulación genética y el bien jurídico-penal protegido, en concordancia a lo que se sostiene en este trabajo, la libertad de disposición se daría únicamente ante la dimensión individual de los diferentes aspectos del bien jurídico-penal único propuesto, mientras que en la dimensión supraindividual de dicho bien, no es posible ninguna disposición por parte del paciente ni del médico o grupo científico, este es sin duda un filtro a la responsabilidad; de darse la libre disposición de la dimensión individual, se estaría ante la imputación del riesgo dentro de la imputación de la conducta, si este excede lo que se considera como riesgo permitido, todo ello antes de pasar a la imputación del resultado. Por otra parte, si se obra sin el consentimiento informado del paciente se estaría ante la imputación del resultado, en donde el médico o grupo científico es el autor o autores del hecho; pero, si el paciente otorga su consentimiento informado sobre la dimensión supraindividual del bien jurídico único a sabiendas, la responsabilidad es compartida entre el médico por tener el dominio del hecho como autor, y del paciente como cooperador necesario al obrar con un consentimiento ilegítimo, es decir, sobre un elemento que no está al alcance de su libertad de disposición.

---

<sup>1477</sup> Vid. por todos Feijóo Sánchez, «Actuación de la víctima...», p. 80, especialmente el criterio expuesto por Frisch.

3. El principio de autorresponsabilidad tiene como finalidad determinar si la lesión es imputable a una persona o a un tercero, y de igual forma, dentro del alcance del tipo se puede determinar la imputación a la víctima o si se está ante un caso de instrumentalización de la víctima o de cooperación necesaria<sup>1478</sup>, dependiendo de la concurrencia de los hechos<sup>1479-1480</sup>. En este sentido, el principio de autorresponsabilidad conlleva un deber de autoprotección, una posición de garante ante uno mismo<sup>1481</sup>, y que ante una enfermedad genética (elemento determinista), el paciente puede optar por una terapia genética para obtener la cura de la enfermedad, ante ello, en el momento de elegir libremente entre las posibilidades que se le presentan por medio del consentimiento informado<sup>1482</sup>, tiene la obligación de ser garante de sí mismo y el deber de autoprotegerse, por ello, deberá elegir entre las posibilidades más favorables<sup>1483</sup>.

---

<sup>1478</sup> *Ibíd.*, p. 302.

<sup>1479</sup> Romeo Malanda, «Intervenciones genéticas...», p. 302, con relación a las intervenciones genéticas sobre menores o incapaces, no puede verse una autoría directa de los representantes legales del sujeto; pero si una comisión por omisión, mientras que los médicos realizan la conducta de manipular; sin embargo, es un caso diferente si los padres o representantes legales del menor o del incapaz pueden tener una responsabilidad en los hechos a título de inductores o cooperadores necesarios, en el primer caso, cuando son ellos los que acuden al médico y le proponen la realización de la manipulación genética o en el segundo caso, cuando son ellos los que llevan al menor o incapaz al centro y le dan las facilidades a los facultativos para que realicen la manipulación genética.

<sup>1480</sup> Con ello no se acoge el criterio de la solución dogmática para la imputación de la víctima se deba hacer mediante la aplicación de la autoría y participación; con el mismo criterio, Feijóo Sánchez, «Actuación de la víctima...», p. 285, considera que pues no se puede trasladar una situación problemática a otro ámbito, a más que la coautoría y cooperación necesaria, depende de formulación típica.

<sup>1481</sup> *Vid. ibíd.*, p. 307.

<sup>1482</sup> En este sentido, Faulder, «Whose body...», p. 128, señala que no hay derechos sin responsabilidades. Ante ello, se puede decir, que frente al derecho a prestar el consentimiento informado y al derecho de autodeterminación del paciente, es plenamente válido que se produzca la autorresponsabilidad del mismo sobre sus decisiones.

<sup>1483</sup> Con relación al tema, Williams, «Voluntary acts and responsible agents», OJLS, vol. 10, núm. 1, 1990, p. 7, se refiere a que la responsabilidad de uno mismo implica determinadas condiciones, así, la persona debe tener la certeza de conocerse a sí mismo,

En el caso que se presente una actuación dolosa por parte del médico o del grupo científico con el beneplácito del paciente, se estaría ante una cooperación necesaria por parte del mismo<sup>1484</sup>, y de autoría directa en relación al médico o grupo científico. Dentro de esta línea, se deberá comprobar si el paciente no ha sido instrumentalizado por el médico o grupo científico para la alteración de su genotipo, la práctica de una clonación reproductiva o reproducción asistida, en este caso se produciría una autoría mediata<sup>1485</sup>. Para que el paciente responda directamente como inductor o cooperador necesario, se daría el caso, de que fuera él, quien anime u obligue al médico para que se practique una alteración del genotipo, una clonación reproductiva, una fecundación de gametos sin fines reproductivos.

4. En relación a la tradicional división realizada por Roxin sobre la autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro y las posteriores variantes presentadas por otros autores. En los delitos de manipulación genética de manera general, no es necesaria esta división, pues algunos de los casos tratan de una heteropuesta en peligro consentida, equivalente según la

---

un plan de vida definido, la supremacía de ciertos valores sobre los simples deseos; lo dicho por este autor, presenta mucha lógica dentro de las decisiones sobre las técnicas genéticas y otras que se puedan emplear, pues, lo que se desea hacer o no conlleva una estrecha relación con los planes de vida y el conocimiento de sí mismo, en este sentido una pareja o madre soltera que desea tener un hijo, se inclinará por una de las técnicas de reproducción asistida, y su responsabilidad no se extiende únicamente respecto al hijo que tendrá, sino a la correcta observación y procedimiento de los requisitos legales para hacerlo, es así que preferirá la reproducción asistida antes que una supuesta técnica de clonación reproductiva, con el fin de cumplir su plan de vida.

<sup>1484</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, «Límites y...», en «El Nuevo Derecho...», p. 1113, considera que el hecho de que en algunos de los tipos de manipulación genética se proteja un bien jurídico colectivo determina que el consentimiento del donante o receptor para que utilicen sus células, no solo no excluye la relevancia penal de la conducta sino que en su caso puede determinar que esta persona sea calificada de cooperador o inductor.

<sup>1485</sup> En el tipo doloso, se puede operar la autoría mediata en los delitos de manipulación genética, así, un mafioso que obliga a hacer una clonación a un médico o alterar el genotipo con fines de transmisión a la descendencia.

doctrina a una autolesión y por lo tanto impune<sup>1486</sup>; aunque haya una sucesión temporal, lo que se produce es una *organización complementaria* de la acción; por una parte, el paciente otorga su consentimiento informado<sup>1487</sup>, es decir, está en posesión del dominio de la decisión<sup>1488</sup> y ejerce su libertad de elección entre muchas posibilidades, incluso puede ser consultado él o sus familiares varias veces sobre las decisiones que se tomen durante el transcurso del tratamiento o intervención, por lo que, el dominio de la decisión siempre recae en el paciente, y por otro lado, el médico o grupo científico dentro del acto médico que practica obtiene el dominio del hecho (tipo doloso) o el control del riesgo (tipo imprudente)<sup>1489</sup>, de tal forma, que los actos tanto del paciente como del médico son complementarios entre sí. Por ello, el médico o grupo científico es el que está cualificado para llevar el control del riesgo, mientras que el paciente, en una relación de confianza ante el médico, siempre tendrá el poder de decidir, de elegir libremente entre las posibilidades, es decir, el dominio de la decisión ya sea por sí mismo, por sus parientes o representante legal<sup>1490</sup>. En este sentido se considera que el acto que realiza

---

<sup>1486</sup> Vid. Feijóo Sánchez, «Actuación de la víctima...», pp. 290 ss.

<sup>1487</sup> No se debe olvidar que es el paciente el que acude donde el médico y hace una petición de atención y tratamiento, excepto que sea buscado como voluntario por algún grupo de investigación científica.

<sup>1488</sup> En concordancia con el criterio de Jakobs en PG, 2.<sup>a</sup>, 7/130, 21/ 56 SS., 21/78<sup>a</sup>, cit. por Feijoo Sánchez, en «Actuación de la víctima...», p. 311.

<sup>1489</sup> Vid. con un criterio aproximado sobre co-dominio del hecho, Silva Sánchez, «Medicinas Alternativas...», p. 79, en los casos que se admite el consentimiento en el riesgo con resultado de muerte, el sujeto pasivo debe alcanzar niveles de protagonismo que sobrepasen los propios del consentimiento hasta configurar una autopuesta en peligro, así esta situación expresa un dominio o co-dominio del hecho, que puede aplicarse en ciertos casos pero no en todos.

<sup>1490</sup> Cancio Meliá, «Conducta de la víctima...», pp. 147-148, es interesante el planteamiento sobre la intervención de la víctima desde una perspectiva de víctima, sobre todo desde el punto de vista de los conocimientos que esta disponga. En ese sentido, la víctima en los delitos de manipulación genética siempre va a tener un conocimiento restringido sobre el tema para poder aplicar cualquier técnica por sí misma, otra cosa, es que mediante la información que reciba por parte del médico o grupo científico, otorgue un consentimiento eficaz sobre un bien jurídico de su

el paciente a través del consentimiento informado y el acto médico en sí, conforman una organización complementaria que en ciertos casos depende la una de la otra, pues, el médico o grupo científico no podría proceder sin el consentimiento informado del paciente, es decir, sin la materialización de la autonomía de la voluntad del mismo, y la libertad de elegir entre posibilidades que tiene el paciente, no puede hacerse realidad sin la intervención del médico o grupo científico, pues es obvio que el paciente por sí solo no está capacitado para ejercer un acto médico, por lo tanto, los actos del paciente y del médico son complementarios, y la organización de hechos es realizada por las dos partes por igual, amparadas en el principio de confianza mutua<sup>1491</sup>. Con el cual cada parte realizará lo que le corresponda de una manera reglamentaria, es decir, de acuerdo a lo que se requiere en cada ocasión<sup>1492</sup>. Caso contrario, si se toma el parámetro de la

---

titularidad, y sobre este aspecto a decir de Cancio Meliá, se tendría al consentimiento como una solución dogmática, cuando se concibe a la autorresponsabilidad de la víctima en relación a supuestos que de alguna manera la víctima «renuncia» consciente sobre el bien jurídico que posteriormente se convierte en víctima. Por otra parte, Frisch, Tipo penal e imputación objetiva, trad. Cancio Meliá, De la Gádara Vallejo, Jaén Vallejo, Pérez del Valle, Reyes Alvarado, Ventura Püschel, Ed. Colex, Madrid, 1995, p. 143 ss. expone la idea de construir una concepción de los presupuestos del consentimiento desde la perspectiva del autor, con lo que se pretende determinar de una forma objetiva cómo se presenta la situación de los conocimientos de la víctima para el autor. Con respecto a este criterio, se puede decir que el autor en los delitos de manipulación genética, tiene lineamientos objetivos sobre el conocimiento de la víctima, es así que tiene la obligación de informar sobre los beneficios y riesgos que conlleva determinada técnica, porque sabe de sobra que la víctima carece de este tipo de conocimientos especializados, y en base a ello, la víctima otorgará su consentimiento informado, al margen que la falta de información al paciente puede acarrearle incluso en algunos casos responsabilidad penal al equipo médico o científico.

<sup>1491</sup> En este sentido, entre otros: Reyes Alvarado, «Imputación...», p. 142; Feijóo Sánchez, «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho pena: Fundamento y consecuencias dogmáticas», RDPC, núm. 1, 2000, pp. 95 ss.

<sup>1492</sup> Gómez Pavón, Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 343, por la práctica médica actual, el trabajo y la responsabilidad de un grupo médico o científico se basan en la división del trabajo y en el principio de confianza, esto hace que los intervinientes no tengan que controlar todos los cursos causales influyentes, sino únicamente determinados procesos, mientras que el jefe del equipo se encarga de fijar las pautas del tratamiento y de ordenar las medidas oportunas.

actuación al final, el médico o grupo científico siempre será responsable por lo que pueda acontecer, y el paciente perdería el real alcance que tiene el consentimiento informado como un derecho humano, y el principio de autorresponsabilidad carecería de efecto en estos casos. Si la organización complementaria produce algún resultado lesivo, este quedaría cubierto por el consentimiento informado y el principio de autorresponsabilidad del paciente (víctima), pues, en pleno ejercicio del principio de la autonomía de su voluntad, ejerció la libertad de disponer sobre un bien jurídico propio, por lo tanto, ha ejercido la libertad de escoger entre las posibilidades terapéuticas y los riesgos que presentan las mismas<sup>1493</sup>, todo ello materializado por el consentimiento informado ocasiona la autorresponsabilidad de la víctima y por lo tanto, algún resultado desfavorable quedaría en el ámbito de su propia imputación, que al disponer de un bien jurídico propio y obviamente disponible la actuación del paciente-víctima es impune. De esta manera, el médico o equipo científico no puede ser imputado si ejecutó su acto conforme a la *Lex artis* médica, caso contrario si existe algún fallo imputable por obrar sin el consentimiento informado o con imprudencia por parte del médico o grupo científico, el resultado lesivo será imputado a su conducta, excepto si ha mediado un estado de necesidad dentro del curso de una intervención donde le era imposible obtener el consentimiento el paciente, de sus familiares o de un representante legal, razón por la que procedió en atención a la ponderación de bienes jurídicos en juego, tal como se procede en estos casos de estado de necesidad<sup>1494</sup>.

---

<sup>1493</sup> Vid. Giddens, «Risk and Responsibility», MLR, vol. 62, 1999, pp. 1-10, sobre los riesgos relacionados a las nuevas tecnologías, hace una mención especial a la organización irresponsable de las partes para manejar dichos riesgos y la responsabilidad de todos frente a las generaciones futuras por transformar la naturaleza.

<sup>1494</sup> Vid. Feijóo Sánchez, «Resultado lesivo...», pp. 374, con relación al estado de necesidad y el principio de autorresponsabilidad.

Ya en relación a los tipos de manipulación genética, se produce una organización conjunta entre el paciente y el médico o grupo científico en el caso de la alteración de genotipo con fines terapéuticos, en la clonación terapéutica, en la fecundación con fines reproductivos. Sin embargo, esta construcción no se puede aplicar dentro de la reproducción asistida sin el consentimiento, pues, al ser arrebatado el dominio de la decisión del paciente y la violación de todos los principios que le corresponden, al no contar con el consentimiento informado, el médico o grupo científico responderá por la lesión al bien jurídico que se protege en este tipo, sin que al paciente-víctima se le pueda adjudicar ningún tipo de autorresponsabilidad en los hechos<sup>1495</sup>, en este caso de excepción se aparta de la organización complementaria y se adhiere al dominio de la decisión arrebatado por otro, y por ende, desplaza la imputación a quien tiene el dominio del hecho, es decir, el médico o grupo científico.

5. En un inicio al empezar con una breve referencia sobre la problemática de la imputación a la víctima, se advirtió que uno de los motivos del olvido de la misma dentro de la Teoría del delito, ha sido el creciente protagonismo del Estado en desmedro de la atención a la víctima del delito, ante esto se considera que los principios de naturaleza individual propuestos como parte de los límites al *Ius puniendi* del Estado, cumplen con un fin no solo dentro de esta área, también pueden desplazarse a la Teoría del delito para garantizar la autonomía de la voluntad del individuo al momento de elegir determinadas posibilidades o riesgos, y en ciertos casos, es indiscutiblemente necesaria la presencia del principio operativo del consentimiento con todos sus requisitos, como es el caso del consentimiento informado, lo que fundamentaría la eficacia del principio

---

<sup>1495</sup> La Ley de reproducción asistida requiere del consentimiento informado para la que proceda cualquier técnica sobre un paciente determinado.



de autorresponsabilidad de la víctima que dispone de forma libre y escoge su mejor opción dentro de los fines terapéuticos. Con ello se expresa la libertad del individuo en donde se le es permitido dentro de dos ámbitos tan distintos como son los límites al *Ius puniendi* del Estado y la Teoría del delito.

## APÉNDICE A

### POLÉMICA CON RELACIÓN AL EMPLEO DEL TÉRMINO EMBRIÓN

La utilización de los términos embrión y preembrión es un asunto sumamente polémico<sup>1496</sup>, debido a que los términos se emplean en dos momentos diferentes: a) en el desarrollo temprano (preembrión) y b) cuando se forma el disco embrionario, a los catorce días (embrión). Este doble empleo ha originado críticas al término preembrión y, como consecuencia, existen criterios a favor y criterios en contra.

A criterio de varios científicos que participaron en la creación del nombre pre-embrión, lo consideran como un término artificial, sin base científica. Al respecto se realizan diferentes observaciones:

1. El Comité Warnock<sup>1497</sup> fue la base para la elaboración de la Ley inglesa, que entró en vigencia en noviembre de 1990. La Ley legaliza la experimentación sobre embriones humanos, al mismo tiempo que establece como límite el día catorce luego de la fecundación, es decir, desde la fecundación hasta el día catorce es posible efectuar experimentos sobre embriones humanos.

---

<sup>1496</sup> López Barahona y Antuñano Alea, *La clonación humana*, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 30.

<sup>1497</sup> Vid. Douglas J. Cusine, en *New Reproductive Techniques. A Legal Perspective*, Univerity of Aberdeen, Gran Bretaña, 1990, pp. 171 ss., sobre el Comité Warnock.

2. Conjuntamente con los debates que tuvieron lugar en las diferentes cámaras, una circunstancia venía a complicar la situación, A. MacLaren<sup>1498</sup>, conocida embrióloga, afirmaba que por influjo de «cierta presión ajena a la comunidad científica», introdujo el término «pre-embrión», para indicar al embrión en el período de desarrollo, que va desde el cigoto hasta el decimoquinto día de posfecundación. A. Davies<sup>1499</sup>, miembro, como MacLaren del mismo Comité Warnock, afirmó sobre el pleno conocimiento de que estaban «manipulando las palabras para polarizar una discusión ética»; así, aparecía claro que el significado del término «pre-embrión» era el de un conjunto de células que todavía no son un «individuo humano» y como resultado la discusión ética autorizaría la experimentación sobre el preembrión con la respectiva aceptación en las legislaciones.

3. La influencia inglesa sobre otras legislaciones es palpable. En los años posteriores, otras naciones siguieron el ejemplo de Inglaterra, como: Canadá, España, Suecia y Estados Unidos emplean restricciones mínimas, mientras que Australia, Dinamarca, Francia, Alemania y Suiza utilizan mayores limitaciones<sup>1500</sup>.

El acuerdo sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la Biología y de la Medicina, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 19 de noviembre de 1996, en su artículo 18, se refiere a la «investigación sobre los embriones *in vitro*», y se limitaba a recordar los siguientes aspectos: por

---

<sup>1498</sup> Vid. AAVV, *Prelude to embryogenesis, Human embryo research: yes or no?*, The CIBA Foundation ed., Human embryo research: yes or no?, Tavistock Publication, Londres, 1986, pp. 5 ss.

<sup>1499</sup> Vid. *Embryo research*, NM, 320, 1986, p. 208.

<sup>1500</sup> Vid., López Barahona y Antuñano Alea, «La clonación...», pp. 31-33.

un lado, dispone que «donde la ley permita la investigación sobre los embriones *in vitro*, esta misma debería asegurar una adecuada protección del embrión»; por otra parte, señala que «La creación de embriones humanos para fines de investigación está prohibida». Estos artículos son el fruto de muchas revisiones y manipulaciones; permiten entrever la ausencia de toda voluntad de otorgar una protección seria y uniforme al embrión humano. Con ello, se puede pensar que el embrión humano ha sido degradado a un mero objeto.

En cuanto a la legislación española, España es uno de los países que ha adoptado este término en su legislación (inicialmente en la Ley 35/88 y en la Ley 42/88)<sup>1501</sup>.

---

<sup>1501</sup> A criterio de Lacadena Calero, en «Una lectura genética de la STC sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1998 sobre Técnicas de Reproducción Asistida», RDGH 11/1999, p. 45 ss., nunca ha adoptado el término pre-embrión por ser un eufemismo que quiere ocultar la realidad biológica, adjuntamente considera que para conseguir un cambio de actitudes se suele recurrir a cambiar las palabras como en este caso para que se permita el empleo de estas técnicas

## APÉNDICE B

### REFLEXIONES SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN

#### I. REFLEXIONES HISTÓRICAS<sup>1502</sup>

Con respecto al estatuto jurídico del embrión, desde el Derecho romano se ha discutido sobre la situación jurídica del *nasciturus*, al que se consideró como parte del cuerpo de la madre y que en lo futuro sería un ser humano. Dentro del positivismo jurídico, Kelsen considera al hombre como un ser humano y a la persona como el centro de la imputación de normas. La corriente iusnaturalista, en oposición a la anterior, alega que el hombre es el fin y el fundamento de todo ordenamiento jurídico, el cual reconoce los derechos del hombre como el respeto a su propia existencia.

#### II. REFLEXIONES DOCTRINARIAS

Las posiciones doctrinales vertidas sobre el tema son muy prolíferas. Como ilustración y por su importancia, se trae a colación el criterio doctrinal de Mantovani<sup>1503</sup>, quien sostiene que la naturaleza del *nasciturus* se resume dentro de las posiciones adoptadas por los ordenamientos jurídicos, los cuales resuelven el problema de la siguiente forma: 1). Se diferencia al concebido y al hombre persona, así, el concebido es una simple «cosa», sin

---

<sup>1502</sup> Con este criterio, Messina, «Bioderecho...», pp. 45 ss.

<sup>1503</sup> Vid., en «Uso de gametos, embriones y fetos en la investigación genética con propósitos cosméticos e industriales», en Romero Casabona (ed.), Biotecnología y Derecho. Perspectivas en Derecho Comparado, Ed. Comares, Granada, 1998, pp. 249 ss.

duda esta postura es el empleo extremo de la Tesis utilitarista, (TS de Estados Unidos, 1973). 2). La segunda posición es la equiparación total entre concebido hombre-persona (TC alemán 1975). 3). Tesis de la diferenciación parcial, según la cual el concebido es un ser humano pero no es aún hombre-persona; esta teoría es aceptada y aplicada en la legislación de varios países. Un criterio interesante es el planteado por: Valle Muñiz y González González<sup>1504</sup>, quienes consideran que «no se trata de proteger al óvulo fecundado, en sí mismo, sino de tutelar intereses jurídicos que emanan del cuadro valorativo constitucional, adelantando el momento de la prohibición a las manipulaciones ilícitas sobre preembriones. La vida preembrionaria sería protegida conforme a la dignidad del hombre».

### **III. POSTURAS LEGISLATIVAS**

Dentro de los convenios internacionales, en muchos de ellos se ofrecen criterios no muy definidos sobre el inicio de la protección jurídica del embrión, mientras que en otros se especifica que la vida inicia con la concepción. Así se tiene:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2, 3, 6), no señala expresamente cuándo comienza la vida humana.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12, inc. 1), no establece una posición clara.
- En el sentido anterior se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 6, 7, 16, 26).
- La Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (1997), no hace referencia al momento en que debe

---

<sup>1504</sup> Vid., «Utilización abusiva...», en PJ. pp. 123 ss.

iniciarse la protección jurídica, sino que en su artículo 2, resalta la primacía del ser humano.

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), (artículo 4), considera que la protección de la vida humana comienza con la concepción.
- La Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo afirma que el inicio de la vida comienza con la concepción. Esta postura ha sido objetado por no ser el preámbulo no vinculante.
- La Declaración Médica Mundial sobre los Derechos del no nacido, (artículo 5), considera que la concepción es el inicio de la vida y es el momento en que debe iniciarse la protección al embrión.

## APÉNDICE C

### CLONACIÓN: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y TÉCNICAS UTILIZADAS

#### I. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

##### 1. Clon

Para iniciar con el tema, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española<sup>1505</sup>, define como clon «al conjunto de células u organismos genéticamente idénticos, originados por reproducción asexual a partir de una única célula u organismo o por división artificial de estados embrionarios iniciados. Conjunto de fragmentos idénticos de ácido desoxirribonucleico obtenidos a partir de una misma secuencia original».

Dentro de las definiciones elaboradas por técnicos en la materia, se entiende por clon:<sup>1506</sup> a las múltiples copias con idénticas secuencias de ADN, que son producidas cuando ellas son insertadas dentro de los vehículos de clonación (plasma y otros vectores) y replicados en una bacteria usando estos vehículos clonales.

El informe sobre clonación en las fronteras de la vida<sup>1507</sup>, presenta un estudio interesante y concluye que existen diferentes definiciones de clon. En términos generales, el término clon no es adecuado para ser empleado

---

<sup>1505</sup> DRALE, 22ª edic., p. 570.

<sup>1506</sup> Vid. AAVV. Responsible Science or Technomadness? CLONING, Ruse and Sheppard ed(s), Prometheus Books, New York, 2001, pp. 318-319.

<sup>1507</sup> Comité de expertos sobre bioética y clonación. Instituto de Bioética. Fundación de Ciencias de la Salud. Ed. Doce Calles, S. L. Madrid 1999, pp. 49 ss.



en un debate ético sobre la clonación de animales y de seres humanos; por lo tanto, se requiere de una definición más ajustada, que tenga en cuenta no solo la similitud entre los individuos, sino también la relación de los individuos generados con su progenitor. En este sentido se elabora el siguiente concepto: «individuo o grupo de individuos de idéntica constitución genética nuclear, que procede de un único individuo mediante multiplicación asexual, siendo fenotípicamente muy semejantes al individuo del que derivan; dentro de este contexto la acción y el efecto de clonar se debe denominar clonación».

## **2. Clonación**

Conforme al Diccionario de la Real Academia,<sup>1508</sup> se define a la clonación como: «acción y efecto de clonar (producir clones)».

Dentro de una definición más concreta<sup>1509</sup>, se entiende por clonación a la producción de un número de moléculas genéticamente idénticas en su ADN por la inserción del ADN escogido dentro de un vector plástico, el vector infecta al receptor adecuado, cuyo ADN es replicado en forma de números de copias (clones).

Se plantea que el término clonación tiene dos significados<sup>1510</sup>. Por una parte, designa el procedimiento a través del cual se podían producir millones de copias de un gen insertándolo en el material genético de una bacteria que permita luego la multiplicación de la misma, y por otra parte,

---

<sup>1508</sup> DRALE, 22ª edic., p. 570.

<sup>1509</sup> Vid. AAVV. «Responsible Science...», pp. 318 – 319.

<sup>1510</sup> Cardona, «Genética De Darwin...», p. 125.

se refiere a la producción de ejemplares genéticamente idénticos, cuya población se conoce con el nombre de clon<sup>1511</sup>.

## II. TÉCNICAS EMPLEADAS

En relación al proceso de clonación, la naturaleza presenta casos de seres idénticos<sup>1512</sup> en los gemelos idénticos o monocigóticos, los cuales se producen por la partición de un embrión en las etapas tempranas del desarrollo. En contraposición, el caso de los gemelos no idénticos o dicigóticos, resultan de la fecundación de dos (o más) óvulos por sendos espermatozoides.

El considerable avance científico de los últimos años, ha producido diferentes técnicas para clonar<sup>1513</sup>; se tiene:

### 1. Partición de preembriones

El procedimiento consiste en la partición de un preembrión o separación de blastómeros provenientes de preembriones (embriones pre-implantarios), de dos a treinta y dos o más células (hasta mórula o blastocito temprano), consiguiéndose el alejamiento de las «mitades» o los «cuartos» en una zona

---

<sup>1511</sup> Otros criterios vid.: Osset Hernández, *Ingeniería Genética y Derechos Humanos. Legislación y ética ante el reto de los avances biotecnológicos*. Ed. Icaria. S. A. Barcelona. 2000, p. 111., cita dos conceptos de clonación: el primero de Lacadena, que define como clon «al grupo de organismos de idéntica constitución genética que proceden de un único individuo mediante multiplicaciones asexuales, siendo a su vez, iguales a él»; Aberruche Díaz Flores, (cit. por Osset Hernández), considera que entendemos como clonación: «el proceso de producción de clones, es decir, el proceso que sin la unión de dos células sexuales, y a partir de la implantación del núcleo de una célula con una dotación cromosómica completa en el óvulo, al que previamente le ha sido extirpado el núcleo, se obtiene un ser humano gemelo idéntico, genéticamente a aquel a quien le ha sido extraída la célula dotada de la totalidad de cromosomas».

<sup>1512</sup> Vid. «Informe sobre clonación...», pp. 50 ss.

<sup>1513</sup> *Ibíd.* pp. 50 ss.

pelúcida (cubierta natural) proveniente de otro óvulo o en una cubierta artificial. Si se emplea un preembrión de ocho blastómeros y se obtienen cuatro grupos de dos blastómeros cada uno, en teoría se generarán cuatro individuos idénticos. Si el procedimiento se realiza con varios preembriones a la vez, solo serán idénticos entre sí los que deriven del mismo preembrión. Este procedimiento se ha empleado en animales domésticos desde hace veinte años, y existe un solo intento conocido de aplicación en seres humanos.

Dentro de la esta técnica, existe la posibilidad del surgimiento de mutaciones en el desarrollo embrionario y fetal de cada individuo, que hará que los individuos generados no sean totalmente idénticos entre sí (ni aún genéticamente). Como resultado de la partición de embriones se obtienen individuos idénticos entre sí, tanto en genes nucleares, como en genes mitocondriales (cuando no hay mutaciones), pero no idénticos a sus progenitores. Por consiguiente, este procedimiento da origen a gemelos idénticos (monocigóticos). En la literatura anglosajona, se refieren a este método con el término artificial twinning, con el cual se generan gemelos por un método artificial. Este método no se considera como técnica de clonación en sentido estricto, razón por la que se utiliza el concepto gemelación artificial, debido a que los individuos generados son gemelos, y no deben ser considerados clones (clones son los gemelos idénticos naturales al progenitor).

## **2. Transferencia de núcleos provenientes de células embrionarias o fetales de individuos no natos**

Esta técnica consiste en la transferencia o trasplante de núcleos provenientes de blastómeros de un embrión pre-implantario (preembrión).

Tanto los núcleos de las células de la masa celular interna como del trofodemo (las últimas dan origen a la placenta y a las membranas fetales) tiene capacidad totipotente. La transferencia de estos núcleos a óvulos ha producido individuos viables. De igual forma, también se produce la transferencia o trasplante de núcleos de células embrionarias o fetales que se obtienen de un cultivo primario o que crecen en cultivo celular.

Los núcleos obtenidos de estas dos maneras, pueden transmitirse a un óvulo al que se le haya eliminado previamente sus cromosomas o a un cigoto al que se le han eliminado los pro-núcleos (cigoto «nucleado»). Los núcleos que se transfieren, tienen la mitad de un material genético heredado de un progenitor (padre), y la otra mitad del otro progenitor (madre). El óvulo «receptor» actúa de «nodriza», aunque también aporta sus mitocondrias. En el caso de un cigoto enucleado, en él existen mitocondrias provenientes del espermatozoide que ha fecundado a un óvulo, en proporción muy pequeña respecto a las mitocondrias aportadas por el gameto femenino. Si se usan óvulos provenientes de diferentes donantes, los genes mitocondriales no serán idénticos entre los clones; si se usan cigotos enucleados, pueden existir mitocondrias aportadas por el espermatozoide, y por último, pueden surgir mutaciones en el desarrollo de cada individuo, lo que significaría que los clones, en realidad, no serán totalmente idénticos entre sí.

Dentro de los procedimientos biotecnológicos, se puede citar como ejemplo a los animales domésticos, a los cuales se introduce un transgen en el núcleo de un linaje de células que se mantienen en cultivo. Al transferir estos núcleos transformados a óvulos nodriza, se generarán individuos transgénicos clónicos. Como resultado de esta técnica, se obtienen

individuos casi idénticos entre sí, pero no idénticos a sus progenitores, si se entiende como tales, a los individuos que aportan el material para formar el preembrión o embrión del que se obtuvo el núcleo a transferir. En realidad, el «progenitor» de los clones, es el preembrión (o las células embrionarias o fetales) que se han utilizado como «donante» de los núcleos. Usualmente, el preembrión del que se obtiene los núcleos es destruido, ya sea al separar los blastómeros o al usar estas células con el fin de establecer un cultivo celular. Existe la posibilidad teórica de extraer solo unos pocos blastómeros del preembrión, con el objetivo de utilizar sus núcleos, dejando que el resto continúe con su desarrollo. Por consiguiente, si se considera que el preembrión del que derivan los núcleos es empleado como donante de núcleos y no llega a desarrollarse, nos encontramos frente a una generación intermedia (la del preembrión). Los progenitores aparentes (los que generan el preembrión que donará los núcleos), no serán idénticos a la prole que se genera a partir del preembrión. Por esto se sugiere emplear el término *paraclonación*.

### **3. Transferencia de núcleos de células provenientes de individuos ya nacidos**

El procedimiento empleado en esta técnica consiste en transferir el núcleo de una célula proveniente de un individuo ya nacido (niño, joven o adulto), a un óvulo o a un cigoto enucleado. Este procedimiento ha sido empleado con éxito en varias especies animales, y se consiguió el nacimiento de crías vivas con distintos tipos celulares; el caso más famoso es el de la oveja Dolly, en la cual se empleó núcleos de la glándula mamaria. Igual que en la técnica anterior, el óvulo receptor actúa de nodriza aunque también aporta sus mitocondrias, y en el caso de emplear un cigoto enucleado, existirán mitocondrias provenientes del espermatozoide que ha fecundado al óvulo,

en una proporción muy pequeña respecto a las aportadas por el gameto femenino. Se debe tener en cuenta, igual que en el procedimiento anterior que, si se usan óvulos provenientes de diferentes donantes, los genes mitocondriales no serán idénticos entre los clones; si se emplean cigotos enucleados, pueden existir mitocondrias aportadas por el espermatozoide, y por último, pueden surgir mutaciones en el desarrollo de cada individuo, lo que significaría que los clones, no serán absolutamente idénticos entre sí o a su progenitor.

La tecnología empleada, hasta el momento se ha basado en el empleo de células somáticas. Existe también la posibilidad de utilizar núcleos provenientes de células germinales no diferenciadas, como por ejemplo: ovogonias o espermatogonias. En este caso no sería correcto hablar de «trasplante de núcleos de células somáticas» y debería hacerse la distinción correspondiente.

En términos generales, el trasplante del núcleo de células provenientes de individuos ya nacidos, podrían carecer de interés para generar clones de animales domésticos transgénicos, aunque podría ser de interés por «multiplicar» individuos adultos con valor genético probado. Al emplear *núcleos procedentes de células de individuos ya nacidos*, estos individuos serán los progenitores de los nuevos seres generados. En este caso, el aspecto más importante a destacar, es que los genes nucleares de los individuos generados serán *casi* idénticos a los de su único progenitor. Por este motivo, se sugiere usar el término de clonación solo para este método (clonación verdadera o clonación en sentido estricto).

## APÉNDICE D

### PROCESO PARA SELECCIÓN DE RAZA: TRANSGÉNESIS

El término transgénico<sup>1514</sup>, define a «aquel cuyo genoma ha sido modificado por la introducción de un ADN exógeno o por la delección de un fragmento de ADN propio. El ADN exógeno puede ser un gen de otra especie o una secuencia nucleotídica propia alterada. El ADN introducido se llama transgen, y generalmente, se mantiene integrado de forma estable en el genoma del animal transgénico».

Como transgénesis<sup>1515</sup> se describe a la modificación genética que se realiza en animales mediante el empleo de genes. Dentro de las técnicas empleadas<sup>1516</sup>, los métodos fundamentales son: a). Microinyección de ADN a huevos fecundados, b). Obtención de transgénicos por introducción de ADN en embrioblastos del blastocisto, c). Otros métodos como: vectores retrovíricos, transferencia de espermatozoides, adenovirus como vectores.

---

<sup>1514</sup> Sánchez Bonastre y Folch Albareda, «Transgénesis y mejora animal», en Casado, González-Duarte (eds), «Los retos de la Genética...», p. 193.

<sup>1515</sup> Vid. AAVV, «Responsible Science...», p. 327.

<sup>1516</sup> Izquierdo Rojo, «Ingeniería genética...», pp. 247 ss.

## APÉNDICE E

### POLÉMICA EN RELACIÓN A LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS ORGANISMOS MODIFICADOS GENÉTICAMENTE (OMGs)<sup>1517</sup>

#### I. ANIMALES TRANSGÉNICOS:

**1. Ventajas.** Aumento del crecimiento animal: mayor producción y calidad de lana de oveja, mayor acoplamiento de la leche ovina al ser humano. La producción de animales resistentes a ciertos anticuerpos, sirven de base para el estudio de enfermedades humanas por su cercanía evolutiva al hombre. Creación de proteínas terapéuticas humanas difíciles de obtener por otros medios. Trasplante de órganos a seres humanos. Mejora en la selección de razas.

**2. Desventajas.** Menor capacidad reproductiva y mayor presencia de patologías. Posibles trasposos víricos en los xenotrasplantes. La presencia de enfermedades infecciosas. Riesgo de epidemias transespecies. Riesgo de

---

<sup>1517</sup> Sánchez Bonastre y Folch Albarede, «Transgénesis y mejora animal», en Casado, González-Duarte (eds), «Los retos de la Genética...», pp. 196-199; Muñoz, «Ingeniería genética en el sector primario...», pp. 9-13, 17 ss.; el mismo en Una visión de la Biotecnología. Principios, Políticas y Problemas, Fondo de Investigación Sanitaria, Madrid, 1994, pp. 79 ss.; Puigdoménech, Libro verde de la biotecnología en la agricultura ¿Ilusión o Realidad?, Sociedad española de Biotecnología, Madrid, 1997, pp. 24-53, 66; Observaciones sobre la agricultura genética modificada y la degradación de las especies, Encyclopédie des Nuisances, París, trad. al castellano Alikornio, Ed. Barcelona, Barcelona, 2000, pp. 30-67 ss.; Mae-Wan, Ingeniería Genética, ¿Sueño o pesadilla?, Ed. Gedisa, 1.ª edic., Barcelona, 2001, pp. 20 ss. y 54 ss.; Izquierdo Rojo, «Ingeniería genética...» pp. 305-319; Cardona, «Genética. De Darwin...», pp. 111-117; Anderson, Transgénicos, Ingeniería genética, alimentos y nuestro medioambiente, trad. y edic. Santamarta, Gara Proyecto, 2050, Madrid, 2001. pp. 32 ss.; Almodóvar Iñesta, Régimen jurídico de la Biotecnología agroalimentaria, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 32 ss.



reacciones inmunológicas. Riesgo de cáncer. Presencia de supervirus. Riesgo de mutaciones. Nuevas enfermedades ratiogénicas.

## II. PLANTAS TRANSGÉNICAS

**1. Ventajas.** Mejoramiento de plantas para su comercialización. Obtención, en poco tiempo, de plantas que han llevado decenas de años de cruces experimentales y de selección de semillas por los agricultores. Obtener proteínas de interés farmacológico. Retardar el proceso de maduración, Producción de plantas resistentes a los herbicidas, resistencia a patógenos como virus, bacterias, hongos, nematodos e insectos, plantas tolerantes a las situaciones estresantes de salinidad, aridez o frío. Obtención de plásticos biodegradables. Producción de anticuerpos. Resolución de problemas relacionados a la agricultura por sobrepoblación. Solución de necesidades alimenticias. Su producción está sujeta a un estricto control.

**2. Desventajas.** Los transgenes pueden pasar a otros organismos. Creación de resistencia a los herbicidas. Reacciones alérgicas en los consumidores. Resistencia a los insectos. Dominio de empresas multinacionales en estas áreas. Contaminación del medioambiente. Ideológicamente se ubica dentro del artificialismo de la naturaleza y abriría aún más la brecha entre países desarrollados con los países en vías de desarrollo. Algunos organismos internacionales alegan la imposibilidad de predecir las consecuencias de los transgenes; si bien, algunas técnicas han obtenido éxito, otras han fracasado, como alternativas se sugiere el empleo de la Biotecnología para la producción de una agricultura orgánica y una medicina eficaz, ya que en la actualidad los productos orgánicos tienen un costo más elevado que los transgénicos.

### LAS CÉLULAS TRONCALES O CÉLULAS MADRE<sup>1519</sup>

#### I. CÉLULA, PROGRAMACIÓN Y DIVERSIDAD

La ciencia se ha alcanzado un gran conocimiento sobre la vida de las células y los diferentes tipos que existen<sup>1520</sup>, se puede decir que la vida es diversidad, precisamente por la variedad de ellas. Cada clase de célula responde a una programación que regula su funcionalidad y su comportamiento. La programación celular hace que cada una tenga las instrucciones necesarias sobre su comportamiento, el cual responde en buena parte, al ambiente externo siempre cambiante; por lo tanto, la programación celular supone la capacidad de adaptación a las circunstancias externas y las capacidades celulares constantes en el programa son los responsables del desarrollo de la vida en cada célula, de

---

<sup>1518</sup> Para ilustrar este apéndice se toma como obra básica el nuevo trabajo de César Nombela: «Células madre..», o.cit., por ser el autor un destacado catedrático y conocedor del tema, y porque su obra los últimos conocimientos generales sobre las células madre y en relación a ello, se considera que la célula es el soporte de la vida.

<sup>1519</sup> A criterio del profesor Nombela, «Células madres...», pp. 4 y 13, existen problemas terminológicos, pues, el correcto nombre de famosas células madres es: células troncales, porque son células que tienen troncalidad en diferentes grados, pero por cuestiones de traducción del inglés «stem cells», se emplea comúnmente el nombre de células madre; sin duda, la belleza de la expresión está ocasionando mucho éxito a la denominación. Esta confusión terminológica no se puede decir que se ha producido en la legislación española, que emplea el término correcto: células troncales en su texto, aunque se continúe cotidianamente empleando el término de células madre.

<sup>1520</sup> Vid. Arana (cit. por Nombela), *Materia, Universo, Vida, Tecnos*, Madrid, 2001, sobre las diferentes teorías respecto de la célula, se refiere a la teoría celular, formulada por el alemán Rudolf Virchow en 1858, según la cual, cada célula es portadora, en sí, de la totalidad de las características propias de la vida, por lo que los animales y demás organismos estaban constituidos por la suma de estas «unidades vitales»...

tal forma, que el dinamismo en el proceso es la clave para la vida celular<sup>1521</sup> y no una ejecución predeterminada en dicho proceso<sup>1522</sup>.

## II. EL MATERIAL GENÉTICO Y SU INFLUENCIA EN LAS CÉLULAS MADRES

Con la fecundación de los gametos masculino y femenino (espermatozoide y óvulo) se origina el cigoto, con lo cual se inicia el desarrollo embrionario por diversas divisiones celulares. El cigoto, en sus inicios, es una célula única que puede originar un ser humano completo con toda la variedad de órganos y tejidos. El programa genético de cada individuo viene escrito en el material genético que contiene el cigoto, que por herencia de los progenitores constituye el programa en el que están escritas las instrucciones para el funcionamiento de las células, de tal forma, que ninguna célula puede ser materializada si no se encuentra dentro de las instrucciones programadas genéticamente. El programa genético que tienen las células les lleva a especializarse y a diferenciarse, pero la dotación genética no varía<sup>1523</sup>.

---

<sup>1521</sup> Vid. Ochoa, Severo: Escritos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1999, p. 5, al formular una definición sobre vida, considera que «muy característico de la vida es o que podríamos llamar su dinamismo. Todo se encuentra en constante estado de flujo».

<sup>1522</sup> *Ibidem.* pp. 4-5.

<sup>1523</sup> Vid., *ibíd.*, p. 49. n. 4. Excepto que se dé alguna mutación genética en el curso de la multiplicación celular, por lo tanto, estos cambios se transmiten a todas las células que se originan posteriormente, pero si bien pueden alterar el fenotipo, no pueden cambiar la regla de la dotación genética que es la misma que se deriva a todas las células procedentes del cigoto.

En resumen, se puede decir, que el programa genético y el nicho celular (localización)<sup>1524</sup> son muy importantes para dirigir el desarrollo y diferenciación celular. Por lo tanto, de los genes y su programación genética en el cigoto, las células siguen un proceso de división y especialización sin perder su patrón genético<sup>1525</sup>, al tiempo que refleja la individualidad de cada organismo. El patrón genético determina la naturaleza del cigoto, así, de un cigoto de ratón surgirá un ratón y de un cigoto humano surgirá una persona, mientras que la individualidad le dota de características propias provenientes de la mezcla de los genes de los progenitores y que le diferencian de otros individuos de la misma especie<sup>1526</sup>.

### **III. TIPOS DE CÉLULAS MADRE O TRONCALES**

#### **1. Células madre totipotentes**

Como se dijo, la única célula madre totipotente es el cigoto, fruto de la fecundación de un óvulo femenino por un espermatozoide masculino. El cigoto es una célula única que tiene la potencialidad de originar un organismo completo. Por este motivo, se considera que el embrión, en su estadio inicial, es una célula totipotente, mediante sucesivas multiplicaciones, genera toda una variedad de células diferentes que

---

<sup>1524</sup> Con relación al nicho celular las investigaciones actuales enfatizan sobre el papel que tiene el nicho para el funcionamiento de las células, de momento se conoce que representa un microambiente celular adecuado para el mantenimiento de ciertas propiedades.

<sup>1525</sup> Sobre el tema, H. Pearson, «Your destiny from day one», NM (nature magazine), 418, 14, 2002, considera que la existencia de un patrón en la etapa embrionaria, desde las etapas más tempranas hacen que las células vayan en un inicio especializando sus funciones.

<sup>1526</sup> Vid. Nombela «Células madres...», pp. 43- 53.

integran el nuevo organismo que nacerá y seguirá su ciclo vital. La potencialidad total del cigoto también implica que a partir del mismo, se origine la placenta que contiene al feto y permite su desarrollo, en relación y conexión con la madre gestante<sup>1527</sup>.

## 2. Células madre pluripotentes de origen embrionario

Las células madre de origen embrionario tienen como característica su potencia de crecimiento, debido a que proceden de células que se encuentran desarrollando a un nuevo ser mediante diversas multiplicaciones. Las células que se obtienen de la masa interna del blastocisto pueden ser cultivadas, pero hasta el momento, con la tecnología actual, el proceso produce la destrucción inevitable del embrión<sup>1528</sup>. Estas células procedentes de diferentes mamíferos presentan su capacidad de multiplicación y de diferenciación<sup>1529</sup>.

La importancia del descubrimiento de las células madre, de origen embrionario (embryonic stem cells –ESC–)<sup>1530</sup> ha permitido el control en laboratorio de los procesos de división celular de los mamíferos y de los seres humanos. Sin embargo, del cigoto que es la única célula totipotente,

---

<sup>1527</sup> Vid., Nombela, «Células madre...», pp. 47-48.

<sup>1528</sup> Sobre este aspecto se debe aclarar que dependiendo del procedimiento que se defiendan, dentro de la literatura especializada, existen científicos que apoyan el trabajo con células madre embrionarias, en este caso, la destrucción del embrión es minimizada. Por otra parte, quienes son partidarios del empleo de células madre adultas (Nombela), rechazan la destrucción de los embriones.

<sup>1529</sup> *Ibíd.*, p. 62.

<sup>1530</sup> El pionero en la investigación de células madre, de origen embrionario, es el investigador James Thompson, del Centro de Investigación de Primates de la Universidad de Wisconsin, con la colaboración de otros científicos (Itskovitz-Eldor, Shapiro, Waknitz, Swiergiel, Marshal y Jones), publicaron en SM, el artículo: «Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts», 283, 1145 - 1147, 1998.

capaz de generar un individuo completo, las células que se obtienen de la masa interna del blastocito, son consideradas como pluripotentes porque no pueden originar un organismo completo, pero sí crear una diversidad de células<sup>1531</sup>. En este sentido, es preciso realizar una puntualización, pues, las células de origen embrionario, si bien se obtuvieron del embrión, son el resultado de la diferente multiplicación realizada en un laboratorio, por lo tanto, deben ser designadas con el nombre de células de origen embrionario y no como células embrionarias, lo último implicaría partir siempre de un embrión nuevo y obtener las primeras células<sup>1532</sup>.

Con todo ello se puede resumir, que las características de estas células son una notable plasticidad en su desarrollo (pluripotencialidad), capacidad intensa para proliferar *in vitro*, clonalidad y cariotipo estable en condiciones de laboratorio, diferenciación a tipos celulares distintos, mediante estimulación adecuada, susceptibles de modificación genética, capacidad tumorigénica al ser trasplantadas (formación de teratomas)<sup>1533</sup>.

### **3. Otras fuentes de células madre pluripotentes**

Dentro del carácter pluripotente, es indispensable el crecimiento celular vigoroso y la plasticidad que presenta para la capacidad de diferenciación. Estas características se manifiestan en ciertos grados de desarrollo celular, razón por la cual, existen otros orígenes de células con estas características, es así, que no necesariamente deben tener un origen embrionario. Entre otras células con capacidad pluripotente se tiene:

---

<sup>1531</sup> Vid., Nombela, «Células madres...», p. 64.

<sup>1532</sup> *Ibidem*, pp. 64-65.

<sup>1533</sup> *Ídem*. p. 65

- a). Los tumores gonadales de tipo de los teratocarcinomas pueden contener algunas células madre, y las células obtenidas de los tumores testiculares humanos se han usado para generar líneas celulares de diferentes tipos.
- b). Los fetos procedentes de los abortos, conocidos dentro de la terminología inglesa como células madre germinales (EGC).
- c). Los embriones agámicos, los que resultan de un proceso de partogénesis del mismo y no de la fecundación del óvulo.
- d). Las células madre de origen adulto, algunas de ellas se están identificando por las posibilidades que ofrecen, de tal forma, que se pueden calificar a estas células madre como células pluripotentes<sup>1534</sup>.

#### **4. Células madre adultas**

La capacidad regenerativa del organismo es patente en muchos casos, lo que ha hecho pensar que en el cuerpo deben existir células madre que permitan la regeneración de un organismo tan complejo como es el adulto. El ejemplo más significativo de la regeneración de las células se encuentra en la piel, cuando se produce un daño en algún tejido epidérmico se inicia el proceso de autoregeneración; por otro lado, otros tejidos como el hepático, el renal, el intestinal, entre otros, son capaces de regenerarse. Sin embargo, el ejemplo clásico del poder regenerativo del cuerpo humano son las células de la sangre: en la médula ósea, se localiza la capacidad hematopoyética que supone la regeneración de todas las células hematopoyéticas a lo largo de la vida el individuo, por este hecho se conoce, que esta función regeneradora cuenta con un gran número de

---

<sup>1534</sup> Vid., Nombela, «Células madres...», pp. 67 - 68.

células especializadas que forma parte de la sangre y del sistema inmunitario; de tal forma, que la médula ósea es la principal reserva de células madre de nuestro organismo, un nicho fundamental para la regeneración celular. Conforme a los últimos estudios, se están localizando diversidad de células madre en el organismo mamífero adulto, como en el cerebro, hecho que está sorprendiendo, debido a que las potencialidades de las células madre adultas cada vez es mayor de lo que se esperaba. A pesar de ello, de momento, las células madre adultas pueden ser denominadas como multipotenciales, a pesar de que están demostrando grados regenerativos inesperados<sup>1535</sup>.

#### **4.1. Las células madre adultas, más allá de la multipotencialidad**

Para comenzar, se ha de indicar que las células multipotentes son las que generan un solo tipo de linaje celular, como ejemplo se tiene a las células madre hematopoyéticas (o de la sangre), que producen únicamente células de la estirpe hematopoyética (glóbulos rojos y todos los tipos de glóbulos blancos)<sup>1536</sup>. El estudio de las células madre adultas siempre estuvo relacionado a la multipotencialidad como característica de esta clase de células, pero, con posterioridad se ha demostrado<sup>1537</sup> que en la médula ósea se puede aislar otras células y no específicamente las células progenitoras sanguíneas. A partir del estudio realizado con ratones y con células

---

<sup>1535</sup> *Ibíd.*, pp. 73 ss.

<sup>1536</sup> Vid. Donovan, Gearhart, «The end of the beginning for pluripotent stem cells», *NM*, 414, pp. 92-97, 2001.

<sup>1537</sup> Catherine Verfaillie, del Instituto de Células Madre de la Universidad de Minnesota en Minneapolis, efectúa interesantes estudios sobre células madres adultas en colaboración de otros científicos (Jiang, Jahagirdar, Reinhardt, Schwartz, Keene, Ortiz-González, Reyes, Lenvik, Lund, Blackstad, Du, Aldrich, Lisberg, Low, Largaespada), fruto de ello, publicaron el artículo: «Pluripotency of mesenchymal stem cells derived from adult marrow», *NM*, 418, pp. 25-27, 2002.



humanas se demostró la existencia de otros tipos de células aparte del linaje hematopoyético de la médula ósea, estas poblaciones de células presentan un comportamiento de células madre y están destinadas a generar células progenitoras hematopoyéticas<sup>1538</sup>.

#### **4.2. Células progenitoras adultas multipotentes (multipotent adult progenitor cells / MAPC)**

Las células encontradas por el equipo de Verfaillie, recibieron el nombre de células progenitoras adultas multipotentes, y podían multiplicarse en cultivos de laboratorio establemente y con la capacidad de generar diversos tipos celulares que no estaban restringidos a las células sanguíneas. Las características que presentan estas células progenitoras mesenquimales procedentes de la médula ósea, constituyen un ejemplo excelente de células madre adultas comparables a las de origen embrionario<sup>1539</sup>. Las principales características que presentan estas células son la capacidad regeneradora en numerosos órganos y tejidos; el sistema hematopoyético, la reserva fundamental de células madre adultas; presencia en piel, intestino, músculo esquelético, tejido adiposo, etc.; la importancia de presencia de células troncales en el sistema nervioso central; el concepto de «restricción», en cuanto a capacidad de generación de tipos celulares se reduce considerablemente, con la posibilidad de originar otros tipos de células, así:

---

<sup>1538</sup> Nombela, «Células madres...», pp. 76-77.

<sup>1539</sup> Al respecto, otros trabajos publicados por el equipo de Verfaillie, en 2002 en la NM, con el título “A human stem cell Project?, admitían que los resultados situaban a las células madre adultas al mismo nivel de posibilidades que hasta ese entonces solo se le atribuía a las células madres de origen embrionario; otro trabajo de la investigadora con Jiang, Hederson, Blackstad, Chen, Millar, titulado «Neuroectodermal differentiation from Mouse multipotent adult progenitor cells», PNAS; 100, pp. 11854-11860, 2003, indican que la generación de células similares a neuronas propias del cerebro medio (MAPC del ratón), cocultivadas con astrocitos (una fracción de células procedentes del cerebro) eran capaces de transmitir impulsos propios de las células neurales.

célula hematopoyética a neural, hematopoyética a hepática, epidérmica a neural, neural a cardíaca.

Se concluye que las células madre adultas son específicas de ciertos órganos por su procedencia, pero su diferenciación no se restringe a generar células propias de ese órgano, por lo tanto, si bien se sigue manteniendo la diferencia de células madre pluripotentes (de origen embrionario) y células madre multipotentes (adultas) es una cuestión de grado y se puede presentar muchas matizaciones<sup>1540</sup>.

### **4.3. Otras fuentes de células madres multipotentes**

#### **4.3.1. Mesodermo**

Dentro de las tres capas germinales que se producen en las primeras etapas del desarrollo embrionario (mesodermo, ectodermo y endodermo), es en el mesodermo donde surgen líneas celulares que originarán células madre adultas. Junto a lo anterior, en esta área se desarrollan los órganos hematopoyéticos mediante líneas de células activas que participan en la formación de las células de la sangre y del sistema inmunitario. El mismo origen poseen las células progenitoras de las cuales se deriva el tejido muscular, óseo, cartilaginoso, endotelios<sup>1541</sup>.

En la médula ósea se encuentran tres tipos de células madre: las mesenquimales, las diferenciadas ya a progenitores hematopoyéticos y las células progenitoras adultas multipotentes.

---

<sup>1540</sup> Nombela, «Células madre...», pp. 77-83.

<sup>1541</sup> Incluso se ha afirmado que este tipo de células constituye un acervo de células madre postnatal, y que incluso pueden generar células endodérmicas y ectodérmicas.

Entre las células madre encontradas en la propia sangre periférica, hay dos tipos muy importantes:

a) Subpoblación de monolitos susceptibles de diferenciarse a una gama tan amplia de tipos celulares, que merecen ser calificados como células madre pluripotentes<sup>1542</sup>.

b) Células madre del cordón umbilical<sup>1543</sup>.

Otra fuente de células madre multipotentes de origen mesodérmico es el tejido adiposo, lo que abre posibilidades importantes para su estudio por ser un material de fácil acceso y obtención.

#### **4.3.2.1. Ectodérmico y endodérmico**

Las células madre del sistema nervioso central tienen un origen ectodérmico<sup>1544</sup>.

En relación a las líneas endodérmicas, se han localizado células madre en el hígado, con capacidad de generar hepatocitos, incluso productoras de

---

<sup>1542</sup> Vid., con mayor amplitud, Zhao, Glesne y Huberman: «A human peripheral blood monocyte-derived subset acts as pluripotent stem cells», PNAS, 100, pp. 2426-2431, 2003.

<sup>1543</sup> Las células madre del cordón umbilical presentan un potencial muy prometedor dentro de la Medicina regenerativa, muchas de sus facultades aún están en estudio, pero de lo que se conoce se han podido diferenciar células neuronales y hepáticas, y se emplea en el caso de tratamiento de tumores hemáticos, mediante el trasplante de células de cordón umbilical de donantes histocompatibles. Todos estos beneficios procedentes de las células madre del cordón umbilical ha originado la creación en muchos centros a nivel mundial de bancos especiales para preservar las células.

<sup>1544</sup> Vid., Sanai y otros: «Unique astrocyte ribbon in adult human brain contains neural stem cells but lacks chain migration», NM, 427, pp. 740-744, 2004, efectuaron un importante estudio sobre la reserva de células madres adultas en el sistema nervioso central con capacidad para la neurogénesis.

insulina. De igual manera, este aspecto se ha demostrado para progenitores asilados del páncreas, lo que ejemplifica la capacidad regeneradora de vísceras y glándulas<sup>1545</sup>.

#### **IV. APLICACIÓN DE LAS CELÚLAS MADRE EN MEDICINA REGENERATIVA**

Con motivo de los avances científicos y el considerable progreso tecnológico se han introducido nuevos términos dentro de la Medicina, así, se habla de una medicina genómica, resultante del avance genómico, pero su aplicación se hace y se hará de una forma gradual a medida que los avances se vayan perfeccionando y aplicando sin riesgo para el ser humano<sup>1546</sup>. Una mayor profundización en el conocimiento genético traerá consigo una medicina más individualizada, con base precisamente en la individualidad genética para el diagnóstico, prevención y tratamiento de muchos casos, con todo ello nace una novedosa medicina regenerativa<sup>1547</sup>, basada en el empleo de las células madre, lo que se ha conoce como Terapia celular<sup>1548</sup>. Las enfermedades de estudio prioritario para la Terapia celular son las cardíacas, las neuronales (parkinson, alzheimer) y la diabetes.

---

<sup>1545</sup> Nombela, «Células madres...», pp. 87 ss.

<sup>1546</sup> Vid., Ginsburg, «Genomic Medicine: “Grand challenges” in the translation of genomics to human health», EJHG, 16, 873–874, 2008, (po June 18, 2008), El autor sostiene, que a pesar de los avances en Medicina Genómica, aun el desarrollo y la aplicación clínica de la Medicina genómica tiene muchos problemas por solventar, especialmente relacionados a la protección de la intimidad, la obtención de pruebas y el costo del desarrollo de la Medicina genómica para empleo en la practica clinica.

<sup>1547</sup> Vid., DeWitt, «Regenerarive medicne», NM 453, p 301, 2008, (po May 14, 2008), en este estudio sobre el interés científico de potenciar la regeneración de las células somáticas mediante otros procedimientos como la clonación e inserción de genes procedentes de células madre de origen embrionario.

<sup>1548</sup> Vid, supra, PT, cap VII, ap. 4.2.1.3.

Si bien las investigaciones en base a la Terapia génica son alentadoras para varias enfermedades, aún se debe superar algunos límites como son los problemas de posibles tumores y rechazos e histocompatibilidad<sup>1549</sup>. Conjuntamente con ello, se debe señalar que este campo de posibilidades se presta para los fraudes científicos<sup>1550</sup>, mediante la afirmación de supuestas aplicaciones que de momento no pueden realizarse<sup>1551</sup>.

---

<sup>1549</sup> NM, «Consent issues restrict stem-cell use», (po July 28, 2008) El artículo plantea que en la actualidad, existe una fuerte controversia en Estados Unidos, algunas universidades y biotecnólogos se encuentran preocupados por la falta de los requisitos del consentimiento informado que debe obtenerse para el uso de células madres de origen embrionario dentro de los proyectos que serán financiados con dinero federal, pues, se ha detectado que varias mujeres han otorgado un consentimiento no válido sobre las células madres embrionarias, porque los formularios no cumplen con los requisitos. Con ello, las universidades se están planteando proponer nuevos límites a las líneas de investigación sobre células de origen embrionario.

<sup>1550</sup> Se cita el caso del anuncio del primer bebé clónico por parte del científico coreano Hwang que resultó ser un fraude.

<sup>1551</sup> Nombela, «Células madres...», pp. 121 ss.

## APÉNDICE G

### LEGISLACIÓN DANESA SOBRE BIOTECNOLOGÍA<sup>1552</sup>

#### I. DERECHO DANÉS: CONSIDERACIONES GENERALES

El actual Derecho escandinavo por su historia y raíces comunes agrupa a los derechos de Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia. Debido a las características propias que presenta este Derecho no se puede agrupar dentro de la Familia de la Common Law o de la Familia romano-germánica, si bien ofrece ciertas similitudes con esas familias, a la vez es marcadamente diferente, de tal forma, que forma un grupo propio denominado Familia nórdica o escandinava<sup>1553</sup>. Entre las principales diferencias, que a su vez es la justificación de tratarla como un grupo aparte se tienen los siguientes aspectos: la Familia jurídica nórdica se diferencia de la Common Law principalmente por el desarrollo histórico, pues, a la Common Law comprende los sistemas jurídicos relacionados con el Derecho inglés medieval, mientras que el derecho nórdico ha tenido otro desarrollo. De igual forma, no comparten la relevancia que tiene las decisiones judiciales y el papel de los jueces angloamericanos para la creación del Derecho. También presentan diferencias relevantes en el derecho privado. Con respecto a la Familia romano-germánica, a pesar de las diferencias, las dos familias presentan rasgos comunes, a pesar de la

---

<sup>1552</sup> Este apéndice fue investigado y desarrollado durante una estancia de investigación en la Universidad de Aarhus, Departamento de Derecho penal (octubre-noviembre de 2007) y pretende ofrecer una visión muy general de la legislación danesa sobre Biotecnología.

<sup>1553</sup> Se usa estas dos palabras como sinónimos, porque desde el punto de vista geográfico ni Dinamarca, ni Islandia pertenecen a la Península escandinava.

limitada presencia del Derecho romano en los países nórdicos, sin embargo se ha dado una mayor influencia del Derecho alemán<sup>1554</sup>.

Los fundamentos principales del Derecho danés se encuentran en la legislación, en las decisiones recomendadas por la Corte y en la Ciencia Legal. En relación a la legislación si bien se han elaborado codificaciones en algunas ramas, estas no tienen la minucia que presentan los códigos de la familia romana-germánica, la legislación danesa es complementada por las recomendaciones que puede hacer la Corte en sus fallos judiciales, y finalmente, la Ciencia legal, adquiere una posición crítica y una facultad creativa con el fin de ser una guía en la consecución de leyes válidas<sup>1555</sup>.

La Constitución danesa (última revisión en 1953)<sup>1556</sup> regula el tipo de gobierno parlamentario y las funciones que debe cumplir en la implementación e interpretación de reglas. Los poderes del Estado están distribuidos en Gobierno, Parlamento y la Corte Suprema<sup>1557</sup>. La Constitución contiene un catálogo de los derechos civiles y políticos como la libertad de personal, la libertad de expresión, la libertad religiosa, el derecho a asociarse libremente y a la protección de la propiedad privada. Las Cortes han respetado siempre los derechos fundamentales por lo que se puede hablar de una real garantía de los principios fundamentales. Sin embargo, muchos derechos humanos están regulados fuera de la

---

<sup>1554</sup> Vid., Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, 2.ª Ed. New York, Oxford, University Press, 1992, pp. 287 -299.

<sup>1555</sup> AAVV, *The Danish Committee on Comparative Law*, Nielsen & Lydiche, Copenhagen, 1963, pp. 9 ss.

<sup>1556</sup> Adam Rehof, «The Danes, Their Constitution and the International Community», en AAVV, *Danish Law in European Perspective*, 2ª edic., Thomson Publishers, Copenhagen, 2002, pp. 65-66.

<sup>1557</sup> *Ibíd.* pp. 67-75.

Constitución por lo que se considera la necesidad de realizar reformas fundamentales<sup>1558</sup>.

En cuanto al Derecho penal, en sus inicios el Derecho penal danés se desarrolló dentro del derecho estatutario (leyes provenientes del Parlamento), así se dieron numerosas leyes penales provisionales dentro de los estatutos y en la compilación de otros textos legales escritos en las providencias danesas durante la primera cuarta parte del siglo XIII, y durante el transcurso de los siglos estas leyes provisionales fueron sustituidas por las leyes nacionales y municipales. Gran parte de la actividad legislativa fue estimulada por la Reforma de 1536<sup>1559</sup>, cuando la Iglesia creó una jurisdicción criminal con su facultad de ejercicio sobre la base del Derecho canónico. Por la acción de la Iglesia se perdió la influencia de las autoridades legales, así, el impacto de las ideas religiosas sobre el Derecho penal al mismo tiempo fue sustancialmente reforzado. El desarrollo secular de la ley posterior a la Reforma fue en su mayoría influenciado por el Pentateuco y otros recursos de enseñanza moral; el desarrollo del sistema durante los siglos XVI y XVII mostraron elementos demasiado severos<sup>1560</sup>. En tiempos más recientes el derecho penal escandinavo en general y por ende el Derecho penal danés ha tenido una notable influencia del Derecho penal y de la doctrina alemana, particularmente en los siglos XVIII y XIX, así también la influencia entre los derechos penales escandinavos entre sí ha sido notoria para la actual legislación y Teoría penal<sup>1561-1562</sup>.

---

<sup>1558</sup> *Ibíd.* pp. 83 y 91.

<sup>1559</sup> La Reforma luterana de 1536, reformó el poder de la Corona y apartó el Derecho canónico y su aplicación.

<sup>1560</sup> Waaben, «Criminal Law», en «Danish law...», p. 351.

<sup>1561</sup> The Danish Committee on Comparative Law, «Danish and...», p. 208.

<sup>1562</sup> *Ibíd.*, p. 474, entre las causas de justificación, el Código danés contiene reglas específicas sobre la legítima defensa, el estado de necesidad y otros subgrupos de causas



## II. NORMATIVA DANESA SOBRE BIOTECNOLOGÍA

### 1. Algunas leyes sobre Biotecnología y otras actividades médicas

Ley sobre experimentación animal, de 9 de septiembre de 1993<sup>1563</sup>.

Ley sobre daños al medioambiente, de 6 de abril de 1994.

Ley sobre productos Médicos, de 28 de julio de 1995<sup>1564</sup>.

Ley sobre el uso de información médica dentro del mercado laboral, de 24 de abril de 1996.

Ley sobre derechos de los pacientes, de 1 de julio de 1998<sup>1565</sup>.

Ley sobre elección del sexo, de junio de 1997.

Ley sobre reproducción asistida, de 10 de junio de 1997<sup>1566</sup>.

Ley sobre uso de información médica por parte de las compañías de seguros, de 10 de junio de 1998.

Ley sobre medioambiente e Ingeniería Genética, de 6 de junio de 1999.

Ley Nacional sobre prácticas médicas de 2001.

Ley de Ingeniería Genética, de 3 de diciembre de 2002<sup>1567</sup>.

Ley sobre investigación biomédica y sobre el sistema de comités de Ética, de 28 de mayo de 2003<sup>1568</sup>.

Ley sobre aborto, de 14 de junio de 2004.

---

de justificación, pero excluye al consentimiento de la víctima como causa de justificación y a la orden de un superior.

<sup>1563</sup> Reformas: Ley 1081, de 20 de diciembre de 1995, Ley 433, de 31 de mayo de 2000 y Ley 315, de 5 de mayo de 2004.

<sup>1564</sup> Reformas. Ley 1228, de 27 de diciembre de 1996, Ley 1043, de 23 de diciembre de 1998, Ley 493, de 7 de junio de 2001, Ley 255, de 8 de mayo de 2002.

<sup>1565</sup> Reforma: Ley 312, de 5 de mayo de 2004.

<sup>1566</sup> Reformas: Ley 427, de 10 de junio de 2003, Ley 69, de 4 de febrero de 2004 y Ley 240, de 5 de abril de 2004.

<sup>1567</sup> Reformas: Ley 436 ó 444, de 9 de junio de 2004, Ley 1473, de 20 de diciembre de 2004, Ley 21, de junio de 2007.

<sup>1568</sup> Reforma: Ley 272, de 1 de abril de 2006.

Guía sobre diagnóstico prenatal, de 2004.

Ley de Salud, de 24 de junio de 2005

## **2. NORMATIVA APLICABLE A VARIOS TEMAS MÉDICOS**

### **a) La investigación biomédica.**

La Ley sobre investigación biomédica y el sistema de comités de Ética, de 2003, tiene como objeto salvaguardar el bienestar físico y psicológico de las personas que participen en un proyecto de investigación biomédica. De tal forma, que todas las normas se refieren al consentimiento del participante en los dichos proyectos. La Ley hace hincapié en la protección de los derechos de los individuos dentro de las prácticas de investigación biomédica<sup>1569</sup>.

Con mayor detalle entre los demás objetivos de la Ley, se encuentra el de elaborar el marco legal para la evaluación científica y ética de las investigaciones biomédicas sobre los procesos de vida individual, el empleo de células madre en fertilización *in vitro*, la fertilización de óvulos humanos, la investigación sobre embriones y fetos, el empleo de tejidos, células, material genético humano, fetos y demás material humano.

La Ley permite la investigación médica, mientras que otras investigaciones sobre humanos están excluidas, excepto si la investigación utiliza únicamente los datos ya existen y si algún tejido humano está implicado.

---

<sup>1569</sup> En este sentido se encuentra el informe presentado por el Gobierno de Dinamarca sobre el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos económicos, políticos y culturales, ante las Naciones Unidas, con fecha 28 de marzo de 2003.

Sobre los comités de Ética, se establecen comités regionales compuestos por un mínimo de 7 miembros y un máximo de quince, los cuales deben ser investigadores y profesionales del Derecho, por otra parte, el Comité de Ética Nacional está compuesto por diecinueve miembros, que deben ser mayoritariamente profesionales del Derecho. La función de los Comités es otorgar el permiso para la investigación previa la revisión de los proyectos de investigación, siempre que se respeten los derechos de los participantes y al mismo tiempo permitiendo el desarrollo y la obtención de nuevos conocimientos.

El consentimiento es elemental para la realización de los proyectos de investigación, la Ley pide que se obtenga el consentimiento informado de forma escrita, incluso en los casos de emergencias, excepto lo relacionado a investigaciones sobre procesos de droga. En el caso de menores, está permitida la investigación con fines terapéuticos, los menores pueden otorgar por sí mismos su consentimiento informado desde los 18 años de edad, pero desde los 15 años se puede conceder excepciones en base al entendimiento natural que presenta el menor y a la comprensión de los riesgos que puedan sobrevenir de la investigación, con respecto a los demás menores, el consentimiento debe ser otorgado por su representante legal. En todos los casos el consentimiento puede ser revocado. En el caso de los menores incapaces se necesita un doble consentimiento, por un lado, del representante legal y por otro de un médico en Medicina general.

Con respecto al consentimiento que debe ser otorgado por personas que viven en condiciones especiales, se aplicarán normas propias para cada caso. Dentro de este supuesto están las personas que viven en instituciones sociales, prisioneros, ciertos empleados, mientras que los pacientes psiquiátricos quedan excluidos de las investigaciones médicas.

La última reforma a la Ley, emitida el 1 de abril de 2006<sup>1570</sup>, entre sus principales planteamientos está la defensa de los derechos del individuo sobre cualquier interés de la investigación y de la sociedad. De igual forma, el representante legal otorgará el consentimiento informado en atención siempre a los intereses de su representado y nunca dará prioridad a los intereses del proyecto de investigación. Se considera que dentro de las investigaciones biomédicas que incluyan procedimientos clínicos con la aplicación de productos médicos, siempre se contará con un doble consentimiento por parte del jefe del departamento médico y del representante legal. Finalmente, la reforma concede un plazo máximo de noventa días para que se presente un informe al respectivo Comité Ético luego de completado el proyecto.

## **b. Los derechos de los pacientes**

Los derechos de los pacientes contemplados en la legislación danesa, presenta similitud de desarrollo y de contenido con las demás legislaciones de la Comunidad Europea<sup>1571</sup>. Así la primera Ley sobre el tema se elaboró en 1998<sup>1572</sup> y en general contiene regulaciones sobre los derechos de los pacientes en relación al derecho de autonomía, a la regulación del consentimiento informado, al derecho de no saber, entre otras cosas. Sin embargo, la legislación danesa presenta interesantes particularidades, entre ellas<sup>1573</sup>:

---

<sup>1570</sup> Act. 272.

<sup>1571</sup> Vid. entre otros: la ponencia del Defensor del Pueblo europeo, Profesor Nikiforos Diamandouros, «Preventive Medicine in the 21st Century», dentro de la Second Hygeia-Harvard Medical International Conference, celebrada en Chalandri-Athenas, el 3 de junio de 2005.

<sup>1572</sup> Act. 655, de 14 de septiembre de 1998, con posteriores reformas.

<sup>1573</sup> Vid. en [www.catalanlaw.com](http://www.catalanlaw.com)

– Dinamarca, si bien ha firmado y ratificado el Convenio sobre Biomedicina que entró en vigencia en 1999, a su vez expresó una reserva con relación al artículo 10, numeral 2 de la Convención, relacionado con el derecho a conocer cualquier información recogida sobre la salud del paciente.

– En la legislación danesa, los derechos de los pacientes han sido formulados conjuntamente con los otros países escandinavos. Dentro del sistema de atención de salud pública se ha introducido una serie de iniciativas para fortalecer los derechos de los pacientes, este proceso de reforma al sistema de salud a favor a los derechos de los pacientes se inició con anterioridad a la ratificación del Convenio de Biomedicina, y en este proceso, el Parlamento danés aprobó la Ley de Salud en 2005<sup>1574</sup>. En la cual se engloba los derechos de los pacientes referidos especialmente en la Ley de julio de 1998, con los derechos de los pacientes en otros actos médicos específicos (Ley de Aborto, Ley de Reproducción Asistida, Ley de trasplantes).

– Los pacientes menores de edad que han alcanzado los quine años, como se dijo, son capaces de otorgar su consentimiento informado, en este caso los padres deben ser informados y serán incluidos en el proceso de toma de decisiones, pero si el menor de quince años no está en condiciones de otorgar su consentimiento, deberán realizarlo los padres.

– Sobre la incapacidad en los pacientes adultos, el Derecho danés divide en dos clases a los pacientes: en temporalmente incapacitados y

---

<sup>1574</sup> Ley, 546 de 24 de junio de 2005, que entró en vigor el 1 de enero de 2007.

permanentemente incapacitados. Cuando se trata de pacientes permanentemente incapacitados, el otorgamiento del consentimiento recae siempre en un pariente cercano, pero en el caso de los temporalmente incapacitados, la Ley danesa no permite que el consentimiento informado pueda ser otorgado por un pariente cercano, aparte de la situación en la que se nombra a un tutor a quien se le permite tomar las decisiones en materia de salud, es así, que la Ley no regula que pueda otorgar su consentimiento informado alguien que está temporalmente incapacitado mediante un tercero.

– Con relación al derecho a la información, la legislación danesa no regula el derecho a la información sobre la salud como un derecho aparte, sino, que este derecho conforme a la Ley de Sanidad de 2005, es parte del consentimiento informado. El derecho a no ser informado tiene que ser respetado. Una particularidad de la legislación danesa consiste en que basarse en la excepción terapéutica para el consentimiento informado y la información es ilegal desde 1998, aunque es posible rechazar a un paciente el acceso a su historial médico, si se considera que es perjudicial para el paciente.

– Otra peculiaridad de la legislación danesa es el acceso al expediente de un paciente permanentemente incapacitado. En este caso el tutor nombrado puede acceder al expediente del paciente, mientras que los familiares solo tienen competencia para otorgar el consentimiento informado, pues, el acceso al expediente de los parientes más cercanos no tiene influencia en la adopción de una decisión a nombre del paciente. Los pacientes menores de quince años pueden acceder a su expediente médico de forma autónoma.

– Con respecto al derecho al secreto médico y a la confidencialidad, la legislación danesa es especialmente elaborada en lo relativo a la transmisión de la información médica a los colegas, a otros trabajadores de la salud y a los servicios sociales. Sobre este aspecto, por regla general se necesita del consentimiento del paciente, excepto en determinadas circunstancias que se puede trasladar información confidencial del paciente sin su consentimiento.

– A pesar de estar regulado con amplitud en la Constitución, y en el Código penal, el derecho a la intimidad es de suma importancia dentro del Derecho danés, por lo que se prohíbe el tratamiento de los datos personales relativos a la salud con excepción de las circunstancias y de los propósitos que se mencionan.

– El derecho a presentar una denuncia por parte de los pacientes ante la Tribuna del Consumidor y el Defensor del Pueblo es uno de los derechos más logrados y respetados dentro del sistema sanitario danés.

- En relación al empleo de la información genética dentro de los seguros de vida y los contratos laborales, existen normas específicas<sup>1575</sup>, que prohíben a las compañías de seguros hacer uso en una demanda de la información relativa a las predisposiciones genéticas de una persona. En consecuencia, es contrario al derecho exigir o preguntar si una persona ha tenido una prueba genética. Conjuntamente con ello, está prohibido hacer uso de los resultados de un sintomático antes de la prueba genética, incluso cuando la persona quiere voluntariamente revelar ciertos datos, así no se da

---

<sup>1575</sup> Ley 289, de 24 de abril de 1996, sobre el uso de la información de salud dentro de las relaciones laborales; Ley, de 10 de junio de 1998, sobre el uso de información relativa a la salud por las compañías de seguros.

paso a especulaciones anteriores a la prueba que puede confirmar la no existencia de una predisposición genética.

### **c) El aborto**

La Ley de Aborto de 2004, permite abortar hasta las doce semanas de embarazo, no existe límite en la edad de la mujer para acceder al aborto. Sin embargo, el período para la realización del aborto se puede ampliar a algunos casos especiales. Entre estos casos se cuenta el de enfermedad psíquica o mental de la mujer, por abusos sexuales, por razones económicas y sociales y por defectos en el feto. En todas estas circunstancias la Ley permite abortar hasta las veinte o veintidós semanas de embarazo.

Dentro de los requisitos para acogerse al proceso de aborto, si se ha superado los límites de tiempo establecidos por la Ley (doce semanas), la solicitud debe presentarse ante una junta regional de profesionales compuesta por dos doctores y un funcionario administrativo. La decisión de la Junta puede ser apelada ante el Panel sobre apelaciones a los abortos.

### **d) La elección del sexo del bebé**

La legislación danesa sobre la elección del sexo entró en vigor en junio de 1997, la cual dispone que la selección del sexo del bebé se daría únicamente para evitar alguna enfermedad genética hereditaria grave<sup>1576</sup>.

## **2. Normativa sobre Biotecnología e Ingeniería genética**

---

<sup>1576</sup> [http://bionetonline.org/castellano/Content/db\\_leg2.htm](http://bionetonline.org/castellano/Content/db_leg2.htm).



### **a) Investigación sobre embriones y obtención de células madre de origen embrionario**

Conforme a lo que dispone la Ley sobre fecundación artificial de 1997, en Dinamarca es legal emplear embriones humanos para la investigación, únicamente si se dan las siguientes circunstancias: si el objetivo es perfeccionar las técnicas de fecundación artificial y las técnicas de investigación genética del embrión, aparte de ello, la investigación es ilegal. De igual forma, queda prohibida la creación de embriones para fines investigativos, para este fin se emplean los embriones sobrantes de las técnicas de fertilización<sup>1577</sup>.

En cuanto a la investigación con células madre, la investigación con células madre adultas no presenta ningún problema ni ético, ni jurídico. Pero, en relación a la investigación con células madre de origen embrionario, si bien, estuvo prohibido hasta el año 2003, es a partir de la actual Ley de asistencia médica para la procreación, de 1 de septiembre de 2003, que se permite la investigación y empleo de las células madre de origen embrionario. Para ello, las células madres se obtendrán de los embriones no mayores de catorce días sobrantes en los tratamientos de infertilidad.

Conforme al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, todo proyecto de investigación sobre células madre debe ser autorizado por el sistema de comités de ética científica<sup>1578</sup>.

---

<sup>1577</sup> Esta norma sobre la creación de embriones para la investigación no consta expresamente en la Ley de fertilización, sino que es una interpretación que hace el Parlamento danés de la Ley.

<sup>1578</sup> En el seno del Comité de Ética existen divisiones sobre la protección que debe tener el embrión, esta multiplicidad de criterios se presenta también en el Parlamento danés, y en relación a estos temas, los partidos políticos dejan plena libertad a sus parlamentarios para tomar las decisiones desde su punto de vista ético.

Después, de 2003, los proyectos de investigación daneses sobre células madre han aumentado, y cuentan con la participación de investigadores de varias universidades y procedentes de diversas ramas y de estudiantes de los programas de PhD<sup>1579</sup>.

La investigación biotecnológica conlleva a la obtención de conocimientos que permiten la creación de nuevas relaciones entre las esferas privada y pública de los sistemas de protección social y entre la investigación básica y aplicada, y siempre se lleva a cabo incluyendo diversos grupos de actores. Estas nuevas relaciones han sido concebidas como un «modo 2» de producción de conocimientos, donde los conocimientos científicos, a más de ser evaluados por los clásicos principios epistemológicos, se evalúa de acuerdo a la «robustez social» del proyecto. Al respecto, el Centro danés de investigación sobre células madre sigue este modelo de investigación, y dentro de este contexto, la modificación de las normas de interacción, como la aceptabilidad moral de que se han acordado de forma continua, la negociación y la impugnación de paisajes morales en la investigación con células madre, es parte integral de la producción de los conocimientos en sí. Conjuntamente con lo dicho, los proyectos de investigación hacen hincapié en que se debe entender que la investigación con células madre se está convirtiendo en una realidad social por sus potenciales en los tratamientos médicos<sup>1580</sup>.

## **b) Clonación**

---

<sup>1579</sup> El mayor intercambio que se realiza, es con estudiantes del Reino Unido, pues la postura de Dinamarca es más cercana a la postura inglesa en estos temas.

<sup>1580</sup> [http://www.pbhearth.ku.dk/stf/ansatte/leko/projekbeskrivelse\\_SFF/](http://www.pbhearth.ku.dk/stf/ansatte/leko/projekbeskrivelse_SFF/)

Sobre la clonación, en la Ley sobre Investigación biomédica y del sistema de Comités de ética de 1992, se prohibió la clonación reproductiva, con el fin de producir seres humanos idénticos. Posteriormente, en la Ley de Asistencia médica para la procreación de 1997, además, se prohibió la investigación sobre la clonación reproductiva y transferencia nuclear de células con fines de clonación terapéutica. Sin embargo, por la reforma a la Ley en junio de 2003, se aprueba la investigación con fines terapéuticos llevada a cabo en los embriones supernumerarios producidos por las técnicas de reproducción<sup>1581</sup>. Si bien, no existe una ley sobre el uso de la clonación terapéutica para tratamientos, un médico puede efectuar los con clonación terapéutica, siempre que siga las reglas sobre la responsabilidad sancionadas en la Ley Nacional Danesa sobre las prácticas médicas de 2001; dichas reglas estipulan que los médicos deben ser cuidadosos y conscientes en su trabajo. Con todo esto, la clonación terapéutica no es utilizada aún como tratamiento<sup>1582</sup>.

Con relación a la clonación de animales, la Ley 550, de 24 de junio de 2005, sobre la clonación y la modificación genética en los animales, enumera los fines para los que la clonación o la modificación genética de los vertebrados podrán ser autorizados. Estos fines son: la investigación aplicada destinada a mejorar la salud o el medio ambiente, y la producción y cría de animales que producen sustancias de gran beneficio para la salud y el medio ambiente.

---

<sup>1581</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Division of the Ethics of Science and Technology, «National Legislation concerning Human reproductive and therapeutic cloning», Paris, Julio de 2004.

<sup>1582</sup> Gómez Lencina, «Cuestiones sobre la utilización terapéutica de células madre embrionarias», <http://www.bioetica.org/bioetica/mono39.htm>

Como conclusión, se puede decir que los debates que se dieron en los países del norte de Europa, luego del caso Dolly y de las posibilidades de clonación reproductiva, fueron diferentes de un país a otro. En el caso danés, los parlamentarios interrogaron a los expertos y a los grupos de interés, durante una audiencia pública en base a la cual se tomaron las principales decisiones; pero, este procedimiento no ha sido percibido por la sociedad danesa como un éxito<sup>1583</sup>. Los parlamentarios no han elaborado de forma sostenible y de amplia aceptación soluciones y decisiones, y al respecto se instaló un sistema de alerta sobre la biotecnología para evitar que el sistema político sea tomado por sorpresa nuevamente<sup>1584</sup>.

### c) **Reproducción asistida.**

La Ley de Fertilización Artificial, de 10 de junio de 1997 y sus varias modificaciones mediante otras leyes<sup>1585</sup>, órdenes ministeriales y circulares, dentro de la legislación danesa, comprenden el mayor conjunto legal sobre Biotecnología humana, donde se abarca una variedad de temas, no únicamente relacionados a la reproducción asistida.

---

<sup>1583</sup> Vid., Callesen, «Forskerne blev pludselig noble onde mennesker», AM, Aarhus Universitet, núm 3, pp. 14-15, September 2007, el autor considera que el interés por la clonación de animales y humana se produjo en Dinamarca, luego del caso Dolly; a partir de esto, los científicos se interesan por la clonación, pero, la información se ha centrado más en las perspectivas de la clonación más que en las posibilidades reales, por lo tanto, no existe una correcta información a la sociedad sobre el tema.

<sup>1584</sup> Vid., Informe de la Conferencia de Ámsterdam, Países Bajos, de 19 de noviembre, 1999, elaborada por Van Est y Van Dijk, Instituto Rataneau, Institut für Technfolgenaschätzung und Systemanalyse (ITAS), <http://www.itas.fzk.de/deu/tadn/tadn001/tagugsbericth1.htm>

<sup>1585</sup> Ley 427, de 10 de junio de 2003, Ley 69 de 4 de febrero de 2004, Ley 240, de 5 de abril de 2004, Ley 535, de 8 de junio de 2006, Orden 728, de 17 de septiembre de 1997, Orden 923, de 4 de septiembre de 2006, Orden 1724, de 21 de diciembre de 2006, Orden 119, de 20 de febrero de 2007.

Concretamente, sobre la fecundación asistida, la Ley de Fecundación artificial y sus modificaciones, en lo principal regulan sobre la licencia para la aplicación de estas técnicas, que en el caso danés, no se exige una licencia para la operatividad de los centros.

La mujer no debe superar los cuarenta y cinco años de edad para someterse a las técnicas de reproducción asistida. El consentimiento informado es indispensable para todos los actos que se produzcan dentro del proceso de fertilización, anterior y posterior a que esta como tal se lleve a cabo la fertilización como tal, es así, que se deberá contar con el consentimiento por escrito tanto del hombre como de la mujer, que donan espermatozoides y óvulos. De igual forma, el consentimiento informado es indispensable para aplicar la técnica, para el posterior almacenamiento de los embriones sobrantes y para los posibles fines de los mismos que contempla la Ley.

El almacenamiento y la donación de embriones<sup>1586</sup>, cuya finalidad y legalización se suscriben en los siguientes casos: para volver a ser reimplantados en la mujer del que fueron removidos, la donación con fines de investigación que se lleven a cabo en Dinamarca y la donación a otra mujer para causarle un embarazo.

En el caso de muerte de los interesados o de divorcio, separación o disolución de la convivencia, se destruirá los embriones almacenados, si estos hechos se producen antes de los dos años.

Con relación al uso de nuevos métodos de diagnóstico y tratamiento, la legislación danesa prohíbe la aplicación de nuevos métodos de tratamiento

---

<sup>1586</sup> Sobre el término embrión, se advierte que en la legislación danesa se emplea el término de ovocitos fecundados humanos, para los primeros estadios del desarrollo del embrión.

y diagnóstico en relación con la fecundación artificial, pues, antes de su aplicación debe ser aprobada por el Ministerio de Salud, la innovación del tratamiento debe darse sobre cualquier otro método que se encuentre en uso dentro de Dinamarca.

Dentro de las últimas reformas a la Ley de Reproducción asistida de 1997, por su novedad, se debe destacar, la reforma contenida en la Orden 119 de 20 de febrero de 2007, en la cual se dispone que para proceder a la práctica de una fertilización, la idoneidad de los padres para el cuidado del menor no debe presentar ninguna duda, y en el caso de que dicha capacidad de los padres se ponga en tela de juicio por diferentes motivos como el uso de drogas, trastornos mentales, el médico debe negarse a la fertilización, para ello debe buscar el asesoramiento de otros profesionales médicos y de los servicios sociales, con el fin de fundamentar su negativa antes de que se tome ninguna decisión. Queda prohibidos motivos de raza, religión o motivos étnicos para sustentar la negativa a la fertilización.

La Ley 535, de 8 de junio de 2006 que modifica la Ley de 1997, modifica sustancialmente el estado civil de la mujer, de tal forma, que la mujer posee igualdad de acceso a la fecundación artificial independientemente de su estado civil u orientación sexual. Al margen de este tema, la misma Ley eleva la prórroga de almacenamiento de los embriones a un período de cinco años (anteriormente era de dos años). La Orden 1724, de 21 de diciembre de 2006, sobre fecundación artificial, autoriza el uso de ovocitos fertilizados para fines de investigación.

Como un tema relacionado, la Ley del niño, de 7 de junio de 2001<sup>1587</sup>, en relación a la donación y a la filiación, establece que el donante no puede ser considerado como padre de un niño que no sea de su mujer, esposa o pareja, a menos que la donación fuese dada sin su consentimiento o luego de su muerte. En cuanto a la mujer, quien da a luz al niño será considerada como la madre. Por otra parte, los acuerdos sobre maternidad sustituta carecen de validez.

#### **d) La producción de organismos modificados genéticamente y la protección del medioambiente**

El desarrollo biotecnológico con relación a plantas y animales, dentro de Dinamarca está relacionado a la protección del medioambiente. En 1987, el Parlamento danés aprobó una acción concertada en forma de un proyecto de investigación y desarrollo (I+D), con el cual se aplicaba la Biotecnología para la producción de OMGs en gran escala. Conjuntamente con el programa original, se incluyeron varias actividades de información y evaluación tecnológica, con el fin de lograr un debate del público y con ello conocer los niveles de aceptación de la Biotecnología en los OMGs, lo que sería tomado como un prerrequisito para futuras regulaciones por parte del Parlamento. Como fruto de los debates, el Parlamento reconoció el escepticismo existente en torno a las consecuencias sociales y éticas de la Biotecnología. Dentro de este ambiente, se inició la legislación sobre biotecnología paralelamente con la regulación de las condiciones laborales, para incorporar las técnicas de manipulación genética a la producción y a los programas de investigación y desarrollo. Los debates subsiguientes se

---

<sup>1587</sup> Ley 460.

concentraron en analizar los problemas medioambientales<sup>1588</sup>, más que en analizar los problemas éticos sobre el empleo de animales y plantas<sup>1589</sup>.

Posterior a este proceso, Dinamarca adoptó su propia legislación en 1989, revisándola en 1991 para cumplir con las directivas de la Unión Europea, y finalmente, en 1991 ve la luz la Ley de protección al medioambiente e Ingeniería genética, la cual ha tenido algunas revisiones y modificaciones<sup>1590</sup>.

La finalidad de la Ley es proteger el medioambiente y la salud pública contra los efectos nocivos de la Ingeniería genética. La Ley tiene aplicación también sobre las aguas territoriales y la pesca dentro del territorio de Dinamarca. Los organismos modificados son definidos como: «plantas, animales, microorganismos, cultivos de células y virus en el que el material genético ha sido reestructurado en una forma que no ocurre naturalmente». Con respecto a la autorización, toda aplicación de Ingeniería genética será efectuada en locales de autorizados con este fin por la Ley de ambiente de trabajo, y con la autorización de las autoridades locales. Por su parte, el Ministro de medioambiente, puede dictar normas relativas a los regímenes

---

<sup>1588</sup> Vid., Basse, «Environmental Protection in Denmark», en AAVV, «Danish Law in...», pp. 371 ss., con un amplio estudio sobre la protección del medio ambiente en Dinamarca.

<sup>1589</sup> Vid, Hansen, «Política de I+D en Biotecnología: Cómo concertar los intereses comerciales con los problemas medioambientales», The IPTS Reports, núm. 39, noviembre 1999, *passim*.

<sup>1590</sup> Or. 30, de 17 de mayo de 2000, sobre el transporte y la importación de organismos genéticamente modificados, D. 369, de 17 de mayo de 2000, sobre la aprobación de la producción usando microorganismos modificados genéticamente, D. 369, de 17 de mayo de 2000, sobre la aprobación de visualización de los organismos modificados genéticamente y la difusión de información de los organismos genéticamente modificados, D. 1098 de 1992, sobre la aprobación de la liberación experimental y de la comercialización de los organismos genéticamente modificados, Ley 1373, de 20 de diciembre de 2004 de modificación de diversas leyes en el ámbito de la protección del medio ambiente, Ley 545 de 24 de junio de 2005, de modificación de diversas leyes en el ámbito de la salud pública y otros sectores.



de notificación aplicables a determinados tipos de Ingeniería genética. De igual forma, la importación o la venta de sustancias genéticamente modificadas, se requiere de la aprobación del Ministro. La Ley establece un Órgano de Vigilancia. Finalmente, la Ley se refiere a los procedimientos judiciales y a las infracciones que se cometan.

Se puede destacar de la legislación danesa, la protección no solamente del medioambiente, sino también del interés por proteger la salud humana y la nutrición en relación al empleo de la Ingeniería genética. Pero, también, existe un interés de proteger a los animales de algunas actividades de experimentación relacionadas a la manipulación genética. Así consta en el Acto sobre la protección animal dentro de la experimentación, de 9 de septiembre de 1993, y en el caso de un experimento de carácter biotecnológico se requiere de la autorización de las autoridades de medioambiente y de la Agencia Nacional de Bosques<sup>1591</sup>.

Entre los datos interesantes de las últimas reformas, se advierte el esmero por realizar un mayor control sobre la dispersión del polen y la contaminación a las plantas orgánicas, así se dispone en el Acto sobre el tema de 9 de junio de 2004<sup>1592</sup>.

Se ha de destacar que el empleo biotecnológico en los OMGs no esta exento aún de criticas de la población y de las autoridades. Es de notar los constantes informes a favor y en contra que se presentan sobre el tema de

---

<sup>1591</sup> En la Acta sobre el uso de la Biotecnología de 1992 se regula sobre el tema.

<sup>1592</sup> A criterio de la ministra danesa de medioambiente, Connie Edgard y el profesor Per Pinsrup-Andersen, han presentado su preocupación por la excesiva rigidez de la legislación de la UE sobre los OMGs, lo que está incidiendo en las legislaciones de los países en vías de desarrollo, con el creciente rechazo a las técnicas por la idea de inquisitorial que desarrolla la misma legislación contra los OMGs y la libertad de elección de agricultores y consumidores.

una forma generalizada en la mayoría de lugares donde se aplica o se prohíbe estas técnicas referentes a los animales y plantas<sup>1593</sup>.

### III. LA PERCEPCIÓN DE LA BIOTECNOLOGÍA EN LA POBLACIÓN

Dentro de Europa<sup>1594</sup>, en términos generales, la percepción que tiene la población danesa sobre la Biotecnología es muy buena; un 70% considera que contribuirá a mejorar nuestra calidad de vida en los próximos 25 años<sup>1595</sup>. Dentro de este contexto, un 6,9/10 de la población apoya las investigaciones científicas sobre embriones de pocos días de vida para encontrar la cura a determinadas enfermedades. Sobre la ponderación de los derechos de los embriones y los beneficios que puedan presentarse de la investigación, existe un 5,5/10 que está a favor de la investigación sobre algún derecho de los embriones. En este sentido, el 37/100 de la población considera a los embriones como un conjunto de células, opinión que la

---

<sup>1593</sup> Al respecto entre otros documentos: Kristensen, Denmark. Biotecnology, AR, 2005; AAVV, 11 attitudes to the crops of the future, Biotekcenter, Dinamarca, 2002; Boletín OMG, Boletín trimestral de información sobre los organismos modificados genéticamente, núm. 20, septiembre de 2001.

<sup>1594</sup> Vid., legislación nórdica comparativa sobre biotecnología: Nielsen, Legislation on Biotechnology in the Nordic Countries-An Overview. Nordic Council of Ministers, Tema Nord, Copenhagen, 2006, *passim*; Abildgaard, Conferences: «Functional Genomics in the Nordic Countries», The Search Council of Norway, Enero, 2006; Ottersen, Conference. «Functional Genomics in the Nordic Countries», The Search Council of Norway, Enero, 2006

<sup>1595</sup> En relación al tema, vid.: AAVV, «Transhumanisme. Det nye menneske», AM, Aarhus Universitet, núm 3, pp. 23-25, September 2007, un planteamiento general sobre la repercusión de las nuevas tecnologías (Biotecnología) y la Medicina en las enfermedades y la discusión que ha generado; Frank, “.Ville det være dårligth. Hvis vi blev bedre?”, AM, Aarhus Universitet, núm 3, pp. 26-29, September 2007, sobre el optimismo tecnológico para mejorar las capacidades humanas gracias a la tecnología moderna, Dige, «Supermennesker og det gode liv», AM, Aarhus Universitet, núm 3, September 2007, pp. 30-33, con una posición escéptica desde el punto de vista filosófico sobre los avances tecnológicos en general, pues, la felicidad radica en otros parámetros; Pattison, «Det skabte er Godt (nok)», AM, Aarhus Universitet, núm 3, pp. 40-41, September 2007, sobre los mensajes pesimistas y optimistas que aportan las nuevas tecnologías en general.

comparten dentro de Europa con el Reino Unido, de allí que en Dinamarca, el aborto esté permitido hasta las doce semanas después de la fecundación. Sobre el empleo de los embriones sobrantes de los procesos de reproducción para la investigación, un 6,7/10 está de acuerdo.

En relación a la Biotecnología aplicada en las plantas, el criterio sobre los beneficios y daños que se producen, se encuentra la opinión pública polarizada al respecto, a favor de los perjuicios se tiene el 33,4/100 y convencidos de los beneficios se tiene el 32,8/100, mientras que un 24,7/100 considera que los beneficios son iguales que los perjuicios. Un 7,2/10 opina que los alimentos modificados genéticamente son innecesarios, mientras que un 64/100 sostiene que los alimentos orgánicos son más saludables. Finalmente, un 9,1/10 considera que los alimentos modificados genéticamente deben ser etiquetados, para que el consumidor puede decidir si los compra o no<sup>1596</sup>.

---

<sup>1596</sup> Vid. Encuesta Europea de la Fundación BBVA sobre Biotecnología, 2003, empresa encargada de recolección de datos en Dinamarca: TNS GALLUP.

## CONCLUSIONES

### I. CONCLUSIONES GENERALES

1. En relación a la función simbólica que se presenta en los delitos relativos a la manipulación genética, que sin duda es uno de los aspectos más discutibles sobre estos delitos, en primera instancia se concluye que conforme a la propia función simbólica que tiene el Derecho penal, cuestión que no puede valorarse de una forma negativa, los delitos relativos a la manipulación genética al igual que otros delitos dentro del Código penal, cumplen con una prevención general positiva, pues, simplemente permiten la afirmación del Derecho. Sin embargo, y como un segundo razonamiento favorable, en el caso de los delitos relativos a la manipulación genética, no se aprecia una exclusiva función simbólica o únicamente una prevención general positiva, debido a que se justifica la legitimidad de la protección penal de estos delitos por la existencia de un bien jurídico-penal digno de protección, conforme a los principios de intervención mínima y de exclusiva protección de bienes jurídicos del Derecho penal.

2. Si bien, desde la inclusión de los delitos relativos a la manipulación genética en el Código Penal de 1995 hasta el momento, no se han producido fallos jurisprudenciales, solamente denuncias relacionadas a los mismos (denuncia a un equipo científico de Granada por su trabajo con células madre en 2007, denuncia en Santiago de Compostela por el tratamiento a los embriones en 2007). Se considera que el mismo legislador preveía esta situación, es así que dentro de la exposición de motivos del Código de 1995, entre las pretensiones del mismo por conseguir estabilidad y fijeza, se deja de mencionar a los delitos relativos a la manipulación

genética, contrario a lo realizado en el Proyecto de la Ley Orgánica del Código penal de 1994, razón por la cual, quedan incluidos dentro del Código. De antemano, se tenía en cuenta, por parte del legislador, la variabilidad y la dificultad de los temas que incumben a estos delitos, lo que abre la posibilidad de que se produzca una escasa o nula aplicación judicial en los primeros años. Sobre el tiempo para la obtención de fallos judiciales, no se puede establecer un límite objetivo, debido a la complejidad de los avances científicos y tecnológicos, que hacen que estos delitos tengan una especial aplicación jurisprudencial, por ser delitos proyectados al futuro. Por lo tanto, de momento, no es un factor decisivo la falta de jurisprudencia para retornar a los delitos relativos a la manipulación genética a las leyes especiales, teniéndose en cuenta que cumplen con una prevención general positiva y están justificados por la legitimidad del bien jurídico-penal que se protege, y por consecuencia, no presentan una función exclusivamente simbólica.

3. Al margen de los motivos que puedan alegarse en contra de la tipificación penal de los delitos relativos a la manipulación genética, se considera que precisamente su inclusión dentro del Código penal, facilita la reflexión dogmática y las construcciones doctrinarias no exclusivamente en relación a estos delitos, sino sobre otras instituciones de las que se sirve el Derecho penal. En este sentido, el planteamiento de este tema para la elaboración de la presente tesis, ha permitido efectuar observaciones relativas al consentimiento, sobre la imputación a la víctima entre otros aspectos. Conjuntamente con ello, por el carácter de este tipo de delitos (delitos de futuro), el hecho que se pueda elaborar, con anterioridad, planteamientos dogmáticos que faciliten el trabajo de los operadores jurídicos al momento de emitir las sentencias, evitaría la falta de preparación sobre la materia, y permitiría que el Ordenamiento jurídico

responda de manera eficaz a los cambios que se presentan en áreas de excesiva complejidad, a la vez que otorga mayor confianza y eficacia al sistema.

## **II. CONCLUSIONES ESPECÍFICAS**

### **PARTE PRIMERA**

#### **CAPÍTULO I**

1. La Teoría del bien jurídico es una creación dogmática elaborada para explicar que es lo que debe ser protegido por el Derecho penal. Esta institución jurídica presenta una gran trayectoria en su desarrollo, gracias a las contribuciones doctrinarias, que constantemente aportan elementos de juicio para el mejor entendimiento de la Teoría del bien jurídico. Entre los criterios ofrecidos con el fin de conceptuar al bien jurídico, las teorías más importantes son las sociológicas y las constitucionalistas; las primeras tratan de justificar la existencia del bien jurídico, merced al sistema social, y las segundas, defienden la existencia de todo bien jurídico dentro de la Ley Fundamental de los Estados. Al respecto, en este trabajo, se considera, que si bien se pueden admitir los fundamentos de las tesis sociológicas, en el sentido, de que el bien jurídico son condiciones de valor o interés para la sociedad, con el objeto de un correcto funcionamiento del sistema social (estas corrientes giran en general en torno al criterio de dañosidad social). A pesar de ello, es difícil negar que los bienes jurídico-penales que merecen protección penal deben ser respaldados por la Constitución, de esta forma, se encuentran legitimados dentro del Ordenamiento jurídico.

2. Con relación a los bienes jurídicos individuales y supraindividuales, el término supraindividual ha sido discutido, pues, existen otros criterios que emplean términos diversos como sinónimos (colectivos, difusos). En este

trabajo, se considera en atención al delito que se estudia, que el término idóneo es supraindividual, debido a su mayor amplitud, con el cual se alude a toda la humanidad y no a un colectivo determinado.

3. En la actualidad dentro de la Teoría del bien jurídico, un aspecto polémico es la presencia de los bienes jurídicos supraindividuales y su estrecha relación con los delitos de peligro. Una de las principales objeciones que se realiza a la protección penal de este tipo de bienes es la falta de un titular determinado, pues, se considera que la humanidad, es la titular y la víctima por la afección o puesta en peligro de estos bienes jurídicos. Con respecto a los delitos relativos a la manipulación genética, esta crítica no se ajusta a la realidad de las conductas, debido a que en algunos tipos penales, la víctima puede ser individualizada perfectamente, porque la mayoría de las técnicas genéticas deben ser aplicadas al individuo para poder realizar el tipo. Es así, que en la alteración del genotipo, antes de afectar a un bien jurídico-penal supraindividual, se afecta o lesiona al individuo que nacerá o vivirá con una alteración en su genotipo, por el empleo de alguna de las técnicas de Ingeniería genética. No obstante, en el caso de los transgénicos y de las armas biológicas, se presenta un planteamiento diferente, puesto que estas conductas afectan o lesiona a un bien jurídico cuya titularidad recae en un conjunto de individuos, aspecto que no deja de lado la relación con cada individuo en concreto, lo que legitima la existencia del bien jurídico supraindividual.

4. En cuanto a la jerarquización de los bienes jurídicos, se han desarrollado dos teorías básicas (monista y dualista) con algunas variaciones. A criterio de este trabajo, la Constitución española, se apega a la Teoría monista personalista (artículo 1.1.), al establecer la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden y de la paz

social. Dentro de los delitos relativos a la manipulación genética, el titular de un bien jurídico individual puede renunciar a la protección del bien al otorgar su consentimiento, donde este tenga eficacia jurídica a favor de intereses colectivos que beneficien a la sociedad, como es el caso de la participación en una determinada investigación científica.

5. La Política criminal es la encargada de establecer las pautas para decidir qué bienes jurídico-penales se deben proteger y por qué. Actualmente, en relación a la protección de bienes jurídico-penales se presentan posiciones muy contrarias que han originado un gran enfrentamiento doctrinario. Algunos doctrinarios defienden a ultranza al Derecho penal nuclear (Escuela de Frankfurt, con Hassemer a la cabeza). Mientas que otros autores (Schünemman entre otros), apoyan la expansión del Derecho penal, en apego a la consideración de un nuevo Derecho penal, que admite la tipificación de ciertas conductas que afloran como consecuencia del desarrollo técnico y científicos de la actual sociedad del riesgo o sociedad compleja. Los delitos relativos a la manipulación genética, sin lugar a duda, se ubican dentro de estas nuevas conductas típicas, al contener nuevas formas de ataque, por lo que, es necesario delimitar qué bien jurídico-penal se protege dentro de estos tipos penales. En este sentido, se manifiesta que si bien el Derecho penal debe acatar, los principios fundadores que le orientan, no puede a la vez, desconocer las nuevas formas de ataque a bienes jurídicos-penalmente protegidos, que surgen por el desarrollo de la sociedad, caso contrario, se propiciaría un estancamiento del Derecho, y como consecuencia se daría un retraso en su evolución. En relación a lo anterior, no se puede negar, que el Derecho y el Derecho penal a lo largo de la historia, como producto intelectual del ser humano y como fruto de las circunstancias sociales de un determinado tiempo y espacio presentan un continuo cambio y desarrollo, que de no haberse permitido antaño dicha



evolución, aún se estaría ante un Derecho Romano o Canónico de forma inalterada, los cuales tuvieron su época y sus circunstancias, y que han inspirado a muchas de las instituciones jurídicas actuales.

6. Sobre el concepto de peligro y los delitos de peligro (abstracto y concreto), se ha emitido una gran variedad de criterios. Con relación al peligro, al parecer inmanente en la sociedad del riesgo o compleja, en la actualidad se admite el concepto normativo del peligro y se entiende como «la probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal». Los planteamientos sobre los delitos de peligro, han producido diversos conceptos doctrinarios (delitos de peligro concreto, delitos de peligro abstracto, delitos de peligro abstracto-concreto, delitos de peligro hipotético, el delito obstáculo). Los delitos relativos a la manipulación genética son delitos de peligro, y dependen de cada tipo penal para ser calificados como delitos de peligro abstracto o peligro concreto, pero para algunos autores son un ejemplo de delito obstáculo (Mantovani, Peris Riera, Cuesta Pastor).

7. Existen algunas propuestas de restricción de los delitos de peligro, en este trabajo se acoge la expuesta por Corcoy Bidasolo, en cuanto a introducir un nuevo concepto de resultado material, en el sentido de que se produce efectivamente la lesión del objeto. Dentro de los delitos relativos a la manipulación genética, la autora considera que para que se produzca una afección al bien jurídico supraindividual, a través de la alteración del genotipo, es necesario que el genotipo alterado pase a un descendiente.

8. Las técnicas de delito de peligro (abstracto-concreto) y delitos de lesión son empleadas por el legislador para tipificar las conductas penales. Las modalidades de ataque a los bienes jurídicos que se conocen, primordialmente, hacen referencia a la forma de lesión-peligro: lesión para

el bien jurídico supraindividual y peligro para el bien jurídico individual; pero en los casos de manipulación genética, se aprecia la inversión de la modalidad en peligro-lesión, peligro para el bien jurídico supraindividual y lesión para el bien jurídico individual.

## CAPÍTULO II

1. Los aportes dogmáticos realizados sobre la Teoría del consentimiento, permiten contar con un mayor conocimiento doctrinario sobre la validez del consentimiento, sus requisitos y la importancia del mismo en casos concretos. En este sentido, es necesario saber lo que ya se ha dicho sobre él, y a partir de ello, se puede realizar una crítica y un aporte a la doctrina del mismo. Por lo tanto, estos capítulos aportan conclusiones sobre la Teoría del consentimiento para, posteriormente, en la Parte Tercera, efectuar las correspondientes consecuencias en relación a la aproximación que se lleva a cabo en este trabajo sobre la mencionada teoría.

2. Con respecto a la validez del consentimiento y a la clasificación de casos para determinar la eficacia del mismo, se puede apreciar que no es una técnica de sistematización última, puesto a que, dentro del Derecho romano se observa la división de casos en apego a los intereses privados y públicos en juego, y como consecuencia, el consentimiento es válido en relación a los intereses privados, mientras que para los intereses públicos, carece de validez. En cuanto a los principios que se manejaban en el Derecho romano, especialmente el principio de «*volenti non fit iniuria*», se mantiene en la actualidad, con algunas limitaciones en los diferentes códigos penales y escuelas de derecho.

3. La Teoría del consentimiento ha sido desarrollada por una considerable aportación dogmática, el mayor tratamiento doctrinario sobre el tema, se

realizó en Alemania. En la actualidad, de todo el cúmulo de teorías relacionadas al consentimiento, se destaca el enfrentamiento aún existente entre la Teoría diferenciadora iniciada con Geerds, y que en base a la sistematización de casos (acuerdo y consentimiento), considera que en algunos casos, el consentimiento excluye la tipicidad (acuerdo), mientras que en otros presupuestos, el consentimiento actúa como causa de justificación (consentimiento). Con un criterio diferente, la Teoría unitaria, cuyo mayor exponente es Roxin, sostiene que el consentimiento únicamente excluye la tipicidad de la conducta.

4. La importancia del consentimiento radica en la eficacia que presenta dentro de la Parte Especial; la validez del consentimiento en varios tipos penales, muchos de los cuales son casos muy conflictivos de abordar en la práctica, hace que la figura del consentimiento sea decisiva en algunos supuestos, mientras que en otros, se plantean críticas sobre la eficacia del mismo. Dentro de los delitos relacionados a la figura del consentimiento se tienen a los siguientes: delitos contra los derechos fundamentales: aborto doloso, lesiones dolosas; esterilización de incapaces, delitos contra la integridad moral, intimidad y honor, delitos contra el patrimonio y la libertad; delitos complejos con la presencia de bienes jurídicos individuales y supraindividuales; delitos laborales y delitos de prostitución, protección de garantías constitucionales: intervenciones estatales sobre derechos fundamentales; delitos imprudentes; homicidio y lesiones imprudentes, tratamiento médico arbitrario.

5. Como crítica a las diferentes teorías sobre el consentimiento, se manifiesta que no delimitan la naturaleza del mismo, más bien, y especialmente con la sistematización de casos (Geerds), se confunde a la naturaleza jurídica con los efectos del consentimiento, de tal suerte, que se

ha intentado dotar a este de características lejanas a su naturaleza. Como consecuencia de esta situación, el problema se traslada a los casos concretos, así se trata de resolver y determinar los efectos que se producen por la disposición del titular del bien jurídico a través del consentimiento, dentro de los casos particulares. Por lo tanto, se concluye en este trabajo que su naturaleza no radica en ser tratado como una exclusión del tipo o como causa de justificación, las cuales son sus efectos, pero nunca contienen su naturaleza jurídica. Se sostiene que la esencia del consentimiento en Derecho penal, es un campo para la investigación y discusión, por ende, en este trabajo se realiza una aproximación a la naturaleza del consentimiento relacionada a los problemas que plantea el *Ius puniendi* del Estado (López Barja de Quiroga).

### **CAPÍTULO III**

1. El consentimiento informado proviene de la Teoría del consentimiento, se originó con motivo de los diferentes tipos de relación médico-paciente y del desarrollo jurisprudencial, especialmente en Estados Unidos de América del Norte. El consentimiento informado encabeza las conquistas de los pacientes sobre sus derechos, y en la actualidad, es considerado como un derecho humano.

2. Sobre la relevancia penal del consentimiento informado, en términos generales se considera que legitima la actuación del médico y garantiza el respeto a la autodeterminación del paciente, caso contrario, si el médico actúa sin el consentimiento informado del paciente u omite sus requisitos, puede incurrir en responsabilidad penal y civil.

3. El consentimiento informado si bien comparte varios requisitos del consentimiento general, también presenta algunas diferencias que son parte

de sus características propias, así el consentimiento informado en ciertos casos debe ser otorgado por escrito, debe ser precedido por una información adecuada (derecho a la información), el consentimiento presunto opera en los casos de urgencia médica.

4. Entre los principales casos conflictivos, donde tiene relevancia el consentimiento informado es en la eutanasia, las transfusiones de sangre y las huelgas de hambre. Sin embargo, estos casos traen consigo problemas de igual o mayor relevancia que el consentimiento, como son el conflicto entre derechos fundamentales y la objeción de conciencia. En este sentido, se cita como ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, sobre las transfusiones de sangre a los testigos de Jehová, en la que se resuelve sobre el conflicto entre dos derechos esenciales como son la libertad religiosa y la salud. En los casos de colisión entre ellos, lo más importante es resolver la prioridad que tiene el uno sobre otro, conforme al principio de proporcionalidad. En cuanto a la objeción de conciencia, dentro del ámbito médico-sanitario existen algunos puntos de conflicto. Los principales problemas se plantean ante el aborto voluntario; el profesional objetor está en su derecho de no practicar el aborto, en colisión con la voluntad de la mujer embarazada de abortar, igual se trate de un aborto terapéutico o no. La objeción de conciencia puede extenderse a futuro a las técnicas e investigaciones relacionadas a la reproducción asistida, al genoma humano. En el caso de la terapia celular, el profesional puede objetar el empleo de células madre totipotentes, que serían transplantadas al paciente, por lo que se genera un conflicto entre el derecho a objetar y la vida del paciente que depende del transplante. En cuanto a la terapia génica, especialmente en la somática, se puede presentar un conflicto entre el derecho a objetar del profesional *versus* el peligro o la vida del paciente. Asimismo, en el diagnóstico preimplantatorio sobre

embriones, puede el profesional hacer valer su derecho a objetar y a abstenerse de desechar los embriones no considerados viables por presentar ciertas características genéticas o de sexo. La objeción de conciencia en las transfusiones de sangre, huelgas de hambre, es discutible, pues no representan en sí casos de objeción de conciencia, aunque tengan un trasfondo de discrepancia. En las transfusiones de sangre, mientras no se ponga en peligro la vida de un tercero, pese a que existe un componente religioso o de conciencia, se estaría más ante el respeto a la libertad de disponer de la propia vida que tiene el paciente. En el caso de las huelgas de hambre, se encuentra involucrada la libertad de expresión, por lo tanto, es difícil que el objetor, por su religión o conciencia, justifique el impedimento de la libertad de expresión de quien voluntariamente se somete a una huelga de hambre. En el caso de la eutanasia activa y pasiva, de estar permitida legalmente, sí aporta un caso de objeción de conciencia, en donde el profesional objetor puede negarse a suministrar alguna sustancia que facilite la muerte de la persona o a desconectar los medios artificiales que lo mantienen con vida, y por su parte, el paciente basaría su petición en el derecho a disponer de su vida y en el derecho a tener una muerte digna; en estos casos, aunque exista el consentimiento del paciente, la situación del médico se complica, por un lado, porque se encuentra en posición de garante y por el derecho a objetar.

5. Hasta el momento, pese a los problemas prácticos que presenta el consentimiento informado, y a los reproches doctrinarios que se realizan sobre el mismo, se considera como el mejor instrumento jurídico, el cual permite que el paciente exprese su voluntad sobre su cuerpo y su salud. El consentimiento informado no puede ser considerado únicamente como un problema médico, sino que representa la reivindicación de la voluntad del paciente y de su capacidad de decisión sobre sí mismo. A pesar de que el

principio de autonomía de la voluntad recoge algunas críticas en su contra, la principal de ellas es considerarlo como un atributo de la persona; sin embargo, otros derechos que en la actualidad tienen esta calidad, han necesitado de un reconocimiento jurídico, para ser tenidos en cuenta como atributos de la persona.

El ser humano desde sus indicios ha estado constantemente enfrascado en conflictos sociales y políticos con el fin de que se reconozcan jurídicamente sus derechos, muchos de ellos atributos de la personalidad. El consentimiento informado es parte del interés de las personas por defender su libertad en general, en este caso, el respeto a su voluntad y a la libre decisión sobre su cuerpo y salud. Este fenómeno de defensa de la libertad y de los derechos humanos, se ubica en otras esferas de la sociedad, por lo tanto, se puede concluir que el consentimiento informado no es un problema netamente médico, sino se localiza dentro de un estadio social y político, y es parte de la cadena de derechos humanos que el individuo constantemente defiende y trabaja para su respeto y su consolidación.

## **PARTE SEGUNDA**

### **CAPÍTULO IV**

1. Durante la elaboración del Código penal de 1995, se incorporaron nuevamente los delitos relativos a la manipulación genética, luego de haber sido retirados del Anteproyecto y Proyecto del Código Penal de 1994. En los debates tanto prelegislativos como legislativos, nada se dice sobre los motivos de su incorporación, ni de los bienes jurídico-penales que se protegen, únicamente se deja constancia que ameritan su tratamiento en la ley ordinaria penal. Dentro de los motivos del legislador, se desprende que dentro de las técnicas de elaboración del Código, el legislador pretende

obtener una relativa universalización, estabilidad y fijeza del mismo, razón por la cual, el Proyecto de 1994 excluye a los delitos relativos a la manipulación genética, con la justificación de que los avances científicos y tecnológicos, impedirían conseguir la estabilidad y la fijeza que persigue el Código. Sin embargo, al momento de la nueva inclusión, no se alude nada sobre este aspecto, con lo que, se puede entender por un lado, que los avances científicos y tecnológicos no son un total impedimento para la estabilidad y la fijeza del Código, y por otra parte, la tipificación de conductas que de momento en la práctica no se pueden realizar, justamente tratan de evitar que el Código se torne obsoleto en poco tiempo.

2. En este trabajo, se considera que el legislador ha tipificado a los delitos relativos a la manipulación genética, dentro del concepto de manipulación genética «*sensu lato*» (sentido amplio), la que contiene a la Biotecnología íntegramente (reproducción asistida, clonación, entre otros), y a la Ingeniería genética, que da pie a la manipulación genética «*stricu sensu*» (sentido estricto). Con el apego a esta interpretación, se justifica la presencia en el Título V, de todas estas técnicas, cuestión que ha sido objeto de críticas, algunas de ellas, se fundamentan en que el Título debería contener únicamente a la manipulación genética en sentido estricto, por lo tanto, si se considera que el legislador ha enmarcado a los delitos dentro de la manipulación genética «*sensu lato*», quedan sin fundamento las referidas alegaciones en contra.

3. Como es sabido, no existe aún jurisprudencia, con el fin de facilitar la determinación sobre el bien jurídico-penal que se protege en estos delitos. La sentencia más próxima al tema, es el fallo emitido por el Tribunal Supremo 53/85 (y otras que fallan en similar sentido). Dicha sentencia, considera al *nasciturus* amparado por el bien jurídico constitucional vida,



pero no titular del derecho vida. Del análisis jurisprudencial, se puede decir que ni la jurisprudencia española, ni la jurisprudencia alemana aclaran los aspectos fundamentales sobre la protección del *nasciturus*. Únicamente la jurisprudencia alemana se refiere al derecho de nacer, propio de este estadio de la existencia.

4. La Política criminal en los delitos relativos a la manipulación genética, desempeña un papel conjunto con la Bioética, debido a que se encuentran relacionadas metodológicamente. La Bioética, a través del consenso social que propugna, vendría a realizar una valoración ética de lo que se quiere proteger, y deja sentados los parámetros para que la Política criminal efectúe la valoración jurídica, de lo que merece una protección penal. La labor de estas dos ciencias, debe trabajar conforme a los nuevos avances científicos y tecnológicos provenientes de la Genética y de la Biotecnología.

5. La actuación de la Bioética es fundamental como ética especializada para los casos que contemplan los delitos relacionados a la manipulación genética. Su labor se centra en obtener soluciones en el plano ético y moral, con participación de la sociedad como constructora de su destino. La participación ciudadana está amparada dentro del actual Estado Social y Democrático de Derecho, y presenta mayor relevancia en temas de tan vital importancia como son los relacionados a cuestiones fundamentales como la vida y el futuro de la especie humana. Junto a la Bioética, en el campo penal, la Política criminal es la que analiza las decisiones de criminalización de las nuevas conductas procedentes de los avances científicos y tecnológicos. Finalmente, con todo el sustento científico y bioético de base, el Derecho penal puede intervenir o no, con el propósito de garantizar la correcta protección de bienes jurídicos de ciertos ataques

que comporten una mayor lesividad a dichos bienes, conforme a su carácter de exclusiva protección de bienes jurídicos y al carácter de *última ratio*.

## CAPÍTULO V

1. Con el fin de establecer de «*ratio legis*» el bien jurídico-penal protegido en los delitos relativos a la manipulación genética; se tienen en cuenta algunos presupuestos para realizar la correspondiente construcción dogmática. Se debe recurrir a la valoración dogmática de valores y principios que puedan generar consenso (Mir Puig). De igual forma, se atiende al criterio de que el Derecho contiene normas y principios (Dworkin). Se considera a la Constitución como el sitio idóneo para la búsqueda de dichos valores y principios, propuesta que de momento tiene un apoyo mayoritario.

2. En base a lo anterior, se manifiesta que el principio matriz de todos los demás es la vida, de este se desprenden principios como la dignidad, la libertad y la igualdad. Estos principios contienen a su vez valores, algunos de ellos, se constituyen en valores superiores de un ordenamiento jurídico, por presentar una mayor importancia frente a otros intereses. De los valores superiores se desprenden los derechos fundamentales, los mismos que son reconocidos en la Constitución. A su vez, en el objeto de estos derechos se encuentra el bien, que puede ser considerado como bien jurídico-penal, de efectuarse un ataque grave al bien.

3. Conforme a la Teoría de la mutación constitucional (doctrina y jurisprudencia alemana), el principio vida está sujeto a mutaciones, en lo relacionado a su interpretación dentro de la Ley Fundamental, sin que se produzca un cambio en el texto legal. Con apego a este criterio, se

considera que es procedente una reinterpretación del principio vida, con lo que se equipara a este principio con la supervivencia de la especie humana. Ante esta nueva interpretación, se concluye que los delitos relativos a la manipulación genética, se sustentan constitucionalmente en el principio vida, como supervivencia de la especie humana, conjuntamente con el principio de libertad y el principio de igualdad que permiten su normal desarrollo y evolución. Dicho lo cual, se sostiene que pese al criterio de la doctrina mayoritaria, sobre la dificultad o imposibilidad de identificar un bien jurídico-penal único en estos delitos, se desprende de *ratio legis*, que el legislador protege en los delitos relativos a la manipulación genética («*sensu lato*»), el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia. Los demás bienes jurídico-penales traídos a colación, son aspectos del bien jurídico-penal único, pues, todos ellos se reconducen al bien jurídico único, y como consecuencia, en los diferentes tipos penales, se pone en peligro o se lesiona uno de los aspectos de este bien jurídico-penal único.

4. En relación al principio matriz vida, como supervivencia de la especie, se sostiene que el bien jurídico-penal único presenta dos dimensiones: individual y supraindividual. Las dos dimensiones se encuentran conectadas en este único bien, por la extensión de la vida individual y de la vida de la especie, dentro de la idea de supervivencia, es así, que se forma un todo único, y al atacarse a uno de los aspectos se pone en peligro o se lesiona la dimensión individual o supraindividual del bien jurídico-penal único. Dentro de un punto de vista sistémico funcionalista, las dos dimensiones son necesarias para la existencia del bien jurídico, por lo tanto, no existe una falta de legitimación en ninguna de estas dimensiones.

5. Conforme al criterio de que todos los bienes jurídicos mencionados como posibles bienes protegidos en estos delitos, se subsumen en el bien jurídico-penal único, pues, precisamente están incluidos en los aspectos del bien jurídico único. Se tendría que en la alteración del genotipo (artículo 159), se protege la identidad de la especie, y como dimensión individual, el libre e igualitario desarrollo genético del individuo (embrión o feto). En la producción de armas biológicas (artículo 160.1.), se protege el libre e igualitario desarrollo de la comunidad y su supervivencia, como aspecto del bien jurídico-penal único, y no se concreta una dimensión individual; sobre el tema, se recalca el criterio sobre la evolución de la especie y su supervivencia, como intención del legislador, por lo que no se consideran procedentes los bien fundamentados criterios de ubicar a estos delitos dentro de los delitos de genocidio u otros afines. En relación a los organismos modificados genéticamente o transgénicos, de darse una penalización de las conductas que implican la elaboración de estos organismos, se sugiere que el correspondiente tipo penal debería ser localizado en este Título, al alterarse genéticamente a estas especies, en atención precisamente al bien jurídico-penal único. En la fecundación de óvulos (Art. 160.2), se protege la procreación humana como mecanismo para conseguir el libre e igualitario desarrollo de la especie y su supervivencia, téngase en cuenta que la investigación y experimentación científicas, se encuentran reguladas en la Ley Especial, por lo tanto, interpretar estos fines dentro del tipo, sería violar el principio *non bis in idem*. En la clonación humana (artículo 160.3.), se protege como aspecto del bien único la diversidad de la especie humana, y como dimensión individual, la doble dotación genética del ser humano. En la selección de raza (artículo 160.2.), se protege el mismo aspecto que en la alteración del genotipo, por lo que se considera que esta conducta debería estar incluida en el artículo 159. En la reproducción asistida sin consentimiento (artículo

162), es lo más controvertido del Título V, aquí se protege, en base al principio de libertad, la libertad de procreación como mecanismo para el desarrollo de las especies y su supervivencia, como aspecto del bien jurídico-penal único, mientras que la dimensión individual es la libertad de procreación de la mujer, como mecanismo para el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia. Por último, se señala que de cometerse otros delitos conjuntamente con los delitos relativos a la manipulación genética o si concurriesen dos conductas típicas del mismo título, se estaría ante consideraciones concursales.

6. Se concluye que en base a la mutación del principio vida como supervivencia de la especie y a la ubicación de un bien jurídico-penal único, se justifica plenamente la protección penal de este bien jurídico y de sus diferentes aspectos subsumidos en los tipos penales del Título V. Con ello, a criterio de este trabajo, se puede afirmar que existe en estos delitos un bien jurídico de real importancia que amerita una protección penal; por lo tanto, los delitos relativos a la manipulación genética no presentan una función exclusivamente simbólica.

7. En cuanto a un tema tan discutido, como es la protección penal del *nasciturus*. Se opina que la dificultad de las legislaciones de Occidente tanto en las leyes nacionales como internacionales; por conseguir un consenso sobre la protección del *nasciturus*, ha ocasionado una relativización en la protección, es así, que la valoración de la vida depende de cada legislación y lugar. Frente a esto, se considera que es más acertado proteger la vida desde la concepción, como respeto al derecho de nacer. Sin embargo, no se puede prohibir ciertas acciones sobre el *nasciturus*, siempre y cuando sean justificadas por un estado de necesidad o por un proyecto científico coherente con el cual se obtengan beneficios científicos a favor

del individuo y de su calidad de vida. El máximo escollo en la protección al *nasciturus* radica en la titularidad del derecho a nacer, hecho que puede ser subsanado por una ficción jurídica y en base al principio de igualdad, con lo cual se considere al *nasciturus* como un ser nacido.

8. Al realizar una valoración negativa, posterior a la construcción del bien jurídico-penal y en atención al mismo (Mir Puig), se tiene que en atención a las modalidades de ataque al bien jurídico-penal único, se produce una inversión de la modalidad lesión-peligro, por lo tanto, se está ante un peligro-lesión, debido a que en algunos tipos, en primer lugar se lesiona la dimensión individual del bien jurídico-penal único, y se pone en peligro a la dimensión supraindividual. Con el análisis de los tipos, se puede observar que en los delitos relativos a la manipulación genética no se pueden catalogar simplemente a los mismos como delitos de lesión o peligro (abstracto o concreto), pues, todos estos elementos son válidos dependiendo del caso concreto.

9. En los delitos relativos a la manipulación genética se afirma que se cuenta con la presencia de víctimas individuales y de víctimas supraindividuales, conforme a la afectación o puesta en peligro de la dimensión individual o de la dimensión supraindividual del bien jurídico-penal único. La existencia de una víctima individual, de una víctima supraindividual o de ambas, depende de cada tipo penal.

## **PARTE TERCERA**

### **CAPÍTULO VI**

1. Con sustento en los presupuestos dogmáticos de la Teoría del consentimiento, realizado en la Parte Primera de este trabajo, se efectúa una aproximación a la naturaleza jurídica de la misma. Como consecuencia del

estudio llevado a cabo, se considera que el consentimiento es un principio limitador del *Ius puniendi* del Estado, y esa es su naturaleza jurídica-penal. Para llegar a esta conclusión, a más de seguir el criterio de que la problemática del consentimiento se relaciona al *Ius puniendi* del Estado, se revisaron argumentos de conexión provenientes de la Teoría política, con el fin de observar la trayectoria que tuvo el consentimiento antes de ser aplicado como una institución dentro del Derecho Penal. De esto, se desprende que el consentimiento presenta una eminente utilidad procesal para la plasmación de la voluntad política, es así, que luego de participar activamente en la formación del Estado, y posteriormente en la toma de decisiones para la creación de las leyes, tiene una fuerte injerencia en la constitución del poder del Estado y del sistema democrático. El consentimiento fue un elemento procesal para la elaboración de normas penales, con lo cual, se establece el control de los poderes del Estado a través de las normas creadas en base al consenso de la mayoría, y como expresión de la libertad de la voluntad ciudadana.

3. Los argumentos de conexión no bastan para los fines que aquí se pretenden, por lo tanto, como argumento jurídico principal se alude al lugar que ocupa el consentimiento dentro de la Constitución; de ello se desprende que el consentimiento se encuentra como un principio constitucional implícito dentro del principio de libertad (artículo 1.1. de la Constitución). El valor libertad tiene el rango de valor superior del Ordenamiento jurídico y no solamente sostiene en sí al principio del consentimiento, sino también a principios similares como son: el principio de autonomía de la voluntad y el principio de autorresponsabilidad. Con la construcción dogmática realizada y sus respectivos pasos metodológicos, se concluye que en relación a los fines teleológicos y de allí radica su importancia, el principio del consentimiento en compañía de los otros principios similares, permiten

un cabal respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1.).

4. Una vez configurado el consentimiento como principio constitucional implícito, puede ser ubicado dentro los principios limitadores al *Ius puniendi*, como una categoría de naturaleza individual, debido a la protección que otorga a los derechos y a las garantías individuales, en contraposición a los principios de naturaleza colectiva que se aplican más a las garantías generales del Derecho penal. La misma suerte, tienen el principio de autonomía de la voluntad y el principio de autorresponsabilidad. Como consecuencia, los principios de naturaleza individual, en conjunto son los que representan la esencia del servicio al ciudadano que compete al Derecho Penal y al Estado Democrático, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho. De tal forma, que por los argumentos de conexión, pacto social, contrato social, sistema democrático, entre otros, no es de extrañar que los principios de naturaleza individual tengan estrecha relación con el carácter democrático del Estado y con las corrientes filosóficas liberales.

5. Dentro del conjunto de principios de naturaleza individual, el del consentimiento es de carácter operativo, es decir procesal, que permite que la autonomía de la voluntad se materialice y como consecuencia de ello, el individuo puede ser autorresponsable por la libertad de disponer sobre sus bienes jurídicos, de cara a un juicio de imputación personal. A más de tener el principio del consentimiento un carácter procesal, también posee su propia construcción material atinente a establecer sus requisitos y sus formas de expresión dependiendo el caso en el que consentimiento sea eficaz. Con lo dicho, se considera que el criterio acertado sobre el consentimiento, es el formulado por Lucke, quien le concede al



consentimiento un sentido procesal, por lo que es preciso apartarse de las argumentaciones en base a la consideración de Kant, que entrelazan al consentimiento con la idea de la razón. De esta forma, se considera que esta doble interpretación filosófica y el mayor apego a la postura de Kant, han originado los principales problemas doctrinarios para ubicar la naturaleza jurídica del consentimiento.

6. Al margen de ser un principio constitucional implícito, el principio del consentimiento tiene como antecedente el de haber sido un principio extrasistémico, pues, estuvo presente dentro de los movimientos políticos de real importancia para los sistemas actuales. Y, finalmente, se introdujo dentro de los ordenamientos jurídicos, mediante referencia expresa de varias normas jurídicas y por los pronunciamientos jurisprudenciales. Con todos los argumentos de apoyo, se afirma que es sólida la cualidad del consentimiento como principio.

7. En relación a los efectos jurídicos que devienen del consentimiento, se opina en este trabajo, como ya se dijo, que el efecto jurídico que produce el consentimiento y sus principios afines, es la exclusión de la tipicidad. En este sentido, se ha de entender que el bien jurídico del que se dispone (libertad de disposición) es de preferencia un bien jurídico individual, con lo cual, el titular del bien jurídico en atención a la autonomía de la voluntad, consiente sobre el bien y de cuya afección o lesión, él será autorresponsable, por estar dentro del ámbito de su libertad de disposición y de su titularidad, es así, que el efecto será la exclusión del tipo. Este por menor, conlleva a que se cumpla con los máximos postulados constitucionales y con los fines teleológicos de los principios limitadores al *Ius puniendi* del Estado, como son el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. En este campo, el Estado y su poder

punitivo nada tienen que hacer, únicamente respetar los derechos individuales del ciudadano en apego a los principios de autonomía de la voluntad, del consentimiento y de autorresponsabilidad.

8. El criterio de que la naturaleza jurídica del consentimiento es el de una causa de justificación en algunos casos, desvirtúa la naturaleza del mismo. En el caso del Ordenamiento jurídico penal español, el artículo 20 del Código penal, en ningún lugar menciona al consentimiento como causa de justificación, por ende, se estaría realizando una errónea interpretación y forzando el contenido del artículo mencionado. Con lo anterior, se manifiesta que siempre que se produzca la lesión de un bien jurídico por la ponderación de bienes jurídicos entre sí o derechos entre sí, como por ejemplo la salud *versus* la libertad, se estará ante un estado de necesidad y se debe resolver por esa vía dogmática, sin necesidad de forzar la eficacia del principio del consentimiento dentro de situaciones que no le son propias, y que es el área de actuación de otras instituciones.

9. El carácter de principio que tiene el consentimiento dentro de los límites al *Ius puniendi* del Estado debería ser incluido en la Parte General, mientras que su efectividad pertenece a la Parte Especial. En relación a los tipos penales concretos su realización como requisito (procesal) dependerá de cada tipo, en este sentido el tipo puede exigir un consentimiento expreso (consentimiento informado) o tácito (seguridad contra el tráfico). Del mismo modo, conforme a la configuración del tipo penal, el principio del consentimiento puede ser un derecho que el individuo puede ejercer (consentimiento informado como derecho).

10. Conjuntamente con lo que se argumenta sobre la naturaleza del consentimiento, se considera que el consentimiento es una institución muy

amplia y por estar conectado con la materialización de la libertad, se relaciona con otras instituciones del Derecho penal, generalmente como un requisito procesal que participa en la formación de esas. En este caso, se encuentran el estado de necesidad, la adecuación social, el riesgo permitido, la objeción de conciencia y la imputabilidad.

## **CAPÍTULO VII**

1. Se considera que la libertad de voluntad se bifurca en dos áreas, la libertad de disponer y la libertad de acción. Con el objetivo de definir la competencia de cada una, se toma parcialmente el criterio que analiza la libertad de voluntad con relación a la ley de la causalidad (Max Planck viene de Capítulo VI). Con lo anterior, se expone que la libertad de voluntad contiene algunas fases en su manifestación; así: en la primera fase o fase interna esta dirigida por el principio de autonomía de la voluntad, del cual se derivan dos posibilidades de manifestación: la libertad de disposición y la libertad de acción; en la fase intermedia o de materialización, se ubica al principio del consentimiento como un instrumento que permite la materialización del principio de autonomía de la voluntad y sus formas de expresión (libertad de disposición y libertad de acción); la existencia de esta fase, en concatenación con la anterior, permite la realización de la libertad de la voluntad en su máxima expresión; y, como consecuencia de ello, se tendría la tercera fase o externa sustentada por el principio de autorresponsabilidad, que se aplica cuando la afección o lesión se refiere a los bienes propios y el principio de culpabilidad para la afección de bienes ajenos en general. Con esta argumentación, y con el fin de abordar la eficacia del consentimiento en los delitos relativos a la manipulación genética, se concluye que su eficacia está relacionada con la

libertad de disposición sobre la dimensión individual, que se protege en los diferentes tipos penales.

2. El principio de autonomía de la voluntad es de carácter general, a su vez contiene al principio de autodeterminación de corte más especial, que en la práctica se materializa como el derecho a la autodeterminación. Dentro del contenido y las manifestaciones que presenta el principio de autonomía de la voluntad, tanto la libertad de disposición, como la libertad de acción, se sirven del consentimiento como medio o requisito para materializar la libertad de la voluntad, con lo que se concluye, que el principio de autonomía de la voluntad fundamenta la eficacia de la libertad de disposición y del consentimiento para la disposición de los bienes jurídico-penales. Sin duda, la libertad de disposición es parte del derecho de autodeterminación, todos estos elementos son fruto del principio de autonomía de la voluntad.

3. Los principios de naturaleza individual que limitan al *Ius puniendi* del Estado, presentan una doble función: por un lado, constituyen un límite que indica hasta donde puede intervenir el Estado sobre los bienes jurídicos individuales y, por otra parte, delimitan los alcances de la libertad de disposición individual que goza el individuo, como manifestación de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad.

4. La libertad de disposición no se protege como bien jurídico penal, cuestión que se ha prestado a confusiones dentro de la Teoría del consentimiento. En este trabajo se considera que la libertad de disposición es un problema del *Ius puniendi* del Estado, pues, son los principios limitadores de las facultades punitivas del Estado los que establecen la facultad y la prohibición del individuo para disponer de los bienes jurídico-

penales. En este sentido, los principios de naturaleza individual, representan la supremacía de la actuación individual; en tanto que los otros principios limitadores al *Ius puniendi* del Estado en general (principios de naturaleza colectiva), provenientes de los derechos colectivos y de las garantías generales del Derecho penal, con los que se cumple la naturaleza pública del Derecho penal, actúan contra las acciones que con apego a la libertad de acción negativa afectan a los bienes jurídicos de terceros y a los bienes jurídicos supraindividuales. Con lo anterior, se considera que el delito sería en buena parte producto de la libertad de acción que se manifiesta negativamente sobre los bienes jurídicos ajenos, afectándolos o lesionándolos.

5. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como límite al poder punitivo del Estado, determina los bienes jurídicos que deben ser protegidos penalmente, por lo tanto, cada tipo penal contiene un bien jurídico protegido, razón por la cual, el mismo tipo constituye el mejor catalizador de los límites y excepciones a la libertad de disposición del individuo y de la eficacia del consentimiento sobre el bien jurídico-penal que el tipo protege. Con lo expuesto, se concluye que se debe recurrir al alcance de los tipos en los delitos relativos a la manipulación genética, con el objetivo de establecer cuales son los límites en la protección de los tipos penales y en la disposición del bien jurídico-penal protegido.

6. Las nuevas leyes sobre donación y utilización de material genético, tanto las directivas europeas como la Ley española, han solventado las principales dudas sobre la eficacia del consentimiento para disponer del material genético. La legislación contiene, expresamente, a la representación legal y al consentimiento informado para justificar la donación de material genético, con lo que se puede afirmar que uno de los

principales planteamientos sobre la legalidad de estas técnicas y la validez del consentimiento ha perdido su fundamento. Se considera que el legislador realiza una aplicación analógica entre el material genético y el trato jurídico que se concede a los menores de edad, y como consecuencia se legitima la validez de la representación legal y la eficacia del consentimiento informado.

7. Los delitos relativos a la manipulación genética son delitos de peligro (protección de dimensión supraindividual) y a la vez también tienen el carácter de delitos pluriofensivos por proteger dos tipos de bienes jurídicos, con lo cual, en relación a las clases de bienes que protege el tipo, la misma se realiza de una forma acumulativa, y mientras no se lesione o afecte a la dimensión supraindividual no se cumpliría el tipo. Los delitos relativos a la manipulación genética bien pueden ser calificados como delitos de acumulación o delitos afines; se considera que la diferencia variaría en cada tipo, pues, los delitos relativos a la manipulación genética no son delitos cuyo bien jurídico se vería afectado o lesionado por las múltiples agresiones al bien jurídico-penal, sino más bien, porque con una lesión en sentido material al bien jurídico-penal único, conforme a un nuevo concepto de resultado material, se lesiona o afecta a dicho bien jurídico, concretamente realiza el tipo la lesión o afección a su dimensión supraindividual. Con lo expuesto, por una parte, se restringe el alcance del tipo, y por otro lado, no se considera las varias agresiones o lesiones a la dimensión supraindividual para realizar el tipo, como es el caso de los delitos de acumulación. Y con ello, estos delitos cumplirían con una función preventiva general negativa, con lo que también se desvirtuarían los cuestionamientos de exclusivo simbolismo.

8. De los principios de naturaleza individual, la libertad de disposición (principio de autonomía de la voluntad) y la eficacia del consentimiento (principio operativo del consentimiento), dentro de los delitos relativos a la manipulación genética presentan matizaciones conforme a cada tipo penal. En la alteración del genotipo, la libertad de disposición de la identidad genética individual y el consentimiento, quedan restringidos a las finalidades terapéuticas; mientras pierden su eficacia cuando se trata del aspecto supraindividual del bien jurídico-penal único que se protegen en estos delitos (la identidad de la especie). En la producción de armas biológicas, la libertad de disposición y el consentimiento carecen de total eficacia para la disposición de un aspecto supraindividual, como es el que se protege en este tipo penal. En la selección de raza, se manifiesta que en este tipo se debería dar una interpretación amplia de la selección de raza, por un lado, si se presenta una selección de raza con fines terapéuticos, se puede permitir la libertad de disposición y el consentimiento informado que persiga una calidad de vida óptima para las generaciones futuras; de existir una selección de raza con fines eugenésicos, se realiza el tipo y entra en concurso con otros delitos como el genocidio, el delito de lesiones y el propio de alteración del genotipo sin fines terapéuticos. En cuanto a la fecundación de óvulos sin fines de procreación, la libertad de disposición mediante el consentimiento informado sobre el aspecto supraindividual del bien jurídico-penal único, no es procedente; pero, debido a la relatividad de la protección internacional de los embriones, la libertad de disposición y el consentimiento dependería de cada legislación. Con respecto a la clonación, la libertad de disposición y el consentimiento informado no tienen efectividad en este tipo penal sobre la dimensión supraindividual del bien jurídico-penal único (la diversidad de la especie); como también se protege una dimensión individual (doble dotación genética del ser humano), y en atención a la protección acumulativa y a la restricción

general de los tipos que se plantea para estos delitos, se diría que la libertad de disposición y el consentimiento informado tienen validez únicamente para la dimensión individual, siempre y cuando no se transmitan a la descendencia y se perfeccione el tipo al afectar a la diversidad de la especie humana. Sin duda, esta interpretación contradice a muchos convenios internacionales y legislaciones nacionales que expresamente prohíben la clonación con fines reproductivos por lo cual no sería procedente, pero la misma puede aplicarse para los casos de clonación terapéutica. Con respecto a la reproducción asistida, la libertad de disposición y el consentimiento carecen de eficacia sobre la dimensión supraindividual del bien jurídico único (libertad de procreación como mecanismo para el desarrollo de las especies y su supervivencia); en su caso, la dimensión individual (la libertad de procreación de la mujer) no presentan restricciones para que opere la libertad de disposición y el consentimiento.

9. Dentro del proceso de investigación y de elaboración de la presente tesis, se consideró necesario incluir la imputación a la víctima relacionada a los delitos relativos a la manipulación genética. Por un lado, este hecho se justifica por la estrecha relación entre temas como la disposición que hace el titular sobre el bien jurídico y su consentimiento del mismo, lo que motivó a que se realicen observaciones sobre las consecuencias que recaen sobre el titular por la disposición del bien jurídico mediante el consentimiento (en este caso consentimiento informado); con ello se aborda la imputación a la víctima por sus propios actos de responsabilidad sobre el bien jurídico. Por otra parte, tal como se plantea en este trabajo, dentro de los principios de naturaleza individual, se incluye el de autoresponsabilidad, los tres principios se encuentran relacionados por su naturaleza, razón por la cual, el principio de autoresponsabilidad conlleva a analizar la imputación a la víctima, en este caso dentro de los delitos



relativos a la manipulación genética. Por lo expuesto, las conclusiones que tienen lugar en los próximos apartados, se refieren a la inculpación a la víctima, y con esta explicación se inicia con un planteamiento general sobre el proceso de imputación. En este sentido, la atribución de la conducta y del resultado a un individuo, se sujeta a un proceso espacio temporal, por este motivo, en este trabajo se considera que bien se puede aplicar algunos parámetros contenidos dentro de la Teoría cuántica. Primeramente, se debe indicar que el planteamiento de esta solución no es extraño, pues, se ha tratado de resolver un tema tan complejo como es la repercusión de la libertad de voluntad en la culpabilidad, desde varios presupuestos. Al respecto, teniéndose en cuenta que el proceso espacio temporal donde se aplica la libertad de voluntad y sus posibles consecuencias sobre la imputación personal, tanto en la responsabilidad por el hecho y en la responsabilidad jurídica, y en atención a la unión lógica de los elementos que han sido estudiados por teorías separadas (determinismo e indeterminismo), se sostiene que las causas de un hecho están regidas por las leyes naturales (ejemplo, una enfermedad genética). Esta situación genera varias posibilidades, en donde la libertad de voluntad tiene su real actuación al escoger entre las posibilidades que se presentan en un determinado espacio y tiempo, de tal forma, que la materialización de la posibilidad escogida, es la que produce efectos o consecuencias por las que se puede imputar o exculpar al sujeto de un hecho existente en el espacio y en el tiempo. La unión de causas, posibilidades y efectos que encuentra un sustento teórico físico en el principio de complementariedad (Bohr) y como base filosófica en la ley de polaridad (El Kybalión), si bien son elementos diferentes pueden coexistir y producir un resultado final en el espacio y en el tiempo, lo que generaría la responsabilidad por el hecho y la responsabilidad jurídica (imputación personal).

10. Conforme a la aproximación que se hace a la Teoría cuántica, se concluye que la responsabilidad jurídica estaría compuesta por dos fases: 1). A priori (responsabilidad subjetiva), en donde la libertad de la voluntad se manifiesta como una libertad de escoger entre varias opciones y posibilidades, lo que configura la responsabilidad por el hecho. 2). A posteriori, en esta fase la posibilidad en la ejecución del hecho, es decir, la acción como tal, de igual forma, está sujeta a la ley de posibilidades en el espacio y en el tiempo. Las posibilidades de ejecución del hecho, tiene mayor relevancia en los casos de imprudencia terapéutica, por tener mayor injerencia los riesgos que conlleva este tipo de actividad, mientras que en los tipos dolosos, la prevención de las posibilidades es casi perfecta, por esta razón es un hecho doloso.

11. Dentro de los delitos relativos a la manipulación genética, únicamente el artículo 159.1. contiene vía *numerus clausus*, las dos modalidades dolo e imprudencia, las demás conductas son tipos dolosos. En relación al artículo 159.1., con apego al criterio del alcance del tipo, y hasta donde queda permitida la disposición del bien jurídico-penalmente protegido, se puede decir, que el fin terapéutico que constan en el artículo, como excepción a la alteración del genotipo, constituye un elemento negativo del tipo y de esta manera lo restringe. Por otro lado, la finalidad de protección de la norma realizada de una forma valorativa, se encuentra en la alteración del genotipo manifestada de forma expresa, la alteración sería prohibida si es realizada con una finalidad de investigación o de experimentación científica.

12. Con relación a la validez del consentimiento, como una opción dogmática para solventar la problemática de la imputación a la víctima, se concluye que dependiendo de la normativa del sector, el consentimiento en

su manifestación de consentimiento informado, no solo es admisible, sino que es necesario para la determinación de la autorresponsabilidad de la víctima o paciente, por ende, se comprueba esta premisa admitida y mencionada por la doctrina, en cuanto a la importancia de la normativa sectorial y del principio de autorresponsabilidad. Precisamente, dentro de los tipos penales relativos a la manipulación genética se presenta un inevitable retorno a la figura del consentimiento, en este caso al consentimiento informado. Esto demuestra que las soluciones dogmáticas a los problemas de imputación a la víctima pueden ser varios, y dependen del alcance de cada tipo y de la normativa sectorial de cada caso.

13. Como conclusiones sobre la imputación de la víctima dentro de los delitos relativos a la manipulación genética, se consideran los siguientes puntos: 1). Para la imputación de la víctima en estos delitos, se debe recurrir al criterio de imputación objetiva en sentido amplio. El empleo de este criterio de imputación objetiva en estos casos, se justifica por la necesidad de recurrir al consentimiento informado para escoger entre las posibilidades y los riesgos que presentan los tipos penales (terapias genéticas y otras vinculadas). 2). En cuanto a la disposición de las dimensiones individual y supraindividual del bien jurídico único, se considera por una parte, que si se procede sin el consentimiento informado del paciente, el médico o grupo científico es el autor o autores del hecho. Si el paciente otorga su consentimiento informado sobre la dimensión supraindividual del bien jurídico único a sabiendas, la responsabilidad es compartida entre el médico por tener el dominio del hecho como autor, y del paciente como cooperador necesario por otorgar su consentimiento sobre un bien que no está dentro del alcance de su libertad de disposición. 3). El principio de autorresponsabilidad conlleva un deber de autoprotección, una posición de garante ante uno mismo. En este sentido, el

paciente puede optar por una terapia genética para obtener la cura de la enfermedad, frente a esta situación, el paciente al elegir entre las posibilidades terapéutica, por medio del consentimiento informado, tiene la obligación de ser garante de sí mismo y el deber de autoprotegerse. 4). Con relación a la autopuesta y heteropuesta en peligro (Roxin) y otras variantes, en los delitos de relativos la manipulación genética de manera general, no es necesaria esta división, pues algunos de los casos se tratan de una heteropuesta en peligro consentida, equivalente según la doctrina a una autolesión y por lo tanto impune (alteración del genotipo con fines terapéuticos, fecundación de óvulos con fines reproductivos). Aunque haya una sucesión temporal, lo que se produce es una organización complementaria de la acción; por una parte, el paciente otorga su consentimiento informado, es decir, está en posesión del dominio de la decisión y ejerce su libertad de elección entre algunas posibilidades terapéuticas, y por otro lado, el médico o grupo científico obtiene el dominio del hecho (tipo doloso) o el control del riesgo (tipo imprudente), por lo que se concluye que los actos tanto del paciente como del médico son complementarios entre sí.

14. Se concluye que los principios de naturaleza individual considerados en este trabajo como parte de los principios limitantes al *Ius puniendi* del Estado, cumplen una doble función: 1). Como principios limitantes de las facultades punitivas del Estado; 2). Dentro de la Teoría del delito, garantizan la autonomía de la voluntad del individuo al momento de elegir determinadas posibilidades o riesgos, y en ciertos casos, como en el consentimiento informado, el principio operativo del consentimiento es sumamente relevante, pues, permite la materialización de la autonomía de la voluntad del paciente, lo que justifica la presencia del principio de autorresponsabilidad de la víctima, en estos casos del paciente, quien

dispone de forma libre y escoge su mejor opción dentro de los fines terapéuticos. Mediante los principios de naturaleza individual, la persona manifiesta su libertad en donde se le es permitido, dentro de dos ámbitos tan distintos como son los límites al *Ius puniendi* del Estado y la Teoría del delito.

## BIBLIOGRAFÍA

AAVV: The Danish Committee on Comparative Law, Nielsen & Lydiche, Copenhagen, 1963

- Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology» (Cmnd 9314) Her Majesty's Stationery Office, London 1984

- Legislation on Human Infertility services and Embryo Research, Department of Health and Social Security, Her Majesty's Stationery Office, London 1986

- Comité de expertos sobre bioética y clonación, Instituto de Bioética. Fundación de Ciencias de la Salud. Ed. Doce Calles, S. L., Madrid, 1999

- Observaciones sobre la agricultura genética modificada y la degradación de las especies, Encyclopédie des Nuisances, París, trad. al castellano Alikornio, Ed. Barcelona, Barcelona, 2000

- Cuaderno de prácticas de Teorías de Derecho, Colex, Madrid, 2001

- Boletín OMG, Boletín trimestral de información sobre los organismos modificados genéticamente, núm. 20, septiembre de 2001

- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Division of the Ethics of Science and Technology, «National Legislation concerning Human reproductive and therapeutic cloning», Paris, Julio de 2004

- 11 attitudes to the crops of the future, Biotekcenter, Dinamarca, 2002

- Encuesta Europea de la Fundación BBVA sobre Biotecnología, 2003

- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Division of the Ethics of Science and Technology, «National Legislation concerning Human reproductive and therapeutic cloning», Paris, Julio de 2004

- «Consent issues restrict stem-cell use», NM (po July 28, 2008)

ABELLÁN: Selección genética de embriones. Entre la libertad reproductiva y la eugenesia, Comares, Granada, 2007

ABELLÁN SALORT: «Bioética, autonomía y libertad», Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006

ABILDGAARD: Conferencias: «Functional Genomics in the Nordic Countries», The Search Council of Norway, January, 2006

ACP de 1992, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992

ACP 1992: Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial, CDJ, Madrid, 1991

ACP 1994: Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994

ALBACAR LÓPEZ: «Aspectos jurídicos de la inseminación genética: inseminación artificial», LL, 1985

ALBRECHT: «El derecho penal en la intervención de la política populista», en AAVV, La inostenible situación del Derecho penal, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.) Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), Comares, Granada, 2000

ALBRIDGE: El hilo de la vida. De los genes a la Ingeniería genética, trad. Clara de Cárdenas, 1ª edic., Cambridge University Press, Madrid, 1999

ALCÁCER GUIRAO: ¿Lesión del bien jurídico o lesión del deber? Apuntes sobre el concepto material del delito, Atelier, Barcelona, 2003

ALEXY: Teoría de los Derechos fundamentales, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993

ALKORTA IDIAKEZ: Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado, Aranzadi, Navarra, 2003

ALMENA VICH: «La responsabilidad penal del médico y del cirujano», RPJ, núm. 48, 1997

ALMODÓVAR IÑESTA: Régimen jurídico de la Biotecnología agroalimentaria, Comares, Granada, 2002

ALLAN: «Thin beats fat yet again-conceptions of democracy», LP, 2006,

AMELUG: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1972

ANARTE BORRALLO: Causalidad e imputación objetiva. Estructura, relaciones y perspectivas. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2002

ANDERSON: Transgénicos, Ingeniería genética, alimentos y nuestro medioambiente, trad. y edic. Santamarta, Gara Proyecto, 2050, Madrid, 2001

ANGIONI: Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico. Giuffrè Milán, 1983

ANSUÁTEGUI ROIG: Poder, ordenamiento jurídico, derechos, Dykinson, Madrid, 1997

- «La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias», AFD, t. XXIII, 2006

ARÁNQUEZ SÁNCHEZ, «La producción de armas biológicas mediante Ingeniería genética», en Benítez Ortúzar, Morillas Cueva, Peris Riera, coord(s), Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, LH al profesor Mantovani, Dykinson, Madrid, 2005

ARCHER: Le consentement en droit pénal de la vie humaine, L' Harmattan. Sciences Criminelles, Paris, 2003

ARZT: «AusschlB der Widerrechtlichkeit», Archiv für die civilistische Praxis, t. 99, 1906



- Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal, trad. Arroyo Zapatero, Ariel S. A., Barcelona, 1989
  - Willensmängel bei der Einwilligung, Athenäum, cop. Frankfurt am Main, 1970
- ARZT; WEBER: Strafrecht, BT., I.H., 5 Delikten gegen den Staat gegen Amtsträger und durch Amtsträger, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1978-1982
- ATIENZA: Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico, Civitas, Madrid, 1986
- «Diez errores frecuentes sobre la ética», en El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, vol. I. Fundación BBV, Madrid, 1994
  - Las piezas del derecho, Ariel Derecho, Barcelona, 1996
  - El sentido del Derecho, Ariel, Barcelona, 2001
  - «Justificar la Bioética», en Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales, Instituto Autónomo de México, Fondo de Cultura económica, México, 2004
- ARROYO ZAPATERO: «Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización», en EPC, XI, Universidad Santiago de Compostela, 1988
- AYALA: Darwin's Gift. To Science and Religion, Joseph Henry Press, USA, 2007
- Systematics and the origin of species, National Academies Press, USA, 2005
- BACIGALUPO ZAPATERO: «¿Tiene rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?», LL, 1982
- Principios de Derecho español, 5ª edic., Akal, Madrid, 1985
  - «El Consentimiento del lesionado en los delitos contra la vida y la integridad física», en AAVV, El consentimiento. El error, CDJ, Madrid, 1993

BAJO FERNÉNDEZ: Manual de Derecho Penal, PE. Delitos contra las personas, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992

BALDÓ LAVILLA: Estado de necesidad y legítima defensa, Bosch, Barcelona, 1994

BARATTA: «Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica», en Pena y Estado, núm. 1, 1991

- Criminología y Sistema penal. Compilación in memoriam, Euros Ed. S. R. L. F. B. de F. Buenos Aires-Montevideo, 2006

BARBERO SANTOS (ed.): «Manipulación genética en la especie humana, Ingeniería Genética y reproducción asistida», El editor, Madrid, 1989

BARTOLOMÉ CENZANO: Manual de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Tirant lo Blanch, Valencia 2003

BARRETO: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, 1990

BASSE: «Environmental Protection in Denamark», en AAVV, Danish Law in European Perspective, 2ª edic., Thomson Publishers, Copenhagen, 2002

BAUMANN: «Schuld und Verntwortung», en Juristenzeitung, J.C.B. Mohr (Siebeck) Tübingen, Januar, 1962

BEAUCHAMP; CHILDRESS: Principios de ética biomédica, Masson S.A., Barcelona, 1999

BECK: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in andere Moderne, Frankfurt, a. M., 1986

- Risk Society. Towards a New Modernity, Sage Publications, London, Thousand Oask, New Delhi, 1992

BECKER: «Significados opuestos del concepto de consenso», AA. VV. Derecho y Filosofía, Garzón Valdés (comp.), Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1988

BELLER,: Quantum Dialogue, The Making of a Revolution, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1999

BENDA: «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en Manual de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 1996

BENÍTEZ ORTÚZAR: «El ordenamiento jurídico ante la clonación», CPC, núm. 79, 1993

- «Capacidad de decisión y consentimiento informado», en Gros Espiell, Gómez Sánchez (coords.), La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos humanos de la UNESCO, Comares, Granada, 2006

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: El delito de lesiones, Ed. Universidad de Salamanca, 1982

BERTRANPETTI: «DNA, nuestro DNI del siglo XXI, de la identificación a la historia», «Gente y genes», Volumen que recoge las conferencias impartidas en el marco de la exposición con este nombre, Institut de Cultura-Ajuntament de Barcelona, Residencia d'investigadors CSIC-Generalitat de Catalunya y Novartis, Barcelona, 2001

BESSION; MARTÍ (ed.): Deliberative Democracy and its discontents, Ashgate Publishing Limited, England, 2006

BILANCETTI: La responsabilità penale e civile del medico, 2ª ediz., CEDEM, Padova, 1996

BOBBIO: L'analogia nella logica del diritto, Memorie dell'Insituto Giordico, XXXVI, Turín, 1938.

- «Intorno al fondamento del procedimento per analogia», en Giurisprudenza Italiana, UTET, Torino, 1951

- «Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia», en Giurisprudenza Italiana, UTET, Torino, 1968

- Contribución a la Teoría del Derecho, Fernando Torres DL, Valencia, 1980

- Las ideologías y el poder en crisis, Ariel, Barcelona, 1988

- *Democracy and Dictatorship*, trad. Kennealy, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1989
  - *Teoría General del Derecho*, 1ª edic., Ed. Debate, Madrid, 1992
  - «La Democracia de los modernos y la de los antiguos», en Fernández Santillán (comp.), Norberto Bobbio: *El filósofo y la política (Antología)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996
  - «La regla de la mayoría: límites y aporías», en Fernández Santillán (comp.), Norberto Bobbio: *El filósofo y la política (Antología)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996
- BONGIOVANNI: *Teorie «constituzionalistiche» del diritto. Morale, diritto e interpretazione*, in AAVV, Alexy e Dworkin, CLUEB, Bologna, 2000
- BONVECHIO: *La tautología del dubbio: Riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin*, «Il Politico», Università degli Studio di Pavia, 1996
- BÖSE: «Derechos fundamentales y Derecho penal como Derecho coactivo», Hefendehl (dir), *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007
- BOZZOLO: *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001
- BRANDON: «The Levels of selection: A Hierbarchy of interactors» in *The Philosophy of Biology*, Hull and Ruse ed(s)., Oxford University Press, Great Britain, 1998
- BRICOLA: «Teoría General del Reato», NDI, t. XIX, Utet, Turín, 1973
- BUCHANAN; DANIELS; WILKER: *From chance to choice, Genetic and Justice*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2000
- BUCHANAN; TULLOCK: *El cálculo del consenso (fundamentos lógicos de una democracia constitucional)*, Espasa-Calpe S. A., Madrid, 1980
- BUNGE: «Analogía, simulación y representación», en AAVV, *Teoría y realidad*, Ariel, Barcelona, 1972

BUSTO RAMÍREZ: Control Social y Sistema Penal, PPU, Barcelona, 1987

BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE: «Significado social y tipicidad», en AAVV, Estudios Penales, L.H. al Prof. J. Antón Oneca, Ed. Universidad de Salamanca, 1982

BUXÓ; REY: «Genoma, Riesgo y Cultura», Casado y González-Duarte, ed.(s), Los retos de la Genética en el siglo XXI: Genética y Bioética, Ed. Universitat de Barcelona, España, 1999

CALLESEN, «Forskerne blev pludselig noble onde mennesker», AM, Aarhus Universitet, núm 3, 2007

CALLIES: Theorie der Strafe im demokratischen un sociales Rechtsstaad, Frankfurt, 1974

CAMBRÓN INFANTE: «Funciones y Limitaciones de las comisiones Nacionales de Bioética», Casado María (ed.), en Bioética Derecho y sociedad, Ed. Trotta, Madrid, 1998

- «Fecundaciones in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos», Trotta, Madrid, 2001

CAMPS; PÉREZ-OLIVA: pról., en Camps, Pérez-Oliva (eds.), Terapéutica y calidad de vida, Fundación Dr. Antonio Esteve, Barcelona, 1993

CANCIO MELIÁ: «La teoría de la adecuación social de Welzel», ADPCP, 1993

- La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima «imputación a la víctima», Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998

- Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, 2ª. edc. Bosch, Barcelona, 2002

CARBONELL MATEU: «Breves Reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos», (Intereses difusos y Derecho penal), CDJ, Madrid, 1994

- Derecho penal: Concepto y Principios constitucionales, 3ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
- CARDONA: Genética. De Darwin al Genoma Humano, Océano, Barcelona, 2001
- CARDOZO: «From Scholoendorff v. New York Hospital», Kuhse y Singer ed.(s), Bioethic. An Anthology, Blackwell Publishers, USA, 1999
- CASADO, M: «El conflicto entre bienes jurídicos en el campo de la genética clínica: exigencias de la salud pública y salvaguarda de la dignidad humana», RDGH núm. 4, 1996
- «Los derechos humanos como marco para el Bioderecho y la Bioética», en Romero Casabona ed., Derecho Biomédico y Bioética, Comares, Granada, 1998
- CASAS BAQUERO: El consentimiento en el Derecho penal, Universidad de Córdoba, 1987
- CASTELLANO ARROYO: «Deontología Médica: Teoría y práctica» Romeo Casabona (coord.), en «Derecho Biomédico y Bioética», Comares, Granada, 1998
- CASTILLO GONZÁLEZ: El Consentimiento del Derecho-Habiente en Materia Penal, Juritexto, San José - Costa Rica, 1998
- CEREZO MIR: «El *versari in re illicita* y el párrafo tercero del artículo 340 bis, A, del Código penal español», en AAVV «Problemas actuales de las ciencias penales», L H, al Prof. Jiménez de Asúa, Pannedille, Buenos Aires, 1970
- «El Consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación» AAVV, LH. a Rodríguez Devesa I, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Universal de Educación a Distancia, 1989
- Curso de Derecho penal español, PG, II: «Teoría jurídica del delito», Tecnos, Madrid, 1990

- «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo». RDPC, núm. 10, Madrid, julio 2002

CERRONI: Il pensiero politico dalle origini ai nostri giorni, Riuniti, Roma, 1966

CHÂTELET; FRANÇOIS: Historia del pensamiento político, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 1992

CIARCIARDO: El conflictivismo en los derechos fundamentales, Eunsa, Ed.Universidad de Navarra. S. A., Pamplona, 2000

COBO DEL ROSAL; RODRÍGUEZ MORRULLO: Derecho penal español, PE, Los autores, Madrid, 1962

COBO DEL ROSAL; VIVES ANTÓN: DP. PG, 3.ª edic., Tirant lo blanch, Valencia, 1990

COBREROS MENDOZA: Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud, Instituto Vasco de Salud Pública, Oñati, 1998

CORCOY BIDASOLO: «El Delito imprudente. Criterios de imputación del resultado», PPU, Barcelona, 1989

- «Libertad de terapia *versus* consentimiento. Límites y controles de la investigación genética», en Casado María (ed.), Bioética Derecho y sociedad, Trotta, Madrid, 1998

- Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

- «Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas», en Quintero Olivares y Morales Prats (coords.), Nuevo Derecho Penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra, 2001

- «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: Eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», AAVV, El Nuevo Código penal: Presupuesto y fundamentos, L. H., al prof. Torio López, 1999

- «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control del riesgo», Atelier, Barcelona, 2004
  - «El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado», 2ª edic., Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008
- CÓRDOVA RODA: Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima, LL, núm. 3, 1996
- CRUZ BLANCA: «Delitos conexos a las técnicas de reproducción asistida: fecundación con fines no reproductivos, creación de seres humanos por clonación y otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza», en Benítez Ortúzar, Morillas Cueva, Peris Riera, coord(s), Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, LH al profesor Mantovani, Dykinson, Madrid, 2005
- CUESTA PASTOR: Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico, Comares, Granada, 2002
- DAHL: La Democracia y sus críticos, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1992
- DARWIN: Teoría de la evolución, Península, Barcelona, 1985
- DARWKINS: The Selfish Gene, Oxford University Press, Great Britain, 1998
- «Universal Darwinism», in Hull and Ruse ed(s)., The Philosophy of Biology, Oxford University Press, Great Britain, 1998
  - Darwkins ed., Charles Darwin's beagle diary, Cambridge University Press, United Kingdom, 2001
- DARWIN: Teoría de la evolución, Península, Barcelona, 1985
- DAVIES: Embryo research, NM, 320, 1986
- DE LA CUESTA AGUADO: La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales (Análisis del tipo objetivo del artículo 62 del Código penal), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999



DE LA GÁNDARA VALLEJO: Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Colex, Madrid, 1995

DE LORENZO Y MONTERO: Derechos y obligaciones de los pacientes. Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica, Colex, Madrid, 2003

DE MARISCO: DP. PG, Nápoles, 1969

DE TOLEDO Y URBIETO: Sobre el concepto de Derecho penal, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid, 1981

DESENCANTO DAROCA: «El debate sobre la igualdad en la Filosofía Jurídica Contemporánea. Una reseña temática», RPJ, 1998

DeWITT: «Regenerarive medicne», NM 453, 2008,

DIAMANDOUROS: «Preventive Medicine in the 21st Century», Second Hygeia-Harvard Medical International Conference, Chalandri-Athenas, June 3th - 2005

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 21ª edic., ESPASA, Madrid, 1992

- 22ª edic., ESPASA, Madrid, 2001

DICCIONARIO ESPAÑOL CTU, Grigalbo S. A., Barcelona, 1998

DICCIONARIO DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS DE LA LENGUA ESPAÑOLA, ESPASA CALPE, Madrid, 1994

DIEZ RIPOLLES: Los delitos de lesiones, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

- «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», AP, t. I, 2001

DONOVAN; GEARTHART: «The end of the beginning for pluripotent stem cells», NM, 414, 2001.

DOUGLAS; CUSINE: *New Reproductive Techniques. A Legal Perspective*, Univerty of Aberdeen, Gran Bretaña, 1990

DOVAL PAÍS: «Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios». CDJ, 1996

DOWSE; HUGHES: *Sociología política*, trad. Rolland Quintanilla, rev., Giner, Alianza, Madrid, 1999

DREIFUSS-NETTER : «La protection penale de l'etre humain avant la naissance», en *La personne juridique dans la philosophie du droi pénal*, Jaques\_Henri Robert et Stamatios Tzitzis, L'Institut de Criminologie de Paris del'Université Panteón-Assas (Paris II), Panteón Assas, Paris, 2001

DÜRING: «Verfassungsentwicklugen in Osteuropa», AÖR 117, 1992

DWORKIN: «What is the equality?», en *Equality of resources*, P. II *Philosophy and Public Affaire.*, núm. 4

- Es el derecho un sistema de reglas?, Instituto de investigaciones filosóficas, UNAM, México, 1977.

EINSTEIN;INFELD: *La evolución de la Física*, Salvat, Barcelona, 1986

EMALDI CIRIÓN: *El consejo génico y sus implicaciones jurídicas*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Floral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco, Comares, Bilbao-Granada, 2001

- «La responsabilidad de los profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético», RDPC, 2ª ép., núm. 11, 2003

ENGLISCH: *La Teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*, traducción y notas del doctor José Luis Guzmán Dalbora, Montevideo, B de F, 2006

ESCAMILLA CASTILLO: «Demos y Democracias», en AFD, t. XXIII, 2006

ESCRIVÁ GREGORI: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976

- «Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución», Papers 13, Barcelona, 1980
- ESER: «Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima», ADPCP, vol. XLXIX, fasc. III, 1996
- «Problemas de justificación en la actividad médica», en Eser, Derecho Penal, Medicina y Genética, Idemsa, Lima, 1998
- «Límites del deber de tratamiento médico», en Eser, Derecho Penal, Medicina y Genética, Idemsa, Lima, 1998
- ESER; KOCH: en «Rechtsprobleme biomedinischer Fortschritte in vergleichender Perspektive. Zur Reformdiskussion um das deutsche Embryonenschutzgesetz», Gedachtnisschrift für Rolf Keller, Herausgegeben von den Strafrechtsprofessoren der Tübinger Juristenfakultät und vom Justizministerium Baden-Württemberg, Mohr Siebeck, 2003
- ESTIVIL: «Genes, herencia y salud», en Gente y genes, Institut de Cultura-Ajuntament de Barcelona, Residencia d'investigadors CSIC-Generalitat de Catalunya y Novartis, Barcelona, 2001
- EUSEBI: «Il Diritto penale di fronte alla malattia», en AAVV, La tutela penale della persona, Giuffré, Milano, 2001
- FAHMY: Le consentement de la victime, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1971
- FALCÓN Y TELLA: La desobediencia civil, Marcial Pons, Barcelona, 2002
- FAULDER: «Whose Body Is It?. The troubling issue of informed consent», Virago, London, 1985
- FLAMIGNI: «Lo statuto dell'embrione tra giudizi morali e sviluppo tecnologico», Questioni di Bioetica, La tutela penale della persona, Nuove frontiere, difficili equilibri, a cura di, Laura Fioravanti, Giuffré, Milano, 2001

FEIJÓO SÁNCHEZ: «Actuación de la víctima e imputación objetiva. (Comentario a la Sentencia del tribunal Supremo de 17 de Septiembre de 1999)», RDPC, núm. 5, 2000

- «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho pena: Fundamento y consecuencias dogmáticas», RDPC, núm. 1, 2000

- Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado, Bosch, Barcelona, 2001

FERNÁNDEZ, «Bien jurídico y principio de culpabilidad», AAVV, El Derecho penal hoy, L.H. al Prof. Baigún Maier, Ed. del Puerto. r.l., Buenos Aires, 1995

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Los límites del *Ius Puniendi*», ADPCP, 1994

FERRAJOLI: «Derechos y garantías». La ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999

- Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia, Trotta, Madrid, 2006

FESQUET: «La introducción del concepto de calidad de vida en terapéutica», en Camps, Pérez-Oliva (eds.), Terapéutica y calidad de vida, Fundación Dr. Antonio Esteve, Barcelona, 1993

FIANDACA: «Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale», RIDPP, 1982

FORMA: Cultura en Weimar, Causalidad y teoría cuántica, 1918-1927, Alianza, Madrid, 1984

FRAGA Y LAMAS: El Consentimiento Informado. El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica, RXG, 1999

FRANK: «Ville det være dårligth. Hvis vi blev bedre?», AM, Aarhus Universitet, núm 3, September 2007

FRISCH: Tipo penal e imputación objetiva, trad. Cancio Meliá, De la Gádara Vallejo, Jaén Vallejo, Pérez del Valle, Reyes Alvarado, Ventura Püschel, Colex, Madrid, 1995

- Comportamiento típico e imputación del resultado, trad. Cuello Contreras, Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2004

FRONDIZI: ¿Qué son los valores?, 2ª edic., México, 1962

GALÁN CORTÉS: Responsabilidad médica y consentimiento informado, Civitas, Madrid, 2001

GAFO: Hacia un mundo feliz, Sociedad de educación de Atenas, Madrid DL, 1987

- «Historia de una nueva disciplina: la Bioética», en Romero Casabona ed., Derecho Biomédico y Bioética, Comares, Granada, 1998

GANOW: Biografía de la Física, Salvat, Barcelona, 1987

GARCÍA ÁLVAREZ: La autopuesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, Tirant lo blanch, Valencia, 1999

GARCÍA ARÁN: «Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en derecho penal español», en Estudios Jurídicos en honor al Prof. Octavio Pérez Vitoria, I, Barcelona, 1983

- «Eutanasia y disposición de la propia vida», en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ, Madrid, 1995

GARCÍA BELLIDO: del Laboratorio de Genética del Desarrollo, Centro de Biología Molecular Severo Ochoa (CSIC-VAM), Gente y genes, Institut de Cultura-Ajuntament de Barcelona, Residencia d'investigadors CSIC-Generalitat de Catalunya y Novartis, Barcelona, 2001

GARCÍA GONZÁLEZ: Límites penales a los últimos avances de la Ingeniería genética aplicada al ser humana, Edersa, Madrid, 2001

GARCÍA MORILLO: La cláusula general de igualdad, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994

- GARCÍA VITORIA: «Cuestiones sobre la naturaleza del caso fortuito y de la Reforma de 1983», en Estudios penales en memoria del Prof. Fernández-Albor, Universidad de Santiago de Compostela, 1989
- GARDNER: «The Mark of Responsibility», OJLS, vol. 23, 2003
- GEERDS: «Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzbuchentwurf», Diss., Kiel, 1953
- GIDDENS: «Risk and Responsibility», MLR, vol. 62, 1999
- GIMBERTAT ORDEIG: Adiciones a Quintano Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal, I, Madrid, 1972
- Concepto y método de la ciencia del Derecho penal, Tecnos, Madrid, 1999
  - Imputación objetiva, participación en un autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, RDPC, núm. 2, 2004
- GINSBURG, «Genomic Medicine: “Grand challenges” in the translation of genomics to human health», EJHG, 16, 2008
- GÓMEZ BENÍTEZ: «Sobre la teoría del bien jurídico (aproximaciones al ilícito)», RFMUUCM, núm. 69, 1983
- Teoría jurídica del delito. DP. PG, 1ª edic., Civitas, Madrid, 1984
- GÓMEZ LENCINA: «Cuestiones sobre la utilización terapéutica de células madre embrionarias», <http://www.bioetica.org/bioetica/mono39.htm>
- GÓMEZ PAVÓN: Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, Bosch, Barcelona, 1997
- GÓMEZ RIVERO: La responsabilidad penal del médico. Doctrina y Jurisprudencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003
- GÓMEZ SÁNCHEZ: «El derecho a la reproducción humana», Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad de Complutense de Madrid y Marcial Pons, Madrid, 1994

- «Los principio de autonomía, igualdad y no discriminación en la Declaración Universal sobre Bioética y Derecho Humanos», en Gros Espiell, Gómez Sánchez (coords.), La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, Comares, Granada, 2006
- GONZÁLEZ AGUILERA, «Genética de las poblaciones», en Romeo Casabona, ed., Genética y Derecho Penal, Comares, Granada, 2001
- «Fuentes de variación (2)», Romeo Casabona, ed., Genética y Derecho Penal, Comares, Granada, 2001
- GONZÁLEZ CUSSAC: «Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma pena», PJ, núm. 28, 1992
- Comentarios al CP de 1995, Vives Antón, (coord.) Guinarte Cabada, vol. I, Valencia, 1996
- «Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española», RDGH, núm. 3, 1995
- GÓNZALEZ CUSSAC; MIRA BENAVENT, «Ámbito de responsabilidad de la víctima y Teoría de la imputación objetiva», AAVV, La ciencia del Derecho penal ante el Nuevo Siglo, LH. al Prof. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002
- GONZÁLEZ MORÁN: «Bioética y responsabilidad», en Mejía ed., Bioética Práctica-Legislación y Jurisprudencia, Colex, Madrid, 2000
- GONZÁLEZ RUS: Seminario sobre bien jurídico y reforma de la Parte Especial, (Siracusa, 1981) ADP, 1982
- Los intereses económicos de los consumidores. Protección pena, Instituto Nacional del Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986
- GONZÁLEZ-SALAS, La teoría del Bien jurídico en Derecho penal, 1ª edic., Oxford University Press, México, 1999
- La teoría del bien jurídico, 2.ª ed., Oxford University Press, México, 2001

GRACIA MARTÍN: «¿Qué es la modernización del Derecho Penal?», en AAVV, La ciencia del Derecho penal ante el Nuevo siglo, LH. al Prof. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002

GRIFFITHS; GRAY: «Developmental Systems and Evolutionary explanation», in Hull and Ruse ed(s)., The Philosophy of Biology, Oxford University Press, Great Britain, 1998

GUSTINI : Dalle fonti alle norme, 2ª edic., Torino, 1992

GUZMÁN; DÁLBORA: «Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la teoría de Max Erns Mayer». RDPC, núm. 3, 1993

HABMANN: Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, Springer, Germany, 2003

HALLIDAY: «A comparative approach to the regulation of human embryonic stem cell research in Europa», MLR, 2001

HANSEN: «Política de I+D en Biotecnología: Cómo concertar los intereses comerciales con los problemas medioambientales», The IPTS Reports, núm. 39, noviembre 1999

HASSEMER: Theorie und Soziologie des Verbrechens, Ansätze su einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Rechtswissenschaft, Fischer Athenäum Taschenbücher Verlag, Frankfurt am Main, 1973

- «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale», Dei Deliti e delle Pene 1, 1984

- «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», DP, añ. 12, 1989

- Einführung, indie Grundlagen des Strafrecht, C.H. Brcksch, Munich, 1990

- «Vorbemerkungen vor §1», en Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §1-21, Hermann Luchterband Verlag, Neuwied, 1990

- «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», ADPCP, 1992



- Fundamentos de Derecho penal, 1ª edic., AD-Hoc, Buenos Aires, 1996
  - ¿Pueden haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, en Hefendehl (dir), La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007
- HASSEMER; MUÑOZ CONDE: Introducción al Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989
- Teoría General del Derecho, 1ª edic., Ed. Debate, Madrid, 1992
- HEFENDEHL: ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, RECP, 2002
- HELLER: Teoría del Estado, trad. Tobío, Fondo de Cultura económica, México, 1942
- HENKEL: «Der Gefahrgegriff im Strafrecht. Strafrechtliche Abhandlungen», Helf 270, Breslau, 1930
- HERTZ: Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts, I. Bd., Hoffmann & Campe, Hamburg, 1880
- HERZOG: «Límites del Derecho penal», en AAVV, La insostenible situación del Derecho penal, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. española), Comares, Granada, 2000
- HERRERA MORENO: «Sobre los orígenes científicos de la Victimología», CPC, núm. 56, 1995
- HESSE: Estudios Constitucionales, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1992
- «Significado de los derechos fundamentales», Manual de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 1996

HESSLER: Rechtsgut, oder rechtlich geschütztes Interesse, oder subjektives Recht? Ein Beitrag zur Lehre vom Objecte des Verbrechens» en GerS., Bd. 39, 1887

HEY; WALTERS: El universo cuántico, trad. Gómez Antón, Alianza, Madrid, 1989

HIGUERA GUIMERÁ: El Derecho Penal y la Genética, Trivium, Madrid, 1995

HIRSCH: «Peligro y peligrosidad», ADPCP, 1996

- «Sobre lo injusto del delito imprudente», RDPC, núm. 16, 2005
- «El concepto de bien jurídico y el “Principio del daño”», en Hefendehl (dir), La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007

HONING: «Die Einwilligung des Verletzten», P. I. (Geschichte und Methodenfrage), 1919

HOOF: Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos, Depalma, Buenos Aires, 1999

HORMÁZABAL MALARÉE: Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A (P. P. U.), Barcelona, 1991

HUGO LIAÑO: Cerebro del hombre, cerebro de mujer, Biblioteca Bolsillo, España, 2000

IZQUIERDO ROJAS: Ingeniería genética y transferencia génica, Pirámide, Madrid, 2001

- «La terapia génica. Nuestro cuerpo fabrica los medicamentos para curarnos», en AAVV, Gentes y Genes, Institut de Cultura-Adjuntament de Barcelona, Residencia d’Investigadors CSIC-Generalitat de Catalunya y Novartis, 2001

JAKOBS: S. AT, De Gruyter ed., Berlín, New York, 1983

- S. AT, 2ª edic., Berlín-New York, 1991
  - S. AT. Die Grundlagen un die Zurechungslehre. Lehrbuch, 2., Walter de Gruyter, Berlín, 1991
  - Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, trad. Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996
  - «Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma», trad. Sánchez Vera, RPJ, 3ª ép., núm. 49, 1998
  - DP. PG. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de la 2ª edic. Alemana: Cuello Contreras y Serrano González de Murrillo, Marcial Pons, Madrid, 1997
  - La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte», en Estudios de Derecho penal, trad. Peñaranda Ramos, Suárez González, Cancio Meliá, 1ª edic., Civitas, Madrid, 1997
- JENNINGS: The Oxford Handbook of Bioethics, Steinbock (ed.), Oxford University Press, 2007
- JESCHECK: T. DP. PG., 3ª edic., trad. Mir Puig, Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981
- T. DP. PG, 4ª edic., trad. Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993
- JESCHECK; WEIGEND: T. DP. PG, 5ª edic., trad. Olmedo Cardenote, Comares, Granada, 2002
- JIMÉNEZ ASENSIO: El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamento del Derecho constitucional, 2ª edic., Revisada y ampliada, Marcial Pons, Madrid 2003
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho penal, IV, 3ª edic., Lozada, Buenos Aires, 1976

JIMÉNEZ SÁNCHEZ: «El consentimiento informado ante los tribunales» en AAVV, Responsabilidad médica y sanitaria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2003

JONSEN: *The Birth of Bioethics*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1998

JONSEN; SIEGLER; WINSLADE: «Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica», Fundación Víctor Grífols i Lucas, Ariel, Barcelona, 2005,

JORGE BARREIRO: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990

- «Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica», *Estudios Penales y Criminológicos XIV*, Universidad de Santiago de Compostela, 1991

- «El consentimiento informado del paciente y su relevancia jurídico penal», *CDJ*, núm. 12, 2001

JOSKI: *Die Einwilligung des Verletzten*, Diss., Erlangen, 1899

JUENGST: «Population genetic research and screening: conceptual and ethical issues», en *The Oxford Handbook of Bioethics*, Steinbock (ed.), Oxford University Press, 2007

KAHLO: «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal», en Hefendehl (dir), *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007

KANT: *Teoría y práctica*, 2.<sup>a</sup> edic., trad. Pérez López y Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1993

- *Introducción a la Teoría del Derecho*, trad. González Vicen, Marcial Pons, Madrid, 2005

KAUFMANN, A: *Analogía y «naturaleza de la cosa»*. *Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, trad. Barros, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1976

KAUFMANN: Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Alen: Scientia, Mainz ,1985

- «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», Mir Puig (ed.). en Avances de la Medicina, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona: PUC, Madrid-Barcelona, 2004

KERNER, «Conciliación víctima-ofensor y reparación de daños en el Derecho penal alemán. Consideraciones sobre la nueva situación jurídica y las experiencias de la aplicación práctica», CPC, núm. 62, 1997

KESSLER: Las nuevas posiciones dogmáticas sobre el consentimiento en Derecho Penal, LP, 2006

KEY; DEBATES; HOLDEN (ed.): Global Democracy. Routledge, London/New York, 2000

KIENTZY: Der Mangel am Straflatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgüttägers, J. C.B. Mohr (Paul Siebed), Tübingen, 1970

KLUG ; KLUG: Juristische Logia, Springer-Verlag, (4ª edic.: 1951, 1958, 1965, 1982), Berlín, 1951

KNOP: Diversity and Self-Determination in International Law, Cambridge University Press, 2000

KRAUSS: «Schuld und Verntwortung», en Juristenzeitung, J.C.B. Mohr (Siebeck) Tübingen, Januar 1962

- «Erfolgsunert un Hadlungsunwert im Utrcht», en ZSTW, Bd. 76, 1964

KRISTENSEN: Denmark. Biotechnology, AR, 2005

KRÜMPELMANN: «Die Bagatelldelike. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegrifft», Schriften zum Strafrecht, Bd. 4, Druncker & Humbolt, Berlín, 1966

KUHLEN: «Der Handlungsefog der Strafbaren Gewasserverunreinigung (& 324 StGB», Goltdammer's AFS, 1986

- «La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte», en Estudios de Derecho penal, 1ª edic., trad. Peñaranda Ramos, Suárez González, Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997

LACADENA CALERO: «Delitos relativos a manipulación genética en el nuevo CP español: un comentario genético», RDGH, núm. 5, 1996

- «Una lectura genética de la STC sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1998 sobre Técnicas de Reproducción Asistida», RDGH núm., 11, 1999

LAGONDNY: «El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional», en Hefendehl (dir), La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007

LANDROVE DÍAZ: La moderna Victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998

LARENZ: Metodología de la Ciencia del Derecho, 1ª edic., trad. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994

LAURENZO CAPELLO: El resultado en el Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992

LAWRENCE: Heisenber and the Nazi Atomic Bomb Project. A study in german culture, University of California Press, Berkeley/Los Angeles/London, 1998

LENCKNER: «The principle of Interesting Balancing as a General Basis of Justification», en Eser, Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichen Perspektiven, t. I, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht , 1997-1998

LLOYD: «Democracia, filosofía y ciencia en la antigua Grecia», en Duna (dir.), Democracia. El viaje inacabado (508 a. C. -1993 d. C.), 1ª edic., trad. Jordi Fibla, Tusquets, Barcelona, 1995.

LOCKE: Social Contract, Oxford University Press, London, 1960

- Two Treatises of Government, Cambridge at the University Press, Cambridge, 1963
- LOCP, Trabajos parlamentarios, t. I., Cortes Generales, Madrid, 1996
- LÓPEZ BARAHONA; ANTUÑANO ALEA: La clonación humana, Ariel, Barcelona, 2002
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: «El consentimiento y la esterilización de los incapaces», CPC, núm. 49, 1991
- «El Consentimiento en el Derecho penal», Dykinson, Madrid, 1999
- «El Consentimiento Informado. La perspectiva médica. Problemas Cotidianos», en AAVV, La responsabilidad médica y sanitaria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2003
- «La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN», en Genética y Derecho, CDJ, 2004
- LÓPEZ-MORATALLA: «Discusión Bioética sobre la reproducción humana asistida: Aspectos biológicos», CDJ, XI, 2006
- LUHMANN: Sistema jurídico y dogmática jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987
- LUZÓN PEÑA: Curso DP. Ed. Universitas, S. A., Madrid, 1996
- Enciclopedia Jurídica Básica, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995
- «Causas de atipicidad y causas de justificación», en AAVV, Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, Aranzadi, Pamplona, 1995
- «Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética», en Genética y Derecho, CPJ, Madrid, 2001
- MacCORMICK: Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford University Press, 1978
- MaCLAREN, «Prelude to embryogenesis, Human embryo research: yes or no?», AAVV, The CIBA Foundation ed., Human embryo research: yes or no?, Tavistock Publication, Londres, 1986

MAE-WAN: Ingeniería Genética, ¿Sueño o pesadilla?, 1.<sup>a</sup> edic., Gedisa, Barcelona, 2001

McHALE: «Regulating Genetic Databases: Some Legal and Ethical Issues», Published By Oxford University Press, vol. 12, núm. 1 Spring 2004

MAIWALD: «El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemana», en AAVV, Justificación y exculpación en Derecho penal, trad. Bacigalupo Zapater, Civitas, Madrid, 1995

MALANDRI: «¿É Corretto l'uso dell'analogia nel diritto?», en Studi in memoria di Angelo Gualadini, vol. II, Urbino, 1969

MALARÉE, HORMÁZABAL: Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. Promociones y Publicaciones Universitarias S. A., Barcelona, 1991

MANTOVANI: «Uso de gametos, embriones y fetos en la investigación genética con propósitos cosméticos e industriales», en Romero Casabona (ed.), Biotecnología y Derecho. Perspectivas en Derecho Comparado, Comares, Granada, 1998

- «Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela», RDGH, núm. 10, 1999.

MAPPES; DEGRAZIA,: Biomedical ethics, 5<sup>a</sup> edic., MacGraw Hill, USA, 2001

MARTÍN DE SOBRADILLO: «La Procréation & la Stérizationn au Point de Vue du Droit Naturel», Universidad de Fribourg, Suisse, 1932

MARTÍN MATEO: Bioética y Derecho, Ariel, Barcelona, 1987

MARTÍN URANGA: «Las zigzagueantes políticas legislativas de la Unión Europea en relación con los productos transgénicos», en RDGH 19/2003

MARTÍNEZ-BUJÁN, Derecho penal económico, PG, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998



MARTÍNEZ DE AGUIRRE: Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida, en AAVV El Juez Civil ante la investigación Biomédica, CDJ, 2004

MARTÍNEZ RUIZ, Los delitos de lesiones, Bosch, Barcelona, 2002

MARTOS NÚÑEZ: «Principios penales en el Estado Social y Democrático de Derecho», RDPC, núm. 1, Madrid

MATA Y MARTÍN: Bienes jurídicos intermedios y Delitos de peligro, Comares, Granada, 1997

MAURACH: Deutsches Stradrecht, AT, 3ª edic., Müller, Heideberg, 1965

MARX: «Zur Definition des Begriffes “Rechtsgut”, Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre». AUS, Rechts un Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung, Heymanns Verlang KG. Köl, Berlín, München, 1972|

MAYER : S., AT, W. Kohlhammer verlag, Stuttgart, 1953

MAYR: Una larga controversia: Darwin y el darwinismo, Drakantos, Fontana y Pontón, trad. para América y España por acuerdo con Harvard Universiy Press, Cambridge, Mass., Barcelona, 1992

MAZZONI: «The Rights of the Embryo and the Foetus in Private Law: The Italian Experience», RDGH, núm., 17, 2002

McCONNELL: Inalienable rights. The Limits of Consent in Medicine and the Law, Oxford University Press, Printed in the United States of America, 2000

MEDZGUTIVM: «The Innate Immune System», en Fundamental Immunology, 1.ª edic., William ed., Lippincott Williams & Wilkins, USA, 2003

MENDOZA BUERGO: «Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudios diferencial de los delitos de peligro abstracto)», ADPCP, 1981

- El Derecho Penal en la sociedad del riesgo, Civitas, Madrid, 2002

- Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto, Comares, Granada, 2001
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense Madrid y Centro Estudios Judiciales, Ministerio de bienes colectivos, CPC, núm. 38, 1989
- MEPHAM: Bioethics. An introduction for the Biosciences, Oxford University press, 2005
- MERKEL: Die Lehre vom Verbrechen und Strafe, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1912
- MERTON: Teoría y estructura sociales. Fondo de Cultura Económico, México, 1968
- MESSINA DE ESTRELLA: Bioderecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998
- MEZGER: Die subjektiven Unrechtselemente», en GS, núm., 89, 1924
- Tratado de Derecho Penal I, RDP, Madrid, 1946
- MILL J. S: Collected Works, t. VII, University of Toronto Press-Routledge and Kegan Paul, Londres, 1973
- Sobre la libertad y otros escritos: la dominación de la muerte, Capítulos sobre el socialismo, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1991
- On Liberty, Kuhse, Singer eds., Bioethic. An Anthologyic, Blackwell Publishers, Reino Unido, 1999
- MILLAR: Du Pasquier, «Evolution of the Immune System», en Fundamental Immunology, 1.ª edic., William ed., Lippincott Williams & Wilkins, USA, 2003
- MIR PUIG: Introducción a las bases del Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1976

- Función de la pena en un Estado social y democrático de derecho, 2<sup>a</sup> edic., Bosch, Barcelona, 1982
  - Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del «*Ius puniendi*», Estudios penales y criminológicos XVI, Santiago de Compostela, 1989
  - «Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente (comentario a la STS de 17.1.1990)», ADPCP, 1991
  - El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Ariel, Barcelona, 1994
  - «El sistema del Derecho penal en la Europa», en Fundamentos de un Sistema europeo del Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1996
  - DP. PG., 5<sup>a</sup> edic., Reppertor, Barcelona, 1998
  - «Sobre la Punibilidad de la tentativa in idónea en el Nuevo Código Penal», RECPC, 2001
  - DP. PG., 6<sup>a</sup> edic., Reppertor, Barcelona, 2002
  - «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», en AAVV, La ciencia del Derecho penal ante el Nuevo Siglo, LH. al Prof. Cerezo, Tecnos, Madrid, 2002
  - «Límites al normativismo en Derecho penal», AAVV, Dogmática y Criminología. Dos versiones complementarias del fenómeno delictivo, LH. a Reyes Echandía, LEGIS, Colombia, 2005
  - DP. PG., 8<sup>a</sup> edic., Reppertor, Barcelona, 2008
- MOLINA FERNÁNDEZ: «Presupuestos de responsabilidad jurídica», ADPCP, vol. LIII, 2000
- «El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación) », RDPC, núm. 1 (extraordinario), 2000.
- MONTALBÁN AVILÉS: «El derecho a la vida y la disponibilidad sobre la propia vida. Su constitucionalidad», en AAVV, El consentimiento. El error, CDJ, Madrid, 1993

MONTANO: «La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal», AP, núm., 19, 1997

MONTERO FERNÁNDEZ-CID: «El Consentimiento de la víctima en los delitos cometidos en el ámbito laboral y en el mundo de la prostitución», en AAVV, El consentimiento. El error, CDJ, Madrid, 1993

MORALES PRATS: «Técnicas de tutela de intereses difusos», CDJ, Madrid, 1994

- «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio», en Quintero Olivares dir., Valle Muñiz, coord., Comentarios al Nuevo Código penal, Aranzadi, Pamplona, 1996

MORENO: «Bioethics and Bioterrorism», en Steinbock (ed.), The Oxford Handbook of Bioethics, Oxford University Press, 2007

MORILLAS CUEVA; CASTELLÓ NICÁS: «Artículo 159», en Cobo del Rosal (dir), Comentarios al CP. t. V, Edersa, Madrid, 1999

MORTATI: La Costituzione in senso materiale, Giuffrè, Milán, 1940

MULVENNA: «Pre-implantation genetic diagnosis, tissue typing and beyond: the legal implications of the Hashmi case», MLI, vol. 6, 2004

MUÑOZ: Ingeniería Genética en el sector primario y secundario: beneficios y problemas, Documento de Trabajo 95-01, Consejo Superior de Investigación científica, Instituto de Estudios Sociales Avanzados, IESA, Madrid, 1995

- Una visión de la Biotecnología. Principios, Políticas y Problemas, Fondo de Investigación Sanitaria, Madrid, 1994

MUÑOZ CONDE: DP. PE, 12ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- DP. PE, 13ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN: DP. PG., 4ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

MURDOCH: «The Bohr-Einstein Dispute», en Faye ed., Niels Bohr and Contemporari Philosophy, Kluwer Academia Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994

MUSCO: Bene giuridico e tutele dell'onore, Giuffré, Milán, 1974

MÜSSIG: «Desmaterialización del bien jurídico y de la Política Criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica a la teoría del bien jurídico hacia el sistema». CDJP núm. 11, añ. III, 2001

NEEL: «Genetic effects of the atomic bombs», en Reeve (ed), Encyclopedia of Genetics, Fitzroy, Dearborn Publishers, London-Chicago, 2001

NELSON: La justificación de la democracia, Ariel, Barcelona, 1986

NICHOLSON (ed.): Medical Research with Children: Ethics, Law and Practice, Oxford University Press, Oxford, New York, Toronto, 1986

NICOLÁS JIMÉNEZ: «Consentimiento informado del paciente: algunos casos específicos», AAVV, La responsabilidad médica y sanitaria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2003

NIELSEN: Legislation on Biotechnology in the Nordic Countries-An Overview, Nordic Council of Ministers, Tema Nord, Copenhagen, 2006

NINO: Ética y Derecho Humano, Ariel, Barcelona, 1989

NOLL: Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten, 1995

NOMBELA: Células madre. Encrucijadas biológicas para la Medicina: del tronco embrionario a la regeneración adulta, Edad, Madrid, 2007

NÚÑEZ Y PAZ: «La responsabilidad de los médicos en el Derecho romano», RDPC, núm. 5, 1995

O'BRIEN; DOLKOV; WAGNER: «Umbilical cord blood transplantation», en García Olmo, García Verdugo, Alemany, Gutiérrez Fuentes eds., Cell Therapy, MacGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 2008

OCHOA SEVERO: Escritos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1999

OSSET HERNÁNDEZ: Ingeniería Genética y Derechos Humanos. Legislación y ética ante el reto de los avances biotecnológicos, Icaria. S. A. Barcelona, 2000

OTTERSEN: Conference: «Functional Genomics in the Nordic Countries», The Search Council of Norway, January, 2006

OTTO: «Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes». Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 7, Duncker & Humboldt, Berlín, 1970

- «Rechtsgutbegriff und Deliktatbestand», en Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Carl Heymann Verlag, Colonia, Berlín, Bonn 1971

PAIS: Els temps de Niels Bohr, Física, Filosofía I Política, trad, García Santiago, Ed. Empúries I universitat de les Illes Balears, Palma, 1995

PALERMO: Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale, Cedam, Padova, 2000

PALIERO: «Consenso sociale e diritto penale», RIDPP, núm. 3, 1992

PALOMO DEL ARCO, «Aspectos procesales de los delitos contra el honor, intimidad y propia imagen», en Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II, CDJ, Madrid, 1999

- «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio», en Quintero Olivares dir., Valle Muñiz, coord Comentarios al Nuevo Código penal, Aranzadi, Pamplona, 1996

PAREDES SIERRA: «Ética y Medicina defensiva», en Rivero Serrano y Paredes Sierra eds., Ética en el ejercicio de la Medicina, Ed. Médica Panamericana, México, 2006

PARSONS: Sistema social., 2ª edic., Biblioteca de la Revista Occidente, Madrid, 1976

PARTIDGE: Consent and Consensus, Pall Mall Press Limited, London, 1971

PASQUINO: «Participación política, grupos y movimientos», en Pasquino (comp.), Manual de Ciencia Política, trad. Chavarri, Morán, Ruiz de Azúa, Alianza, Madrid, 1986

PATTISON: «Det skabte er Godt (nok)», AM, Aarhus Universitet, núm 3, September 2007

PCP 1992, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992

PCP 1994, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994

PEARSON: «Your destiny from day one», NM, 418, 2002

PECES-BARBA: Los valores superiores, Tecnos, Madrid, 1986

- «Desobediencia civil y objeción de conciencia», ADDHH, 1988-1989

- Curso de derechos fundamentales: Teoría General, Eudema, Madrid, 1991

- Introducción a la Filosofía del Derecho, Ed. Debate, Madrid, 1993

- Derecho y derechos fundamentales, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993

- «Libertad del hombre y el genoma», en El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, vol. I., Fundación BBV, Madrid, 1994

PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: Consentimiento, Democracia y obligación política, Colex, Madrid, 1994

- La intervención jurídica de la actividad médica. El consentimiento informado, Dykinson, Madrid, 1997

PEÑA MARTÍNEZ (coord.): AAVV, en Inmunología, Pirámide, Madrid, 1998

PERELMAN Y TYTECA: La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation, 4ª edic., Univeristé libre de Bruxelles, Bruselas, 1983

- La lógica jurídica y la nueva retórica, edic., de 1974, trad., Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1979

PÉREZ ÁLVAREZ: Protección penal del consumidor. Salud Pública y alimentación, Praxis, Barcelona, 1991

PÉREZ LÓPEZ Y RODRÍGUEZ ARAMAYO: Teoría y práctica, 2ª edic., Recnos, Madrid, 1993

PERIS RIERA: La Regulación de la manipulación genética en España, (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías), Civitas, Madrid, 1995

- «Orden biológico vs. Orden jurídico» en El Derecho del Tercer Milenio, Instituto de Derecho y ética industrial, Madrid, 1997

- «Las repercusiones jurídico penales de las nuevas tecnologías», Ed. Universitat de Barcelona, España, 1999

PERIS RIERA; GARCÍA GONZÁLEZ: «Delitos relativos a la manipulación genética», Cobo del Rosal (dir.), Comentarios al Código penal, t. V, Edersa, Madrid, 1999

- «El bien jurídico protegido en los delitos de manipulación genética: criterios de incriminación», en Benítez Ortúzar, Morillas Cueva, Peris Riera, coord(s), Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, LH al profesor. Mantovani, Dykinson, Madrid, 2005

PIERCE: Genética. Un enfoque conceptual, 2ª edic., Ed. Médica Panamericana, Madrid, 2006

PITKIN: «Obligation and Consent I», APSR, núm. 69, 1965

PIÑA ROCHEFORT: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Bosch, Barcelona, 2004



PLAMENTAZ: Consentimiento, libertad y obligación política, trad. Reyes Mazzoni, Fondo de Cultura Económica, México, 1970

PLANCK: ¿Adónde va la ciencia?, Losada, Buenos Aires, 1947

POLAINO NAVARETE: El injusto típico en la Teoría del delito, Mave, Corrientes-Argentina, 2000.

- «Alegato a favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad», CPC, núm. 82, 2004

- DP. PG, 4ª edic., Bosch, Barcelona, 2001.

POPPER: Teoría cuántica y el cisma de la Física. Posta Scriptum a La lógica de investigación científica, vol. III, Bartley, 3ª edic., Tecnos, Madrid, 1985

PORTILLA CONTRERAS: «Principio de intervención mínima y bienes colectivos», CPC, núm. 38, 1989

- «Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo», CPC, núm. 45, 1991

PORRÚA-PÉREZ: Teoría del Estado, 32ª edic., Porrúa, México, 1999

PRAT WESTERLINDH, «El fin del Derecho penal: La libertad», en AAVV, Dogmática y Ley Penal, LH. Prof. Bacigalupo Zapater, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004

PRIETO SANCHIS: Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992

PRAT WESTERLINDH, «El fin del Derecho penal: La libertad», en AAVV, Dogmática y Ley Penal, LH. Prof. Bacigalupo Zapater, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004

PUIGDOMÉNECH: Libro verde de la biotecnología en la agricultura ¿Ilusión o Realidad?, Sociedad española de Biotecnología, Madrid, 1997

PUIGPELAT MARTÍ, «Bioética y valores constitucionales», Casado (coord), «Bioética, Derecho y Sociedad», Trota, Madrid, 1998

- «Libertad y seguridad en un nuevo contrato social», AFD, t. XXII, 2005

PULITANO: «La teoría del bene giuridico fra Codice e Costituzione». LQC, 1981

QUERALT JIMÉNEZ, «Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos a propósito del Proyecto Alternativo de reparación», ADPCP, t. XLIX, fas. 1

QUINTANO RIPOLLÉS, «Relevancia Consentimiento de la víctima en material penal», ADPCP, II, 1950

RAEBURN, «Genetic aspects of Bioethics», en Reeve (ed), Encyclopedia of Genetics, Fitzroy, Dearborn Publishers, London-Chicago, 2001

RAFF, KAUFMAN, Embryos, Genes and Evolution, Indiana University Press, USA, 1991

RAWLS: Teoría de la justicia, 1.<sup>a</sup> ed., trad. González, M. D, México, 1978

- Justice as Fairness: Political not Metaphysical, in Philosophy and Public Affairs, núm. 14, 1985

- «The idea of an overlapping consensus», OJLS, VOL. 7., 1987

- Teoría de la Justicia, trad. González, M. D., 2.a, Edic., Fondo de Cultura Económica, México, 1995

RAWLS; FRIED; SEN: Libertad, igualdad y derecho, Planeta Agostini, Barcelona, 1994

REHOF: «The Danes, Their Constitution and the International Community», en AAVV, Danish Law in European Perspective, 2<sup>a</sup> edic., Thomson Publishers, Copenhagen, 2002

REYES ALVARADO: Imputación objetiva, 2.a ed., Temis, Bogotá, 1996

RHEINBERGER: «Gene Concepts. Fragments from the Perspective of Molecular Biology», en Beurton, Falk, Rheinberger, The Concept of the

Gene in Development and Evolution. Historical and Epistemological Perspectives, Cambridge University Press, 2000

RIGHI, «Culpabilidad y libertad», en AAVV, Dogmática y Ley Penal, LH. Prof. Bacigalupo Zapater, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004

RIVERDITI: «Clonazione: riflessioni», en Marina ed., Bioetica e Diritto penale, Giappichelli, Torino, 2002

RIZ: «Bioética –FIVET –Clonazione- Tutela della persona e della vita» , a curda di Marini, Bioética e diritto penal, Giappichelli, Torino, 2002

ROBERTSON; VIGNAUX: «Probability-The Logic of the Law», OJLS, vol. 13, 1993

RODRIGUEZ DEVESA: DP, PG, 8ª ed. El Autor, Madrid, 1981

RODRÍGUEZ CABRERO: «Por un nuevo contrato social: el desarrollo de la Reforma social en el ámbito de la Unión Europea», en Moreno comp., Unión Europea y Estado de Bienestar, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Estudios Sociales Avanzados, Madrid, 1997

RODRÍGUEZ LÓPEZ, «La autonomía del paciente. Información, consentimiento y documentación clínica», Dilex, Madrid, 2004

RODRÍGUEZ MORULLO, «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuricidad», Estudios penales, L.H. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ: Principios, fines y derechos fundamentales, Dykinson, Madrid, 2000

RODRIGUEZ; STEWART: «Therapeutic atrategies using geneticallyt modified cells», en García Verdugo, Alemany, Guiérrez Fuentes eds., Cell Therapy, MacGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 2008

ROHRLICH: «Las interacciones ciencia-sociedad a la luz de la mecánica cuántica y de su interpretación», en Navarro Veguillas, ed., El siglo de la Física, Tusquets, Barcelona, 1992

ROITT; DELVES: Inmunología. Fundamentos, 10ª edic., Ed. Médica Panamericana, Argentina, 2003

ROIZ: «El gen democrático», Trotta, Madrid, 1996

ROLDÁN BARBERO: Adecuación social y teoría jurídica del delito, Universidad de Córdoba, DL., pp. 103-104

ROMEO CASABONA: El médico y el Derecho penal, La actividad curativa, (licitud y responsabilidad penal), Bosch, Barcelona, 1981

- El Consentimiento en las lesiones, en el proyecto de Código penal de 1980, CPC, núm. 17, 1982

- El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994

- «Límites penales de la manipulación genética», en El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Fundación BBV, vol. III, Madrid, 1994

- «Protección de bienes jurídicos e intervención en el genoma humano», en Borrillo ed., Genes en el Estrado, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996

- «El Derecho Médico: su evolución en España», en Romeo Casabona (coord.), «Derecho Biomédico y Bioética», Comares, Granada, 1998

- «El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos», en Problemas prácticos del consentimiento informado», Fundación Víctor Grífols y Lucas, Barcelona, 2001

- «Los llamados delitos relativos a la manipulación genética», en Genética y Derecho, CDJ, Madrid, 2001

- «Clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», en Romeo Casabona ed. Genética y Derecho Penal, Comares, Granada, 2001

- «Los genes y sus leyes». El derecho ante el genoma humano, Fundación BBVA, Comares, Granada, 2002

- «Consentimiento informado y teoría generada del derecho», AAVV, La responsabilidad médica y sanitaria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2003
  - «Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética», Comares, Granada, 2004
  - Derecho Sanitario Aragonés. Estudio sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón, v. I, Zaragoza, 2004
  - «El alcance del derecho a la vida en relación con el concebido según el TEDH», RDGH, núm. 20, 2004
  - «Aportación del principio de precaución al Derecho penal», en Romeo Casabona ed., Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho, Comares, Bilbao-Granada, 2004
  - «Prevención versus simbolismo en el Derecho Penal de las Biotecnologías», en Benítez Ortúzar, Morillas Cueva, Peris Riera, coord(s), Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, LH al Prof. Mantovani, Dykinson, Madrid, 2005
- ROMEO MALANDA: Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal, Comares, Bilbao-Granada, 2006
- ROSELL Y SERVETO: «Percepción social de la bioética», en Estudios de Bioética y Derecho, en Casado comp., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- ROSS: Sobre el Derecho y la justicia, trad. Carrió, EUDEBA, Buenos Aires, 1994
- ROXIN: «Sinn un Grenzen staatlicher Strafe». Jus, 6, Jahrgang, Heft, 1962
- Problemas Básicos del Derecho penal, trad. Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976
  - «Derecho penal y Derecho penal procesal», en AA.VV., Introducción al Derecho penal procesal, Ariel, Barcelona, 1989
  - Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoría dell illecito penale, Ed. ScienGifiche Italiane, 1996

- DP. PG, 2ª ed. Alemana, trad. Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1999.
  - Política criminal y sistema de derecho penal, 2ª edic., trad. e intr. De Muñoz Conde, Ed. Hammurabi SRL, Argentina, 2000
  - «La protección de la vida humana mediante el Derecho penal», en AAVV, Dogmática y Ley Penal, LH. Prof. Bacigalupo Zapater, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004
  - ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, en Hefendehl (dir), La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007
- ROYES (coord.): Documento sobre las voluntades anticipadas, Observatori de Bioètica i Pret, Universidad de Barcelona, 2001
- ROZOVSKY: Consent to Treatment a Practical Guide, 2ª edit., Aspen Publishers, Inc. Gaithersburg, Maryland, 1999
- RUDOLPHI: «Die Bedeutung von Verfahrensmängeln für die Tatbestandsmäßigkeit einer eidlichen oder uneidlichen Aussage und einer eidesstattlichen Versicherung i. S. der § 153-156 StGB», en Goldammer's Archiv für Strafrecht, Jahrgang, Heft 1, Januar 1969
- «Die Verschiedene Aspekte des Rechts gustbegriffs», en Festschrift für Richard M. Honing, Göttingen Verlag Otto Schawartz & Co, 1970
- RUIZ VADILLO: La responsabilidad y el deber de información ante los Tribunales, Instituto de Fomento Sanitario, Madrid, 1996
- RUSE: Darwin and Design, Does evolution have a purpose?, Harvard University Press, 2003
- RUSE; SHEPPARD ed(s): Responsible Science or Technomadness? CLONING, Prometheus Books, New York, 2001
- SAGGI: «Trattamento sanitario e consenso informato», LIP, Nuova S- Anno V, núm. 3, Settembre-Dicembre, 2002

- SALAT-BAROUX F. ; SALAT-BAROUX J.: Les lois de Bioéthique, Dallos, París, 1998
- SAMPEDRO ARRUBLA: «La Corte penal internacional: Aproximación al papel de las víctimas», CPC, núm. 69, 1999
- «La reconstrucción victimológica del sistema penal», CPC, núm. 81, 2003
- SANAI: «Unique astrocyte ribbon in adult human brain contains neural stem cells but lacks chain migration», NM, 427, 2004
- SÁNCHEZ BONASTRE; FOLCH ALBAREDA: «Transgénesis y mejora animal», en Casado y González-Duarte, ed.(s), Los retos de la Genética en el siglo XXI: Genética y Bioética, Ed. Universitat de Barcelona, 1999
- SÁNCHEZ-CARO; ABELLÁN, Reproducción humana asistida. Protocolos del consentimiento informado de la Sociedad Española de Fertilidad, Comares, Madrid, 2002
- SÁNCHEZ DE LA TORRE: Los principios clásicos del Derecho, Unión Ed., S. A., Madrid, 1975
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ: Los principios en el Derecho y la Dogmática penal, Dykinson, 2004
- SÁNCHEZ y SOLER, «Consideraciones sobre el delito de manipulación genética», LL, 1997
- SANTANA VEGA: La protección penal de los bienes jurídicos colectivos. Dykinson, Madrid, 2000
- SANTOS HERNÁNDEZ: «Aplicación de la tecnología del ADN recombinante», en AAVV, Genética, 1ª edic., Ariel, Barcelona, 2002
- SASTRE: Los caminos de la libertad, ts. I, II, II, Losada, Buenos Aires, 1961
- El ser y la nada, ensayo de ontología fenomenológica, 10ª edic., trad., Valmar, Losada, Buenos Aires, 1998

SAVIGNY: Sistema de Derecho romano actual, trad. Mesía y Poley, Gógora, Madrid, 1978

SAVULSESCU: «Rational Desires and the Limitation of Life-Sustaining Treatment», en Kuhse y Singer ed.(s), Bioethic. An Anthology, Blackwell Publishers, USA, 1999

SAX: «Grundsätze der Strafrechtsplege», en Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 2.a ed., Dunkler & Humboldt, Berlín, 1972

SCHNEIDER: Democracia y Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991

SCHREIBER; ROSENAU; ISHIZUKA; KIM: Recht und Ethik im Zeitalter der Gentechnik. Deutsche und japanische Beiträge zu Biorecht und Bioethik, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2004

SCHROEDER: «Principio de precaución, Derecho penal y riesgo», Romeo Casabona ed., Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho, Comares, Bilbao-Granada, 2004

SCHWARTZ: «Autonomy, Futility, and the Limits of Medicine», en Kuhse y Singer ed.(s), Bioethic. An Anthology, Blackwell Publishers, USA, 1999

SEGURA GARCÍA: El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

- «El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos contra bienes jurídicos individuales», en AAVV, Dogmática y Ley Penal, LH. Prof. Bacigalupo Zapater, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004

SERRANO GÓMEZ: DP. PE, Dykinson, Madrid, 2003

SERRANO MAILLO: Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia acerca de su constitución, Dykinson, Madrid, 1999

SERRAO: «Ethical aspects of human somatic cell therapy», en García Olmo, García Verdugo, Alemany, Gutiérrez Fuentes eds., Cell Therapy, MacGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 2008



SHAEFER: Die Einwilligung des Verletzten ibes. bei Körperverletzung, Diss. Eerlange, 1913

SHAPIRO: El estado de la teoría democrática, Bellaterra, Barcelona, 2005

SHAPLAND; WILLMORE; DUFF: Victims in the criminal justice system, Cambridge Studies in Criminology LIII, England, 1985

SHÜNEMANN: «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», ADPCP, 1996

- «Sistema del Derecho penal y victimodogmática», en AAVV, La ciencia del derecho penal en el nuevo siglo, México, 2003

- «El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la Parte General y de la Parte Especial», en Moreno Hernández coord., en Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, CEPOLCRIM, México, 2003

SHRÖDER: «Die Gefährdungs-delikte im Strafrecht», ZStW 81, 1969

SIGNORINI: «Veritá, Consenso, Democracia», en Fiorot ed., Filosofía e Democracia, Giappichelli, Torino, 1992

SILVA SÁNCHEZ: «La esterilización de disdminuidos psicicos», Un informe de derecho penal comparado), PPU, Barcelona, 1988

- Aproximación al derecho penal contemporáneo, Bosch, Barcelona, 1992

- Medicinas Alternativas e imprudencia médica, Bosch, Barcelona, 1999

- «La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales», 1ª edic., Civitas, Madrid, 1999

- La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª edic., revisada y ampliada, Civitas, 2001

- «Reflexiones sobre las bases de la Política criminal», en en Quintero Olivares y Morales Prats (coords.), Nuevo Derecho Penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra, 2001
  - «La libertad de terapia y responsabilidad penal del médico» CDJ, añ. VII, núm. 12, 2001
  - «Victimología», CPJ, 1993
  - «Sobre el llamado “diagnóstico de preimplantación”. Una aproximación a la valoración jurídica de la generación de embriones *in vitro* con la decisión condicionada de no implantarlos en el útero», en Genética y Derecho, CDJ, 2004
- SIMMONS, «Consent», en Martin dir, Political Philosophy/Theories, Thinkers Concepts, Congressional Quarterly in 2001, Washington, 2001
- SIMÓN LORDA: El consentimiento informado, Triacastela, Madrid, 2000
- «El Consentimiento Informado: abriendo nuevas brechas, en AAVV, Problemas prácticos del consentimiento informado», Fundación Víctor Grífols y Lucas, Barcelona, 2001
- SINA: «Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”». Basler Studien zur Rechtswissenschaft. Helsing&Lichtenhahn, Basel, 1962
- SINGER: Democracia y Desobediencia, trad. Gustavino, Ariel, Barcelona, 1985
- SGUBBI: Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità pena, Mulino, Bologna, 1990
- SOTO LAMADRID: Biogenética, filiación y delito, La fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho, Astrea, Buenos Aires, 1990
- SOURULLO: «Armas biológicas y químicas: Una historia de pesadilla», RPA., núm. 120, Noviembre de 2001

STAMPA BRAUN: «Culpabilidad penal y genoma humano», en Dogmática y Ley Penal, LH. Prof. Bacigalupo Zapater, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004

STRATENWERTH: Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts, ZSTW, 1993

- «La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos», en Hefendehl (dir), La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007

STERELNY; KITCHER: «The return of the gene», in The Philosophy of Biology, Hull and Ruse ed(s)., Oxford University Press, 1998

SUÁREZ-MIRA; RODRÍGUEZ; JUDEL PRIETO; PIÑOL RODRÍGUEZ (coord.): «Manual de Derecho Penal», t. I, PE, Civitas, Madrid, 2003

SUAY HERNÁNDEZ: «Refutación del *Ius puniendi*», en AA.VV; LH. Al Dr. Marino Barbero Santos IN MEMORIAM, Ed. Universidad de Castilla la Mancha y Ed. de la Universidad de Salamanca, Cuenca 2001

SWIFT: Democracia y participación, Intermón Oxfam, Barcelona, 2003

TACCIOLI: «Molecular Genetics of Antibody Diversity», en Pier, Lyczak, Wetzler (eds.), Immunology, Infection, and Immunity, ASM Press, 2004

TAMARIT SUMILLA: La Víctima en el Derecho penal, Aranzadi, Navarra, 1998

TARVOR: «Locke, Jhon», Political Philosophy/Theories, Thinkers, Concepts, Congressional Quarterly in 2001, Washington, 2001

TELLEZ AGUILAR, «Las víctimas del delito en el Derecho Penal español», CPC, 1993

TERRADILLOS BASOCO: «La satisfacción de las necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», RFDUCM, Madrid, 1981

THOMPSON: *Reproducing Narrative, Gender, Reproduction and Law*, Ashgate, 1998

THOMPSON (ITSKOVITZ-ELDOR; SHAPIRO; WAKNITZ; SWIERGIEL; MARSHAL; JONES): «Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts», *SM*, 283, 1998

TIEDEMANN: «Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einen rechtsstraatlichen Tatbestandsbgriff, entwickelt am Problem des Wirstschaftsstrafrechts», *Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Bd. 27, J. C. B Mohr (Siebeck), Tübingen, 1969

TORIO LÓPEZ: ««Versari in re illicita» y delito culposo. El denominado Caso fortuito impropio», *ADPCP*, 1970

- «Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *ADPCP*, 1981

TRES INICIADOS: *El Kybalión*, 1ª edic., trad. Orosco, Lectorum, S. A. de C. V., México, 2007

VALDÉS OSORIO: «La provocación como forma de intervención en el artículo 325 del Código penal español», *Documents de Treball. Divisió de Ciències Jurídiques, Econòmiques i Social, Universitat de Barcelona*, Working Paper, Do 3/06, de 21 de enero de 2002

VALLE MUÑIZ: «Delitos relativos a la manipulación genética», en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª edic., Aranzadi, Navarra, 2002

VALLE MUÑIZ; GONZÁLEZ GONZÁLES: «Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal», *PJ* núm. 26, 1992

VALLE MUÑIZ; VILLACAMPA: «Título XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores», en Quintero Olivares, (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996

VALLÉS: Ciencia Política: Una introducción, 5ª edic., Ariel, Barcelona, 2006

VAN EST Y VAN DIJK(comp.): Informe de la Conferencia de Ámsterdam, Países Bajos, de 19 de noviembre, 1999, Instituto Rataneau, Institut für Tecnkfolgenaschätzung und Systemalalyse (ITAS)

VARGAS PINTO: Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante, Aranzadi, Navarra, 2007

VAZQUEZ-PORTOMENE, «El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración Pública», en EPCC, XXII, Universidad de Santiago de Compostela, 2000

VEATCH: «Abandoning Informed Consent», en Kuhse y Singer ed(s), Bioehic. An Anhology, Blackwell Publishers, USA, 1999

VERFAILLE; JIANG; JAHAGIRDAR; REINHARDT; SCHWARTZ; KEENE; ORTIZ-GONZÁLEZ; REYES; LENVIK; LUND; BLACKSTAD; DU; ALDRICH; LISBERG; LOW; LARGAESPADA: «Pluripotency of mesenchymal stem cells derived from adult marrow», NM, 418, 2002.

VERFAILLE; JIANG; HEDERSON; BLACKSTAD; CHEN; MILLAR: «A human stem cell Project?», NM, 2002

- «Neuroectodermal differentiation from Mouse multipotent adult progenitor cells», PNAS, 100, 2003

VERGÉS RAMÍREZ, Derechos Humanos: Fundamentación, Tecnos, Madrid, 1997

VON HIPPEL: Deutsches Strafrecht, t II. Das Verbrechen. Allgemeine Lehren, 1930

VON HIRSCH: «El concepto de bien jurídico y el «Principio del daño»», en Hefendehl (dir), La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007

VON JHERING: Der Zweck im Rect., I. Bd. 4. Aufl., Druck und Verlag von Breitkop und Härtel, Leipzig, 1904

WAABEN: «Criminal Law», en AAVV, Danish Law in European Perspective, 2ª edic., Thomson Publishers, Copenhagen, 2002

WELHENGAMA: «The Legitimacy of Minorities' Claim for Autonomy through the right to Self-Determination», NJIL, vol., 68, 1999

WELZEL: Das Deutsche Strafrecht, 11.ª edic., Walter de Gruyter, Berlin, 1969

- Estudios de Derecho penal, Ed. B&F, Montevideo-Buenos Aires, 2002

WILLIAM: «Voluntary acts and responsible agents», OJLS, vol. 10, núm. 1, 1990

- «The Immune System: An Introduction», en William ed., Fundamental Immunology, 1.a ed., Lippincott William&Wilkins, USA, 2003

ZAGREBELSKY: «Diritto per: valori, principi o regole», en QFSPGM, núm. 31, t. II, 2002

ZHAO; GLESNE; HUBERMAN: «A human peripheral blood monocyte-derived subset acts as pluripotent stem cells», PNAS, 100, 2003.

ZIPF: Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970

ZITELMAN: «Ausschluss der Widerrechtlichkeit», Archiv für die civilistische Praxis, t. 99, 1906

ZULAV: La Danza de los Maestros. La física moderna al alcance de todos, Argos Vergara S. A., Barcelona, 1981

ZWEIGERT; KONRAD; KÖTZ; HEIN: An Introduction to Comparative Law, 2.ª Ed. New York, Oxford, University Press, 1992

[http://es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n\\_de\\_Copenhague](http://es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n_de_Copenhague)

[http://es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n\\_de\\_Copenhague](http://es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n_de_Copenhague)

<http://es.wikipedia.org/wiki/Sistema>  
[http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%Ada\\_de\\_sistemas](http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%Ada_de_sistemas)  
[http://es.wikipedia.org/wiki/Talcott\\_Parsons](http://es.wikipedia.org/wiki/Talcott_Parsons)  
[http://es.wikipedia.org/wiki/Max\\_Weber](http://es.wikipedia.org/wiki/Max_Weber)  
[http://es.wikipedia.org/wiki/Principio\\_de\\_indeterminaci%C3%B3n](http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_indeterminaci%C3%B3n)  
<http://www.catalanlaw.com>  
[http://bionetonline.org/castellano/Content/db\\_leg2.htm](http://bionetonline.org/castellano/Content/db_leg2.htm)  
[http://www.pbhearth.ku.dk/stf/ansatte/leko/projekbeskrivelse\\_SFF/](http://www.pbhearth.ku.dk/stf/ansatte/leko/projekbeskrivelse_SFF/)  
<http://www.itas.fzk.de/deu/tadn/tadn001/tagugsbericth1.htm>  
<http://www.ub.es/div2/recerca/documents/papers/06d.pdf>