

Límites de la protección del Derecho penal al inicio y fin de la vida humana en la sociedad moderna

Coordinadores:

Juan Pablo Montiel

Laura Neumann

Helmut Satzger

Víctor Gómez Martín



Derecho Penal
y Procesal Penal

LÍMITES DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL AL INICIO
Y FIN DE LA VIDA HUMANA EN LA SOCIEDAD MODERNA

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo Barja de Quiroga, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

LÍMITES DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL AL INICIO Y FIN DE LA VIDA HUMANA EN LA SOCIEDAD MODERNA

JUAN PABLO MONTIEL
LAURA NEUMANN
HELMUT SATZGER
VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN
(Coordinadores)



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2025

Primera edición: abril de 2025.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

- © De los contenidos, sus autores.
- © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-25-028-6 (edición en papel)
144-25-029-1 (edición en línea, PDF)
144-25-030-4 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3030-5

Depósito legal: M-8964-2025

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	Páginas
ABREVIATURAS	15
PRESENTACIÓN	21
PARTE I INJERENCIAS GENÉTICAS EN EL EMBRIÓN: NUEVAS POSIBILIDADES Y PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL	27
«Delitos de manipulación genética en fase prenatal». Reflexiones desde la dogmática y el Derecho comparado, por <i>Juan Pablo Montiel</i>	29
I. El Derecho penal en el inicio de la vida extrauterina	29
II. La intervención del Derecho penal en la protección de embriones humanos extracorporales en la legislación comparada	33
III. Delitos genéticos y de manipulación genética	37
1. Delimitaciones conceptuales	37
1.1. Delitos genéticos y otros delitos en fase prenatal	37
1.2. Clases de delitos genéticos	39
IV. Delitos de manipulación genética: principales rasgos dogmáticos	41
1. ¿Qué bien jurídico protegen los delitos de manipulación genética?	41
2. Los delitos de manipulación genética como delitos de resultado ...	44
3. Formas de configuración del resultado	45
3.1. Edición de genes humanos: la destrucción del ADN como resultado típico	45
3.2. Creación de quimeras, híbridos y clones: la prohibición de crear nuevos seres a partir de ADN humano	48
3.2.1. Particularidades de las quimeras y de los híbridos	48

	Páginas
3.2.2. Particularidades de la clonación	50
3.2.3. Características del resultado de «creación»	51
V. Reflexiones finales: ¿cómo «destabuizar» el Derecho penal genético?	54
«El embrión en el derecho penal», por <i>Laura Neumann/Helmut Satzger/ Nadim Sarfraz</i>	63
I. Protección penal de la vida en la fase previa a la nidación	63
II. Ley de protección de embriones	64
1. Destinatarios de la norma y objeto del reglamento	64
2. Delimitación entre la ESchG y los §§ 218 y ss. StGB y la StZG ...	65
2.1. §§ 218 y ss. StGB	65
2.1.1. El diferente ámbito de aplicación y los diferentes objetos de protección de la ESchG y los §§ 218 y ss. StGB	65
2.1.2. La mayor intensidad de la protección en la primera fase formativa de la vida humana: una contradicción sólo aparente	66
2.2. Ley de células madre	67
3. La protección multidimensional de los bienes jurídicos en la ESchG	67
4. La compleja situación constitucional de la ESchG: la capacidad de los embriones para ejercer derechos fundamentales y la colisión con los derechos fundamentales de terceros	68
4.1. La capacidad para ejercer derechos fundamentales de los embriones preñados	69
4.2. La tensión con los derechos fundamentales de terceros	69
4.3. El posible <i>people dilemma</i> : normas de prohibición para proteger a individuos que aún no existen	70
III. La regulación del diagnóstico preimplantacional y la modificación de las células germinales en la ESchG	70
1. El diagnóstico preimplantacional	71
1.1. La controvertida situación jurídica antes de 2011	71
1.2. La histórica sentencia del Tribunal Supremo Federal sobre la responsabilidad penal de los diagnósticos preimplantacionales	72
1.3. La reacción del legislador: regulaciones de excepción en el § 3a ESchG	73
2. La modificación de las células germinales	75
2.1. La prohibición de la modificación artificial de la informa- ción genética en la línea germinal	75

	Páginas
2.2. ¿Legitimación (continuada) de la prohibición?	76
2.3. Retos complejos para el legislador	77
IV. Conclusión: El Derecho penal como medio dudoso de regulación de la medicina reproductiva	77
PARTE II CUESTIONES SELECCIONADAS SOBRE EL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO	81
«¿El momento de la incidencia como criterio de demarcación entre aborto y homicidio?», por <i>Javier Contesse Singh</i>	83
I. Introducción	83
II. Dos propuestas de fundamentación del criterio del momento de la incidencia	85
1. ¿El criterio del momento de la incidencia como consecuencia de la estructura típica del aborto?	85
2. ¿El criterio del momento de la incidencia como parámetro de interpretación teleológica?	87
III. Interpretación y subsunción	89
1. La ambigüedad sistemática del establecimiento de la tipicidad	90
2. Condiciones estructurales de satisfacción semántica	94
3. Interpretación y corrección	97
IV. Un (proto) esquema de análisis en dos niveles	99
V. El criterio del momento del resultado como criterio estructural	102
1. La ejemplificación del estatus del objeto de la acción como circunstancia del resultado	102
2. ¿El momento de la incidencia como consecuencia del establecimiento ex ante de la tipicidad?	105
3. El criterio del momento del resultado frente a la aplicación del § 218	107
4. El dilema de los casos de incidencia prenatal con resultado mortal postnatal	109
«Prohibición penal de la interrupción del embarazo, pero no de su publicidad (§ 218 StGB, § 219a StGB versión antigua)». Sobre el desvanecimiento de una desaprobación legal, por <i>Gloria Berghäuser</i>	113
I. La prohibición de la publicidad de la interrupción del embarazo	114
1. Sobre la finalidad manifiesta del antiguo § 219a StGB	114
1.1. La valoración jurídica del aborto como el matar a una vida humana individual	114
1.2. El mandato de generar conciencia sobre el aborto como destrucción de una vida humana individual	116
2. Sobre la finalidad latente del antiguo § 219a StGB	117

	Páginas
II. La supresión gradual de la prohibición de publicidad en el StGB	119
1. Modificación del antiguo § 219a StGB en la 19ª Legislatura	120
2. Derogación del § 219a StGB (versión antigua) en la 20ª Legislatura ...	121
2.1. Derogación con modificaciones simultáneas de la SchKG y la HWG.....	121
2.2. Anulación de sentencias con efecto retroactivo (art. 316n Ley de Introducción al StGB- EGStGB)	125
III. ¿En vías de revocar la fórmula de compromiso dilatoria de los §§ 218 y ss. StGB?	126
1. El silencio en la 19.ª Legislatura	127
2. Las voces de la 20.ª Legislatura	128
IV. Perspectivas jurídico-políticas y conclusión preliminar	130
 PARTE III RESPONSABILIDAD PENAL POR DEFICIENCIAS ORGANIZATIVAS EN CENTROS DE OBSTETRICIA, RESIDENCIAS PARA DISCAPACITADOS Y GERIÁTRICOS	 133
«¿Violencia obstétrica como hecho punible?». Sobre la necesidad e idoneidad de la intervención jurídico-penal, por <i>Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro</i>	135
I. Introducción	135
II. La violencia obstétrica en España: una segunda aproximación	137
III. Sobre la disputa de palabras en el discurso público actual	146
IV. Brevemente, sobre el presente contexto sanitario	150
V. Conclusiones	151
«Responsabilidad penal por deficiencias organizativas en centros de maternidad, residencias para dependientes y la tercera edad», por <i>Michael Lindemann</i>	155
I. «Emergencia asistencial [Pflegerotstand]» y «crisis de parteras» – Sobre la importancia del tema	155
II. Principios de responsabilidad organizativa en instituciones médicas, a partir del ejemplo del hospital	157
III. Responsabilidad organizativa en residencias para dependientes y la tercera edad	164
IV. Responsabilidad organizativa en centros de maternidad	171
V. Conclusión	172

	Páginas
PARTE IV EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO	173
«Principio de autonomía y derecho a la ayuda a morir». Algunas consideraciones respecto de la eutanasia, por <i>Mirentxu Corcoy Bidasolo</i>	175
I. Introducción	175
II. Presupuesto de legitimidad de la ayuda a morir	177
III. Regulación de la eutanasia en nuestro entorno y en la LO 3/2021	183
IV. Conclusiones	187
«Eutanasia y suicidio asistido (interrupción del tratamiento, aceleración de la muerte y sedación paliativa)», por <i>Hans Kudlich</i>	189
I. Introducción	189
II. La situación jurídica antes –y ahora también después– del antiguo § 217 StGB	190
1. Tradición de la impunidad del suicidio asistido en el Derecho penal alemán	190
2. Consideración de la punibilidad del homicidio a petición	191
3. Responsabilidad penal por participación en un suicidio no autorresponsable	192
III. El antiguo § 217 StGB y los recursos de inconstitucionalidad presentados en su contra	193
1. Historia legislativa del § 217 StGB	193
2. El rápido primer recurso de inconstitucionalidad contra el § 217 StGB	195
3. Las expresiones centrales del Tribunal Constitucional Federal	196
IV. Consecuencias	197
1. Restablecimiento de la situación jurídica anterior al § 217 StGB	197
2. ¿Consecuencias para el § 216 StGB?	198
3. El posterior desarrollo legislativo	199
4. Cuestiones que surgen de una nueva penalización del suicidio asistido	200
V. Conclusión	200
PARTE V MUERTE CEREBRAL Y DONACIÓN DE ÓRGANOS	203
«Crónica de un comercio infame». Una aproximación a los delitos de tráfico de órganos humanos en el Código penal español, por <i>Víctor Gómez Martín</i>	205
I. Planteamiento	205
II. Las conductas típicas en particular: exposición y breve valoración crítica	207

	Páginas
III. Sobre la relevancia del consentimiento del receptor	216
IV. Corolario	218
«Donación de órganos y muerte cerebral», por <i>Susanne Beck</i>	219
Introducción	219
I. La Ley alemana de Trasplantes (TPG) y los presupuestos vigentes para la donación <i>post mortem</i> de órganos	220
1. Ley alemana de trasplantes (TPG)	220
2. Requisitos formales para la donación <i>post mortem</i> de órganos	221
3. El criterio de la muerte cerebral	223
II. Momento de la muerte y muerte cerebral	224
1. ¿La muerte cerebral es realmente «muerte»?	225
2. Definición funcional del concepto de muerte	227
III. Situación actual en el ámbito de la donación de órganos y posibles soluciones	228
1. La escasez de donantes y sus posibles causas	228
2. Propuestas de solución	230
2.1. ¿Cumplimiento del régimen de consentimiento ampliado?	230
2.2. ¿Introducción de una regulación de decisión obligatoria?	231
2.3. El fracaso del modelo de la objeción (discusión entre 2018 y 2020)	232
2.4. El «modelo de la solidaridad» / El «club de donantes de órganos»	234
2.5. La regulación de emergencia (Notstandsregelung)	235
2.6. Otras soluciones posibles	236
3. ¿Orientación hacia otros países y sus soluciones?	237
IV. Conclusión	238
 PARTE VI PROTECCIÓN <i>POST MORTEM</i> DE LA PERSONALIDAD MEDIANTE Y ANTE EL DERECHO PENAL	 241
«¿Protección póstuma de bienes jurídicos personales en el derecho penal?», por <i>Juan Pablo Mañalich R.</i>	243
I. El problema de los daños póstumos desde la perspectiva del enfoque biológico	243
II. La tesis de la aniquilación y el problema del sujeto	247
III. El enfoque Feinberg-Pitcher	249
IV. ¿Vida biográfica como sustrato de intereses supervivientes?	252

V. El ultraje de cadáver y de sepultura como delitos de peligro abstracto-general contra bienes jurídicos (individuales) de personas vivientes	254
VI. La dañosidad de la muerte para la persona muriente	256
«Protección de los difuntos a través del derecho penal y frente al derecho penal», por <i>Lothar Kuhlen</i>	259
I. Problemas	260
1. La protección de los difuntos a través del Derecho penal	260
2. La protección de los difuntos frente al Derecho penal	263
II. La posibilidad de una protección de los muertos mediante, o ante, el Derecho penal	263
1. ¿La protección jurídico-penal de personas fallecidas como atavismo? ...	263
2. Los muertos como personas según concepciones jurídicas más antiguas	264
3. La incompatibilidad de las concepciones jurídicas más antiguas con la moderna concepción de la muerte	265
4. Protección póstuma de la personalidad	267
5. Los conceptos «muerto» y «difunto»	269
III. Resumen	270
1. La protección póstuma de la personalidad también a través del Derecho penal	270
2. El § 189 StGB como manifestación jurídico-penal de la protección póstuma de la personalidad	271

ABREVIATURAS

§	Parágrafo
AB	Acta Bioética
AcP	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i>
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
AFDUC	<i>Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña</i>
Ap.	Apartado
APQ	<i>American Philosophical Quarterly</i>
APRL	Archivos de prevención de riesgos laborales
AOGS	Acta Obstetricia Et Gynecologica Scandinavica
art.	Artículo
AT	<i>Allgemeiner Teil (Parte general)</i>
BeckOK-GG	<i>Beck'scher Online-Kommentar – Grundgesetz</i>
BeckOK-SozR	<i>Beck'scher Online-Kommentar – Sozialrecht</i>
BeckOK-StGB	<i>Beck'scher Online-Kommentar – Strafgesetzbuch</i>
BeckOGK-SGB	<i>Beck'scher Online-Kommentar – Sozialgesetzbuch</i>
BeckRS	<i>Beck-Rechtsprechung</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo alemán)
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Boletín Oficial alemán)
BJOG	<i>International Journal of Obstetrics & Gynaecology</i>
BR-Drs	<i>Bundesratsdrucksache</i> (Boletín de la Cámara Alta de Alemania)
BSG	<i>Bundessozialgericht</i>
BT	<i>Besonderer Teil</i> (Parte especial)
BT-Drs.	<i>Bundestagsdrucksache</i> (Boletín de la Cámara Baja de Alemania)
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal)
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes</i> (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal)
BVerfGG	<i>Gesetz über das Bundesverfassungsgericht</i> (Ley del Tribunal Constitucional Federal)

■ LÍMITES DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL AL INICIO Y FIN DE LA VIDA...

BvR	Número de expediente de un recurso de inconstitucionalidad ante el BVerfG
Cap.	Capítulo
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CDU	<i>Christlich Demokratische Union Deutschlands</i> (Unión Demócrata Cristiana de Alemania)
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
Cfr.	Confróntese
coord.	Coordinador/es
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CSU	<i>Christlich-Soziale Union in Bayern</i> (Unión Social Cristiana de Baviera)
DLL	Diario La Ley
DGP	Diagnóstico genético preimplantacional
dir(s).	Director(es)
DSO	<i>Die Deutsche Stiftung Organtransplantation</i>
DyS	Revista Derecho y Salud
EC	Enfermería Clínica
ed(s).	Editor/es
EGStGB	<i>Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch</i> (Ley introductoria al Código penal alemán)
EBM	<i>Einheitlicher Bewertungsmaßstab</i> (Estándar Común de Evaluación)
ESchG	<i>Gesetz zum Schutz von Embryonen</i> (Ley de protección de embriones)
et. al.	<i>Et alii</i> (y otros)
FD-StrafR	Fachdienst Strafrecht
FS	<i>Festschrift</i> (Libro homenaje)
GA	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i>
GenDG	<i>Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen</i> (Ley sobre investigaciones genéticas en humanos)
GesR	<i>Gesundheitsrecht</i>
GG	<i>Grundgesetz</i> (Constitución alemana)
GGW	<i>Gesundheit und Gesellschaft Wissenschaft</i>
GÖG	<i>Gesundheit Österreich GmbH</i>
GS	<i>Gedächtnisschrift</i> (Libro conmemorativo)
GuP	<i>Gesundheit und Pflege</i>
HA	<i>Hessisches Ärzteblatt</i>
IJNS	<i>International Journal of Nursing Studies</i>
InDret	Revista para el Análisis del Derecho
JA	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
JHRE	<i>Journal of Human Rights and the Environment</i>
JR	<i>Juristische Rundschau</i>
JRE	<i>Jahrbuch für Recht und Ethik</i>
JuP	<i>Junges Publizieren</i>

jurisPR-StrafR	<i>juris PraxisReport Strafrecht</i>
JZ	<i>Juristen Zeitung</i>
KK	<i>Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO</i>
KriPoZ	<i>Kriminalpolitische Zeitschrift</i>
LO	<i>Ley Orgánica</i>
LH	<i>Libro Homenaje</i>
LG	<i>Landesgericht (Tribunal Regional)</i>
LK	<i>Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch</i>
MBO-Ä 1997	<i>(Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte</i>
MDS	<i>Medizinischer Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen e.V.</i>
medgen	<i>Medizinische Genetik</i>
Med. Clín.	<i>Medicina Clínica</i>
MedR	<i>Medizinrecht</i>
medstra	<i>Zeitschrift für Medizinstrafrecht</i>
MüKo-BGB	<i>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch</i>
MüKo-StGB	<i>Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
ML	<i>Mediaevalia Lovaniensia</i>
NE	<i>Nota de los editores</i>
NJ	<i>Neue Justiz</i>
NJOZ	<i>Neue Juristische Online-Zeitschrift</i>
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NK	<i>Neue Kriminalpolitik</i>
NK-StGB	<i>Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
n.m.	<i>Número marginal</i>
NäPas	<i>Nichtärztliche Praxisassistenten (Asistentes de consulta no médicos)</i>
Nr.	<i>Número</i>
NS-AufhG	<i>Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege (Ley sobre la anulación de las sentencias injustas del Nacionalsocialismo en la administración de justicia penal)</i>
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
NvWZ	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i>
NStZ	<i>Rechtsprechungsreport Strafrecht</i>
NZFam	<i>Neue Zeitschrift für Familienrecht</i>
ÖBIG	<i>Österreichische Bundesinstitut für Gesundheitswesen</i>
OLG	<i>Oberlandesgericht (Superior Tribunal Regional)</i>
p./pp.	<i>Página(s)</i>
PKR	<i>Pflege- & Krankenhausrecht</i>
PP	<i>Partido Popular</i>
PQ	<i>The Philosophical Quarterly</i>
PsychKG NRW	<i>Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten Nordrhein-Westfalen (Ley de apoyo y medidas de protección en el ámbito de las enfermedades psiquiátricas de Renania de Westfalia Norte)</i>

PT	Papeles de trabajo
párr.	Párrafo
PR	<i>The Philosophical Review</i>
PCP	Proyecto de Código penal de 2019 (Argentina)
P&PA	<i>Philosophy & Public Affairs</i>
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal
RAS	Revista de Antropología Social
RCD	Revista Chilena de Derecho
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RDPP	Revista de Derecho y proceso penal
RDUCN	Revista de Derecho Universidad Católica del Norte
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RED	Revista Española de Derecho
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
Reprod Biomed Online	Reproductive Biomedicine Online
Rev. Med. Chile	Revista Médica de Chile
RFD	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba
RFDUG	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
RGDP	Revista General de Derecho Penal
RH	<i>Reproductive Health</i>
RLLP	Revista La Ley Penal
RIDP	<i>Reveu internationale de droit penal</i>
RP	Revista penal
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
RR	<i>Rechtsprechungs Report</i>
RStGB	<i>Reich Strafgesetzbuch</i> (Código penal del Reich)
RuP	<i>Recht und Politik</i>
S. Cal. L. Rev.	<i>Southern California Law Review</i>
SchKG	<i>Schwangerschaftskonfliktgesetz</i> (Ley de Conflictos en el Embarazo)
SGB	<i>Sozialgesetzbuch</i> (Código de la Seguridad Social)
SK-StGB	<i>Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
SPD	<i>Sozialdemokratische Partei Deutschlands</i> (Partido Socialdemócrata de Alemania)
SpuRt	<i>Zeitschrift für Sport und Recht</i>
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código penal alemán)
StPO	<i>Strafprozessordnung</i> (Ordenanza procesal-penal alemana)
StrRehaHomG	<i>Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen</i> (Ley sobre la rehabilitación penal de las personas condenadas por actos homosexuales consentidos después del 8 de mayo de 1945)

StrRehaG	<i>Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet (Ley de rehabilitación e indemnización de las víctimas de medidas de persecución penal en la zona de la adhesión contrarias al Estado de Derecho)</i>
StrRG	<i>Gesetz zur Reform des Strafrechts (Ley de Reforma del Código penal)</i>
StV	<i>Strafverteidiger</i>
StZG	<i>Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Ley para garantizar la protección de los embriones en relación con la importación y el uso de células madre embrionarias humanas)</i>
s./ss.	Siguiente(s)
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional español
TPG	<i>Transplantationsgesetz (Ley alemana de trasplantes)</i>
TUP	<i>Theorie und Praxis der Sozialen Arbeit</i>
UE	Unión Europea
U.S.	<i>United States (Estados Unidos)</i>
WissR	<i>Wissenschaftsrecht</i>
ZakDR	<i>Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht</i>
ZFA	<i>Zeitschrift für Allgemeinmedizin</i>
ZfL	<i>Zeitschrift für Lebensrecht</i>
ZIS	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik</i>
ZJS	<i>Zeitschrift für das Juristische Studium</i>
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>
ZVglRWiss	<i>Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft</i>

PRESENTACIÓN

Durante el 16 y 17 de diciembre de 2022 se celebró en la Universidad de Múnich el simposio internacional «Límites de la protección jurídico-penal de la vida», organizado conjuntamente por dicha universidad y CRIMINT. El evento se enmarcó dentro del cuarto proyecto internacional de investigación de CRIMINT y reunió a doce especialistas de habla germana e hispana para debatir seis de los tópicos más relevantes sobre la temática. Al igual que en los anteriores proyectos, este libro reúne los artículos en español de las personas que participaron en el simposio, los cuales surgen de las conferencias originales y posteriores agregados realizados a partir de las discusiones que se suscitaban en el encuentro de Múnich. Las versiones en alemán de estos trabajos pueden encontrarse en la revista *Zeitschrift für Lebensrecht*¹.

El eje temático central del proyecto es la protección de la vida mediante el Derecho penal, pero más específicamente la intervención jurídico-penal en la protección de la vida en los primeros momentos de su desarrollo o en sus postrimerías. Por un lado, los nuevos desarrollos tecnológicos han sido tomados como pretexto para el avance del Derecho penal en el campo de la utilización de técnicas de reproducción asistida, fruto de los nuevos riesgos (reales o aparentes) derivados de la moderna actividad médica. Por otro lado, la sublimación de la sensibilidad ciudadana ha llevado a que no solamente parezca necesario dar lugar a la intervención del Derecho penal para garantizar a toda

¹ Las traducciones del castellano al alemán que aparecen en aquel volumen y las traducciones del alemán al castellano de este volumen fueron realizadas inicialmente mediante aplicaciones de inteligencia artificial y luego revisadas por las personas que participaron en el proyecto. En cada texto se aclara el nombre del o de la ponente que se encargó de la revisión. La única excepción es el texto de Lothar Kuhlen, que fue traducido al castellano por Juan Pablo Mañalich.

costa la intangibilidad de la vida, a partir de la prohibición de la eutanasia, sino también para proteger otros intereses (asociados a la vida) de las personas, cuando ellas paradójicamente han dejado de existir. Entre los temas vinculados con el primer extremo de la vida se han escogido para el análisis la protección de los embriones mediante el Derecho penal y la revisión de cuestiones poco estudiadas de la interrupción del embarazo. Respecto al tramo final de la vida humana fueron elegidos como temas de relevancia «la eutanasia y el suicidio asistido», «la muerte cerebral y el trasplante de órganos» y «la protección *post mortem* de la personalidad mediante y frente al Derecho penal». Adicionalmente, en el centro de las reflexiones estuvieron las cuestiones relativas a los cuidados médicos y a las atenciones obstétricas y gerontológicas por parte de centros de salud, obstétricos y geriátricos, de allí que se haya estudiado también el tema de la responsabilidad penal que les cabe a estas instituciones de salud por sus defectos organizativos.

La primera etapa del desarrollo de la vida ha presentado históricamente el dilema para el Derecho penal sobre el alcance de la protección de la vida intrauterina, especialmente en el marco del delito de aborto. Más allá de que la polémica en torno a la criminalización del aborto no se ha despejado totalmente en ciertas latitudes, en este proyecto se han elegido problemáticas más modernas asociadas a este delito. Gloria Berghäuser se ocupa de la discusión a la que dio lugar en Alemania el delito *de promoción del aborto*, una problemática que en el contexto hispano-parlante todavía no ha adquirido centralidad en el debate. Su contribución muestra el paulatino desvanecimiento que ha experimentado el desvalor jurídico-penal de la publicidad del aborto en las reformas legislativas y al mismo tiempo muestra las inconsistencias que se desnudan a la hora de analizar las regulaciones jurídico-penales alemanas respecto al aborto y a su publicidad. Por su parte, Javier Contesse se centra en una constelación de casos poco estudiada en la dogmática de los delitos contra la vida, que el propio autor denomina como la «incidencia prenatal con resultado mortal postnatal», esto es, supuestos en los que la causación de la muerte de un ser humano *nacido* tiene lugar a través de su *expulsión* del cuerpo de una mujer embarazada. En su contribución demuestra Contesse que la conclusión sobre si estos casos son subsumibles bajo el delito de homicidio o el de aborto depende de introducir sutiles distinciones que permiten llegar a la base del problema.

Con todo, también las biotecnologías han abierto un nuevo campo de problemas para el Derecho penal en la protección de vida humana en su primera fase de desarrollo. Apresuradamente el Derecho penal se adentró en la protección del embrión gestado extrauterinamente, aun cuando los conocimientos

existentes sobre el verdadero potencial lesivo de muchas técnicas médicas o de bioingeniería aplicables a estos embriones resultan todavía provisorios y poco seguros. Tempranamente, en 1990, el parlamento alemán aprobó la ESchG, que introducía en el Derecho penal accesorio numerosos tipos penales que describen conductas que, implicando o no una manipulación genética en sentido estricto, afectan diversos intereses actuales y futuros del embrión. El CP español de 1995 siguió más tímidamente este camino con la introducción de algunos delitos específicos de manipulación genética. En este marco, uno de los temas que mayor discusión despertó en los últimos años fue el del *diagnóstico preimplantacional* y especialmente la posibilidad de descartar embriones no aptos para el desarrollado o condicionados por una enfermedad grave. La contribución de Laura Neumann, Helmut Satzger y Nadim Sarfraz condensa las principales reflexiones que en las últimas décadas ha aportado la doctrina y la jurisprudencia respecto a la protección jurídico-penal del embrión en la fase previa a la nidación. Luego de analizar los principales dilemas en torno a la capacidad del embrión para recibir este tipo de protección penal, se concentran los autores en las implicancias jurídico-penal del diagnóstico preimplantacional. Por su parte, el artículo de Juan Pablo Montiel se dedica a los delitos de manipulación genética, es decir aquellos delitos consistentes en producir una alteración del ADN del embrión extrauterino. Su primera preocupación consiste en identificar aquellas particularidades de los delitos de manipulación genética que establecen una diferencia con el restante conjunto de delitos que afectan a los embriones. A partir de este análisis, identifica la estructura dogmática de los delitos de clonación, de alteración del ADN y de creación de híbridos y quimeras.

En el extremo opuesto, la terminación de la vida humana marca un nuevo contexto de reflexiones de relevancia para el Derecho penal, tanto respecto a la manera en que se pone fin a la vida, como a los efectos jurídicos de la muerte y a si tras ella todavía hay intereses por tutelar. Por empezar, la determinación de cuándo se ha producido la muerte cobra especial relevancia, sobre todo frente a la posibilidad del trasplante de órganos. Las contribuciones de Susanne Beck y Víctor Gómez Martín asumen esta primera cuestión. La profesora de la Universidad de Hannover se detiene en la pregunta por el concepto de muerte cerebral y además presenta la discusión que existe en la actualidad respecto al diseño de las políticas públicas para incrementar la cantidad de donantes. Precisamente, el artículo de Víctor Gómez muestra cómo la escasa cantidad de donantes, sumado al colapso cada vez más preocupante del sistema de donación y trasplante de órganos, acrecienta los incentivos para el tráfico ilegal de

órganos. Su trabajo detalla estos problemas y aporta numerosas herramientas para interpretar el delito de tráfico ilegal de órganos.

A su vez, la discusión sobre la posibilidad de decidir sobre la propia muerte sigue poniendo en jaque al legislador penal y ello explica que la eutanasia y el suicidio asistido sean delitos que se resistan todavía a ser expulsados totalmente de los Códigos penales. La perspectiva española del problema es traída por Mirentxu Corcoy Bidasolo, quien, asumiendo una fuerte defensa del principio de autonomía, pone sobre el tapete los innumerables problemas legales y burocrático que hoy en día impiden en España la plena consagración de dicho principio. El trabajo de Hans Kudlich nos introduce en el debate más actual en Alemania sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio, dado que recientes cambios jurisprudenciales han alterado significativamente el umbral entre lo prohibido y lo permitido para el Derecho penal. Pero, adicionalmente, su estudio se enriquece notablemente por el hecho de haber sido parte activa en ese proceso de cambio impulsado por la jurisprudencia alemana, como consecuencia de haber representado legalmente a varios enfermos graves en el proceso que declaró la inconstitucionalidad del § 217 StGB. Desde este lugar de privilegio, el profesor de la Universidad Erlangen-Núremberg muestra el actual tratamiento del tema en Alemania y desarrolla los argumentos que han sido decisivos para el nuevo contexto regulatorio.

El libro nos muestra adicionalmente que la muerte no es necesariamente un obstáculo a la «voracidad» del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos. Que tras la muerte de una persona todavía quede un «remanente relevante para el Derecho» de la personalidad, es algo que queda en claro con la discusión sobre el trasplante y donación de órganos. Sin embargo, dentro de ese «remanente» también pueden entrar consideraciones relativas a la necesidad de proteger ciertos bienes personales del difunto. En diferentes legislaciones se castiga bajo amenaza de pena el ultraje de cadáver o el ultraje de sepultura o la denigración de la memoria de los difuntos. Esto lleva a la pregunta sobre los intereses que resultan protegidos con estos tipos penales y adicionalmente a la pregunta sobre si existe una «personalidad remanente» de la que todavía emanen intereses relevantes para el Derecho. Cómo es posible explicar una intervención del Derecho penal en este ámbito es algo de lo que se ocupan Juan Pablo Mañalich y Lothar Kuhlen en sus contribuciones. Sin ahorrarse una mirada crítica frente estas criminalizaciones, ambos autores se esfuerzan, sin embargo, en darle sentido a estas prohibiciones y en explicar las premisas filosóficas desde las que se hace posible entender estos tipos que protegen *post mortem* intereses personales.

Finalmente, en la investigación no estuvo ausente la mirada del problema desde las instituciones de salud públicas o privadas encargadas de proteger la vida en sus primeras y últimas fases. Sobre todo, en la actualidad cobra un especial interés debatir sobre las medidas que estas organizaciones deben adoptar para garantizar servicios de salud en obstetricia, discapacidad y gerontología. Medidas que, en caso de no ser adoptadas o de no ser adoptadas diligentemente, pueden desembocar en una responsabilidad penal individual o eventualmente de personas jurídicas. En el centro del debate entran numerosos casos en los que defectos organizativos en la atención de embarazadas o de adultos mayores provocan muertes o graves daños en la salud de las personas. La contribución de Michael Lindemann va al núcleo de esta problemática y toma como punto de partida defectos organizativas que pueden tener lugar en centros de maternidad, residencias para discapacitados y geriátricos. Sus valiosas consideraciones surgen de estudiar la estructura organizativa de estos centros de salud y cuidado y los casos jurisprudenciales que permitieron reflexionar sobre las medidas internas recomendables para evitar la responsabilidad penal de directores y el personal de salud. Si bien no profundiza en las particularidades del *compliance* en estas organizaciones, sí indica algunos escenarios que sería necesario considerar en el diseño e implementación de los programas de cumplimiento. En cambio, el análisis que trae Fernando Sánchez Lázaro se concentra en los defectos organizativos en los servicios de obstetricia, sobre todo de cara a la prevención de la violencia obstétrica. Su aproximación es más bien de carácter político-criminal y por esta razón analiza estadísticas y bases de datos públicas para proponer una mejor comprensión de esta problemática desde la mirada del Derecho penal. Al mismo tiempo, muestra el trasfondo ideológico que se aprecia, al menos en España, y que parece no resultar positivo para el debate serio sobre la violencia obstétrica.

Claramente el hilo conductor de estos diversos temas es la intervención del Derecho penal para proteger a las personas en sus fases iniciales o terminales de vida. Éste es elemento en común más evidente de todas las contribuciones. Sin embargo, cuando el lector se adentra en los detalles de cada contribución y logra hacer un análisis crítico, se logra apreciar un segundo elemento común a todas las contribuciones: una crítica (o una necesidad de crítica) a la intervención del Derecho penal. La criminalización de gran parte de las conductas analizadas en esta obra parece decidirse en los parlamentos y parece discutirse en la academia sin que exista un debate riguroso sobre su real merecimiento de pena y sobre las verdaderas razones de la criminalización. Cuando se analizan los reales motivos de los delitos de manipulación genética o eutanasia o de la protección *post mortem* de bienes individuales, cuesta realmente

identificar cuál es el daño que se pretende evitar con la criminalización. Basta con traer unos pocos ejemplos tratados en el libro. Al tematizarse la prohibición de ofrecer profesionalmente ayuda al suicidio no acaban de despejarse las dudas sobre si acaso no se está criminalizando simplemente la generación de un «clima favorable al suicidio». Los delitos de clonación o de creación de híbridos y quimeras presentan una fundamentación tan deficitaria, que la noción de «dignidad humana» (que moviliza a las legislaciones penales en esta dirección) está más cerca de ser un puro argumento moralizante. Tanto en estas áreas temáticas como en otras tratadas en el libro, la ciencia del Derecho penal se encuentra (posiblemente de manera inconsciente) planteando una discusión más propia del moralismo jurídico que del liberalismo jurídico. Es aquí donde la discusión político-criminal parece «empantanarse» y perder perspectiva de lo que realmente debería esperarse del Derecho penal. El mensaje que quiere darse no es que el Derecho penal de ninguna manera puede intervenir en este terreno. Más bien, el mensaje reclama tomar en serio la decisión criminalizadora, lo que implica que la introducción de un nuevo tipo penal debe interpelar a los legisladores a ofrecer razones de peso para justificar esta decisión y esas razones no pueden ser simplemente la protección de sentimientos ni la evitación de daños absolutamente implausibles.

Los coordinadores

PARTE I

INJERENCIAS GENÉTICAS EN EL EMBRIÓN: NUEVAS POSIBILIDADES Y PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL

DELITOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA EN FASE PRENATAL

Reflexiones desde la dogmática y el Derecho comparado

JUAN PABLO MONTIEL *

I. EL DERECHO PENAL EN EL INICIO DE LA VIDA EXTRAUTERINA

Históricamente el análisis de la protección de la vida prenatal mediante el Derecho penal estuvo reducido al delito de aborto. Sin embargo, el notable desarrollo de las técnicas y métodos biomédicos aplicados a facilitar o sustituir los procesos naturales de fertilización, sumado a los impactantes avances en el mundo de la biogenética, han ampliado notablemente la posibilidad de que aparezcan nuevas conductas aptas para tener relevancia jurídica. Como se sabe, de la combinación de las técnicas de fecundación asistida y la ingeniería genética surgen prácticas que despiertan innumerables cuestionamientos éticos, tales como la experimentación con embriones y el descarte de embriones no aptos o con cierta información genética¹, la selección de embriones según el sexo², la clonación, la creación de híbridos o quimeras³, el engendrar a «hermanos salvadores»⁴, etc.

* Director de CRIMINT.

¹ Sobre los rasgos centrales de esta discusión ética, cfr. entre otros ADORNO, RCD 1994, pp. 321 (322 ss.); KRESS, JRE 2007, p. 23 (47 ss.).

² Para una muy buena panorámica sobre los problemas éticos y jurídicos implicados con esta cuestión, cfr. KLUGE, JRE 2007, p. 3, quien se adentra en cuestiones vinculadas, por ejemplo, a la discriminación sexual (p. 4), los motivos de la criminalización (p. 5) o a la selección de sexo basada en motivos terapéuticos (pp. 6 ss.).

³ Sobre las dimensiones éticas de la discusión, cfr. BADURA-LOTTER/DÜWELL, JRE 2007, p. 83 (85 ss.).

⁴ Me refiero aquí a los supuestos en los que el motivo de la procreación mediante la técnica de reproducción asistida se hace con la finalidad de dar vida a una persona que se convierta en el futuro donan-

Estos dilemas éticos se trasladan al plano jurídico indefectiblemente, con el consiguiente impacto en el ámbito regulatorio. A ello se suma que, pese a que la bioingeniería lleva décadas de sorprendentes desarrollos y consolidaciones parciales, todavía se desconocen muchos de los efectos en el organismo humano que pueden tener las terapias génicas o las alteraciones del ADN. Por esta razón, no debería resultar sorprendente que las diversas legislaciones europeas y americanas carezcan de políticas públicas homogéneas o incluso directamente de legislación en materia de, por ejemplo, fecundación asistida, clonación, diagnóstico preimplantacional, etc. Incluso, tampoco está claro si se trata de un ámbito, cuya regulación debe ser monopolizada por el Estado o si acaso también cabe abrirle el paso a asociaciones especializadas para que contribuyan en la fijación de estándares. Por ejemplo, en los EEUU entre finales de los años 90' y comienzos de nuestro siglo se analizaba como alternativas regulatorias la adopción de *Guidelines* que fijaran criterios sobre la permisión/prohibición de las conductas o sobre los procedimientos requeridos o directamente la adopción de criterios según el caso concreto⁵. Estas *Guidelines* podían asumir la forma de lineamientos *privados* (tales como recomendaciones o mandatos éticos de grupos privados, tales como asociaciones de médicos, hospitales, etc.) o bien de leyes, reglamentaciones administrativas, recomendaciones gubernamentales, etc.⁶ Incluso, debido a la incertidumbre todavía reinante respecto al impacto de la investigación y experimentación genética, muchos instrumentos normativos contienen las denominadas «sunset clause», esto es, cláusulas que establecen que la ley o normativa respectiva será revisada automáticamente luego de transcurrido un cierto tiempo (por ejemplo, 5 años)⁷. Más allá de esta gran diversidad de técnicas regulatorias, la legislación penal no parecía ser en aquella época ni la mejor estrategia ni la más recomendable para los especialistas⁸.

Sin embargo, el tiempo del Derecho penal siempre llega. Sin lugar a dudas, la gran excepción de aquella época en nuestro ámbito de referencia fue la *Embryonenschutzgesetz* (ESchG) alemana de 1990, la que reconoció un amplio catálogo de conductas punibles con el objetivo de garantizar una amplia

te de un hermano que padece alguna disfunción o enfermedad y necesita del trasplante de un órgano con determinadas características genéticas para sobrevivir. Una cuestión similar se plantea en la doctrina, aunque no a partir de la instrumentalización de un hermano, sino a partir de la creación de un clon, que aportará el órgano necesitado, cfr. JOERDEN, JRE 2001, p. 181 (188 s.).

⁵ Para una visión clara sobre la discusión relativa a las técnicas regulatorias de la época, cfr. DWORKIN, JRE 2002, p. 21 (24 ss.); HEYD, JRE 2002, p. 3 (15 ss.).

⁶ DWORKIN, JRE 2002, p. 21 (24).

⁷ HEYD, JRE 2002, p. 3 (15).

⁸ DWORKIN, JRE 2002, p. 21 (25 s.), con ulteriores referencias.

protección del embrión⁹. Por su parte, una temprana muestra en español se encuentra en el CP de España de 1995 que en el Título V introdujo los delitos de manipulación genética, entre los cuales incluía la prohibición penalmente reforzada de manipular (dolosa o culposamente) genes humanos (art. 159), de fecundar óvulos humanos con fines distintos a la procreación (art. 160, inc. 1) y de clonar seres humanos (art. 162, inc. 2)¹⁰. En igual sentido, otras legislaciones buscaron responder rápidamente a este nuevo fenómeno, no solamente estableciendo previsiones legales en materia civil o administrativa, sino también con previsiones de carácter penal. Ello sucedió, por ejemplo, con la Ley N.º 20.120 en Chile (art. 17), con el CP colombiano de 2000 o con la Ley N.º 11.105/05 de Brasil (arts. 24 y ss.). Con el correr de los años esta tendencia se ha ido fortaleciendo en Europa, al punto de que en la actualidad son excepcionales los casos en los que el CP o sus leyes complementarias no criminalizan ciertas intervenciones que afectan la integridad de embriones extrauterinos. Sin embargo, más allá de los casos recién mencionados en Latinoamérica no se aprecia un avance significativo del legislador en materia de reproducción asistida, dado que se regula legalmente el empleo de técnicas genéticas en la reproducción humana sin ningún marco sancionador¹¹ o directamente se omite prácticamente cualquier regulación y se acaba dejando librada la práctica a autorregulaciones o guías técnicas¹².

⁹ Existe en Alemania una interesante discusión doctrinal respecto a qué tan amplia es en realidad esa protección. Un sector afirma, con base en la exposición de motivos, que la ESchG contempla frente al embrión «una protección absoluta frente a su destrucción o afectación física mediante medidas reproductivas, experimentales o especialmente manipulativas» (MÜLLER-TEPTIZ, en: Spickhoff (ed.), *Medizinrecht*, 2011, Vor § 1 ESchG, n.m. 2). En cambio, otro sector de la doctrina señala que las numerosas eximentes reconocidas expresamente por la ley y la falta de criminalización de otras conductas que afectan la integridad de los embriones permiten solamente aludir a una protección parcial, cfr. FRISTER, en: *AG Medizinrecht im DAV /IMR* (eds.), *Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht*, 2013, p. 81 (82 ss.); TAUPITZ, en: Günther/Taupitz/Kaiser, *ESchG*, 2.ª ed., *Juristische Grundlagen*, n.m. 20.

¹⁰ En el artículo 162 también se prevé el delito de practicar la reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento.

¹¹ En mi opinión, es el caso de Uruguay, que en la Ley N.º 19.167 omite cualquier referencia a un marco sancionatorio.

¹² Argentina es uno de estos casos. El CP vigente, al igual que sus leyes complementarias, no contienen ningún tipo penal. Es más, prácticamente no existen regulaciones legales referidas a las técnicas de fecundación asistida y manipulación genética. Hasta la fecha existe únicamente el Decreto 200/1997 en el que simplemente se limita a declarar la prohibición de la clonación humana (art. 1). Sobre el grupo de casos que aquí interesa existe la Ley N.º 26.862 que únicamente establece el acceso integral y gratuito de toda la ciudadanía a los métodos de fecundación asistida. No existe, por tanto, ningún régimen sancionatorio *vigente* para conductas que pudiesen implicar algún tipo de manipulación genética de embriones. Solamente se puede mencionar adicionalmente la existencia de dos proyectos de ley que contemplan ese régimen sancionatorio. En primer lugar, está el proyecto (ya aprobado por la Cámara de Diputados) de «Ley Integral de Técnicas de Reproducción Humana Médicamente Asistida» (Expediente 0091-D-2017), el cual contempla un catálogo de prohibiciones y sanciones administrativas en el Título XI. Sobre toda esta situación regulatoria en Argentina, especialmente referida al diagnóstico genético preimplantacional, cfr.

El análisis de las páginas que siguen se concentrará en los tipos penales consistentes en manipular genes humanos, lo que requiere además caracterizar los delitos genéticos en sentido estricto, como categoría más amplia. Sin embargo, dado que en la parte final del trabajo me ocuparé de la cuestión relativa a la legitimidad del legislador para criminalizar conductas asociadas al inicio de la vida extrauterina, será necesario caracterizar brevemente los problemas penales implicados en los procesos de inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y trabajo sobre gametos. Como punto de referencia se tomarán las legislaciones de los países de donde proceden los investigadores de este proyecto de CRIMINT, para que pueda ser más rico el intercambio en las discusiones. Concretamente, la investigación toma apoyatura en las siguientes regulaciones¹³:

- Alemania:

Ley sobre investigaciones genéticas en humanos (*Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen – GenDG*).

Ley de protección de embriones (*Gesetz zum Schutz von Embryonen – EschG*).

- Argentina:

Proyecto de CP de 2019 (PCP Argentina)¹⁴.

- Chile:

Ley N.º 20.120.

- España:

Código penal (CP España).

BERMEJO/PALERMO, en: Kudlich/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Cuestiones actuales del Derecho penal médico, 2017, p. 145 (156 ss.). En segundo lugar, cabe mencionar al Proyecto de CP de 2019, en el que se tipifican los delitos de clonación (art. 439) y de transferencia de un embrión de una especie distinta (art. 440). Sobre estos preceptos del Proyecto de CP, cfr. MEDRANO, La Ley 2022-A (22 de diciembre de 2021), p. 1 (3 ss.).

¹³ Para una mirada de Derecho comparado más amplia, cfr. DE LA CUESTA AGUADO, RECPC 2019, p. 1 (5 ss.).

¹⁴ Debido a las dificultades de encontrar en internet el mencionado proyecto, se citan aquí los principales tipos penales:

Art. 439: Realizar prácticas tendientes a hacer nacer un ser humano genéticamente idéntico a otro vivo o muerto.

Artículo 440: Transferir a una mujer o a un animal un embrión de una especie diferente a la receptora o formado como consecuencia de fusionar embriones de especies diferentes, utilizando para ello al menos un embrión humano.

II. LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA PROTECCIÓN DE EMBRIONES HUMANOS EXTRACORPORALES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Como se verá a continuación, la inserción de los delitos genéticos se da principalmente en el marco de leyes orientadas a proteger a los embriones por intermedio del Derecho penal¹⁵. Ello explica que aparezca una clara diversidad de tipos penales que están enfocados en diversas acciones ejecutadas en fase prenatal, pero que no necesariamente constituyen delitos genéticos. Según se aprecia en el Derecho comparado, la intervención del Derecho penal en esta fase apunta a disuadir diferentes afectaciones de una diversidad de bienes jurídicos¹⁶, por lo que los delitos genéticos en sentido estricto son sólo una parte del catálogo de las prohibiciones penalmente reforzadas.

En mi opinión, el catálogo de conductas punibles relativas al estudio, tratamiento y mutación de gametos humanos que establecen leyes y Códigos penales de diferentes países muestra con claridad dos cuestiones. Primero, que no solamente se protege mediante la amenaza de pena la integridad de los embriones, sino también a otros bienes, cuyos titulares pueden ser los procreadores o incluso la sociedad en su conjunto, especialmente cuando se toman en consideración ciertos delitos que parecen implicar meramente la infracción de un *tabú social* (por ejemplo, la prohibición de emprender una inseminación con el esperma de un hombre fallecido). Segundo, que no todas las acciones descritas por los tipos penales implican una manipulación genética en sentido estricto. Sobre esta última cuestión volveré en detalle en la sección siguiente.

Si tomamos en consideración las legislaciones estudiadas en este trabajo, se puede agrupar el conjunto de conductas punibles según las etapas en las que se interviene en los procesos de inseminación artificial o de fecundación *in vitro*:

1. Conductas relativas al tratamiento de los gametos;

¹⁵ Más precisamente, la *vida e integridad corporal* del embrión extracorporal en la fase previa a su implantación en el seno materno (FRISTER, en: Aktuelle Entwicklungen [nota 9], p. 82) o bien directamente el impedimento de abusos en el ámbito de la medicina reproductiva y la genética humana (TAUPITZ, en: ESchG [nota 9], Juristische Grundlagen, n.m. 21).

¹⁶ A partir de la discusión instalada por la despenalización del delito de aborto que niega el estatus de persona a los embriones (cfr. entre otros, MAÑALICH, en: Arancibia/Cárdenas/Silva (eds.), XVII Jornadas Chilenas de Derecho penal y Ciencias penales. Homenaje al Profesor Jaime Vivanco Sepúlveda, 2023, p. 257 [264]), surge aquí la pregunta sobre si puede extenderse también protección a embriones gestados extrauterinamente. En mi opinión, basta con mostrar la potencialidad de que ese ser se desarrollará y adquirirá las facultades de una persona plena para extenderle la protección del Derecho, con independencia de la discusión de si es o no persona. Al respecto, KAUFMANN, JRE 2002, p. 99 (103 ss.).

2. Conductas que se realizan durante los procesos de inseminación o de fecundación; y

3. Intervenciones directas sobre el embrión humano extracorporal, una vez que éste se ha originado.

El primer grupo de delitos se refiere a conductas que se realizan con anterioridad a la inseminación artificial o a la fecundación *in vitro*, pues está asociado al manejo de óvulos y espermatozoides. Principalmente llama aquí la atención el delito de ovodonación de la ESchG (§ 1 Ap. 1, 1.), debido a que se trata de una decisión del legislador que va en contra de una práctica muy extendida a nivel internacional de recurrir a la ovodonación. Ante todo, resulta cuestionable la prohibición de esta práctica, pero más aún que ella venga acompañada de una amenaza de pena¹⁷.

Un segundo grupo de conductas punibles está asociado directamente a ciertas prácticas que se dan durante el proceso de fecundación *in vitro* e inseminación artificial. Como trasfondo de estos delitos aparece muy fuertemente la noción de *dignidad humana*¹⁸, la que busca de alguna manera poner un coto a los notables avances tecnológicos que existen en esta materia. Estas prohibiciones vienen a reforzar una idea compartida de manera dominante en la bioética, consistente en no aceptar el uso de cualquier técnica, menos aún de aquellas que supongan una instrumentalización o una degradación inaceptable del ser humano. Entiendo que en este grupo aparecen algunos de los casos más polémicos de delitos genéticos, especialmente a la hora de considerar la justificación de la criminalización. Resumidamente, pueden mencionarse aquí los siguientes delitos:

— Clonación humana. (§ 6 1. ESchG; art. 160 3. CP España; art. 439 PCP Argentina; art. 17 Ley N.º 20.120).

— Creación de híbridos y quimeras (§ 7 ap. 3 ESchG; art. 440 PCP Argentina).

— Fecundación de óvulos con una finalidad distinta a provocar el embarazo (§ 1.1. 2 ESchG; art. 160 2. CP España).

— Fecundación de más de tres óvulos en un ciclo (§ 1.1. 4 ESchG).

— Fecundación de más óvulos de los que vayan a ser transferidos (§ 1.1.5 ESchG).

— Inseminación artificial de una mujer que cederá al bebé luego de su nacimiento (§ 1.1. inc. 7 ESchG).

¹⁷ Con razón se aboga por la supresión de este delito, cfr. FRISTER, en: Aktuelle Entwicklungen (nota 9), pp. 93 ss.

¹⁸ KRAATZ, *Arztstrafrecht*, 2013, n.m. 201.

— Inseminación artificial de un óvulo con un espermatozoide seleccionado según el cromosoma sexual (§ 3 ap. 1 ESchG).

— Inseminación artificial de una mujer sin el consentimiento del hombre que cede el espermatozoide o de la mujer que cede el óvulo (§ 4. 1, inc. 1 ESchG).

— Inseminación artificial de un óvulo con el semen de un hombre fallecido (§ 4. 1, inc. 3 ESchG).

— Desarrollar un embrión con fines distintos a su conservación. (§ 2. 2 ESchG).

En relación con el grupo de conductas punibles que presuponen la existencia de un embrión, se pueden diferenciar en la legislación comparada delitos asociados a transferencias de esos embriones o bien el tratamiento que ellos reciben. En ambos aspectos, sin lugar a dudas la ESchG constituye el principal objeto de referencia. Ciertas transferencias de embriones son constitutivas de delitos especialmente como mecanismo de reforzamiento y como consecuencia lógica de otros delitos también previstos en la ley. Éste es el caso de la transferencia de más de tres embriones (§ 1 ap. 1 3. ESchG) y de quimeras o híbridos (§ 7 ap. 4 ESchG), dado que parece lógico también prohibir el uso posterior de embriones obtenidos ilícitamente. La tercera hipótesis de transferencias prohibidas de embriones se refiere a casos en los que falta el consentimiento de la mujer que recibe el embrión (§ 4 ap. 1, 3 ESchG; art. 161 CP España). Por su parte, a diferencia de lo que sucede con todas las legislaciones que se analizan en este trabajo, la ESchG criminaliza ciertos tipos de tratamientos dados a los embriones:

— Extracción de un embrión antes de la anidación para transferirlo a otra mujer (§ 1, ap. 1, 6).

— Enajenar un embrión generado extracorpóreamente o tomado de una mujer antes de la anidación. (§ 2, 1).

— Vender, comprar o usar un embrión generado extracorpóreamente con una finalidad distinta a la de su conservación. (§ 2, 1).

— Realizar pruebas genéticas en embriones antes de ser transferidos. (§ 3a).

Cabe hacer una mención especial respecto a los delitos consistentes en la realización de prácticas de inseminación artificial o fecundación *in vitro* sin contar con el consentimiento requerido. Como se destaca *supra*, la transferencia de un embrión, la inseminación artificial y, en definitiva, cualquier forma de reproducción asistida llevada adelante sin el consentimiento de la persona

interesada constituye delito. En estos supuestos, encontramos un reconocimiento específico del polémico delito de *tratamiento médico no consentido* (*eingemächtige Heilbehandlungen*) en el ámbito específico de la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*. Esta circunstancia resulta especialmente llamativa en Alemania, pues todos los argumentos que empleó en varias ocasiones el legislador para oponerse a la introducción de este delito en el StGB¹⁹, han estado ausentes en el contexto de la GenDG y de la ESchG. Aquí claramente el objeto de protección de las normas tampoco es el feto o alguno de sus derechos, sino más bien la integridad física de la madre, ya que el médico estaría realizando un acto de disposición ilegítimo del cuerpo ajeno²⁰.

En cambio, junto a estos delitos la ESchG ha introducido otros tipos penales, cuyo objeto de protección no aparece debidamente precisado o bien directamente no resulta digno de ser protegido mediante el Derecho penal. Concretamente me refiero a los delitos de ovodonación (§ 1 ap. 1, 1), de maternidad sustituta (§ 1 ap. 1, 7) y de inseminación artificial de un óvulo con el espermatozoide de un hombre muerto (§ 4 ap. 1, 3)²¹. En mi opinión, a estos tipos penales subyace claramente un argumento *perfeccionista*, debido a que la criminalización solamente pretende defender un determinado modelo de familia o de traer hijos al mundo. Sin embargo, sobre esta cuestión volveré en el apartado final.

Por último, me gustaría resaltar como dato particular el hecho de que el legislador ha descripto en los tipos penales las conductas punibles a partir de

¹⁹ Vale recordar que en se buscó en reiteradas oportunidades insertar este delito en el StGB, aunque sin éxito. Entre esos intentos se pueden destacar el Proyecto de Referencia a la «Sexta ley de reforma del StGB» del 15 de julio de 1996, que introdujo como § 229 el delito de tratamientos médicos no consentidos, con una estructura típica similar al § 110 ap. 1 öStGB. Sobre la discusión en torno a esta incorporación frustrada al StGB y las razones del rechazo, cfr. KRAATZ, *Arztstrafrecht* (nota 19), n.m. 25; SCHROTH, en: Roxin/Schroth (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrecht*, 4.^a ed., 2010, p. 21 (29 s.).

²⁰ MONTIEL, en: Kudlich/Jäger/Montiel (eds.), *Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts*, 2017, p. 79 (102 ss.). Ello presupone distinguir las *disposiciones desautorizadas del cuerpo ajeno*, como algo distinto de las afectaciones de la salud y los maltratos corporales. Sobre la distinción, cfr. ESER, en: Schönke/Schröder, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 25.^a ed., § 223, n.m. 3-6; SCHROTH, *Handbuch des Medizinstrafrecht* (nota 20), pp. 26 s.; PAEFFGEN/BÖSE/EIDAM, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *STRAFGESETZBUCH*, 6.^a ed., 2023, § 223, n.m. 7, 12; RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil, II*, 14.^a ed., 2013, § 13, n.m. 7, 11). Toda persona tiene garantizado constitucionalmente el derecho a no ser herida y además a que terceras personas no realicen sobre su cuerpo actos de disposición sin su consentimiento. De este modo pretendería el legislador mantener al paciente libre «de acciones de terceros sobre su corporeidad» (HORN/WOLTERS, en: Wolter (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.^a ed., 2003, § 223, n.m. 5).

²¹ Este tipo penal ha generado polémica en la doctrina, pues si bien la jurisprudencia y parte de la doctrina ha avalado su constitucionalidad, existen dudas respecto a su alcance. Al respecto, cfr. VELTER, *Die postmortale Befruchtung im deutschen und spanischen Recht*, 2015, p. 96 (aunque favorable a la constitucionalidad del tipo penal); KRÜGER, *Das Verbot der post-mortem-Befruchtung*, 2010, pp. 20 ss.; Pelchen/Häberle, en: Erbs/Kohlhaas (eds.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, 2023, § 1, n.m. 2. En la jurisprudencia, cfr. OLG München, *GesR* 2017, p. 600 (600 ss.).

adoptar el formato de los *delitos de tendencia interna*. En numerosos tipos penales lo que convierte a una conducta en delictiva es el perseguir ciertas finalidades, lo que plantea interesantes cuestiones en relación con las exigencias del dolo y al contenido de ese elemento subjetivo del tipo²². En muchos casos la fecundación o inseminación artificial es punible recién cuando se persigue un fin *distinto* a la procreación o el embarazo (§ 1 ap. 1, 2, § 1 ap. 2; § 2, 2 ESchG; art. 160, 2 CP España), al igual que las pruebas genéticas solamente están prohibidas bajo amenaza de pena cuando no tienen una finalidad médica (§ 25 ap. 3. GenDG; art. 159, 1 CP España). También se prohíbe toda extracción de embriones que no esté destinada a su conservación (§ 1 ap. 1, 6 ESchG). Por su parte, la persecución de ciertos objetivos convierte las intervenciones médicas en delictivas, como sucede, por ejemplo, con la extracción de un embrión antes de la anidación con la finalidad de transferirlo a otra mujer (§ 1 ap. 1, 6 ESchG).

III. DELITOS GENÉTICOS Y DE MANIPULACIÓN GENÉTICA

1. Delimitaciones conceptuales

1.1 DELITOS GENÉTICOS Y OTROS DELITOS EN FASE PRENATAL

Bajo el concepto de *delitos genéticos* caben acciones que recaen directamente sobre genes, tanto si estas acciones simplemente suponen el estudio o la realización de pruebas sobre los genes de los gametos, como si estas acciones conllevan una mutación del ADN. Por tanto, solamente pueden integrar el concepto de delitos genéticos aquellos tipos penales que describen conductas que implican algún tipo de *trabajo con o sobre genes*. Esta aclaración, por muy obvia que resulte, sirve sin embargo para demostrar que no todo delito asociado a las actividades de inseminación artificial o a la fecundación asistida constituye un delito genético.

Esta precisión conceptual deja fuera otros delitos que, pese a poder cometerse en fase prenatal, de ninguna manera suponen una actividad que recaiga directamente sobre los genes de los gametos. En muchos casos no se está prohibiendo bajo amenaza de pena la prueba genética, el estudio genético o la terapia genética en sí, sino más bien el uso posterior que se hace de gametos o de otras células a partir de la información genética obtenida. Uno de los ejem-

²² Al respecto, cfr. MILDENBERGER, MedR 2002, p. 293 (296 s.).

plos más claros se encuentra en el delito de inseminación artificial de un óvulo humano con un espermatozoide seleccionado en función del cromosoma sexual (§ 3 ap. 1 ESchG). Este tipo no castiga la prueba genética realizada sobre el espermatozoide y que permite seleccionar el sexo, sino más bien la acción posterior de realizar la inseminación a partir de la información arrojada por la prueba genética. Este delito consiste en tratar con células, pero ese tratamiento no presupone en ningún sentido un trabajo con genes humanos.

De manera similar, antes de la inseminación o fertilización es muy frecuente hacer estudios genéticos sobre la mujer (no sobre sus óvulos)²³ o el hombre, en los que se toman muestras de sangre o hisopado bucal. En esta misma situación también es común realizar directamente pruebas genéticas de los espermatozoides (especialmente la prueba denominada *Fish*), a partir de una muestra de semen. En el caso de emprenderse la fecundación de un óvulo con un espermatozoide estudiado genéticamente con anterioridad con una finalidad distinta a la provocación del embarazo, el tipo penal § 1 ap. 1, 2 ESchG no prevé una pena para quien realiza el estudio genético, sino para quien realiza la fecundación sin el objetivo de la reproducción. De nuevo, el § 1 ap. 1, 2 ESchG no se castiga la realización del *Fish* o de otros estudios genéticos, sino un determinado tipo de fecundación.

Por tanto, bajo estas precisiones solamente es posible identificar en las legislaciones analizadas los siguientes delitos genéticos:

— Investigación genética sin fines médicos o con el objetivo de determinar características genéticas del embrión o del feto, capaces de afectar su salud durante el embarazo o parto (§ 25 3. GenDG).

— Realizar una prueba genética en el marco de una prueba de filiación con un fin distinto a esta prueba o se aproveche esa prueba para averiguar otros hechos (§ 25 4. 2.^a parte GenDG).

— Realizar pruebas genéticas con células de un embrión *in vitro* antes de su transferencia intrauterina (§ 3a ESchG).

— Alteración del genotipo humano con una finalidad no terapéutica (art. 159 1 CP España).

— Alteración genética de una célula de la línea germinal humana (§ 5 ESchG).

²³ Al utilizar para el estudio del óvulo una técnica bastante invasiva, consistente en una punción, lo más recomendable es hacer primero la prueba sobre la mujer y si llegara a necesitarse luego una prueba genética, recién allí ella debería hacerse sobre el embrión.

- Clonación (art. 160 3. CP España; art. 17 Ley 20.120-Chile; art. 439 Proyecto CP Argentina; § 6 Ap. 1 ESchG).
- Creación de híbridos o quimeras (§ 7 ESchG)²⁴.

1.2 CLASES DE DELITOS GENÉTICOS

Entre los penalistas es habitual incluir dentro del concepto de manipulación genética todo manejo, uso o tratamiento de material genético, con independencia de si ese manejo implica una *alteración* genética o si simplemente la práctica implica el mero *análisis* o *estudio* de genes. Un buen ejemplo de esta tendencia lo ofrece el CP español, que en el Título V emplea la expresión «Delitos relativos a la manipulación genética» y allí describe conductas que implican la modificación del ADN, la duplicación genética o la mera fecundación de óvulos²⁵. En sentido estricto, no es correcto hablar en todos estos casos de manipulación genética²⁶. Pero, más allá de esta cuestión puramente nominal, tiene importancia caracterizar las diferentes maneras posibles de tratar con material genético o de implementar técnicas de ingeniería genética con embriones, óvulos y espermatozoides, para de este modo comprender mejor las características que deben exhibir las conductas para ser consideradas punibles. No toda conducta realizada en el marco de los procedimientos de reproducción artificial recae sobre genes o implica trabajar, estudiar o manipular genes. Naturalmente, en aquellos casos en que ello sí sucede, es posible hablar de *delitos genéticos*, pero no todos estos delitos importan una *manipulación genética*.

El concepto de manipulación genética se encuentra asociado a lo que de manera más rigurosa se denomina *ingeniería genética*, esto es, el conjunto de técnicas y procedimientos biotecnológicos que permiten modificar las características naturales del patrimonio genético de un organismo, ya sea mediante la eliminación, duplicación, recombinación o inserción de material genético. En

²⁴ El art. 440 Proyecto CP Argentina castiga extrañamente la transferencia a una mujer o a un animal de un embrión de una especie diferente, pero no la creación de la quimera o híbrido. Por tanto, no se puede hablar en este caso de un delito genético.

²⁵ JORGE BARREIRO, ADPCP 1999, p. 89 (89 s.), distingue entre dos acepciones posibles: manipulación genética en sentido estricto, que implica la modificación de los caracteres naturales del patrimonio genético, y manipulación genética en sentido amplio, que se refiere también al uso o estudio de gametos y embriones que no implican modificación alguna del ADN. A partir de esta distinción, este autor entiende que el legislador español ha empleado la expresión en sentido amplio (p. 113).

²⁶ Se emplea de un modo tan amplio el concepto de manipulación genética en el CP España, que se incluye también el delito de producir armas biológicas mediante el uso de ingeniería genética, lo que implica transformar al Título V de la Parte especial del CP España en una suerte de «cajón de sastre», cfr. JORGE BARREIRO, ADPCP 1999, p. 89 (113); QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español. Parte especial, 2015, p. 105.

este sentido, cualquier tipo de manipulación genética implica una *alteración de la estructura genética de un organismo*²⁷. Esta alteración no solamente puede producirse mediante la implementación de técnicas de edición genética, con las que se *incluyen* o *eliminan* genes, sino que también mediante una *duplicación* o una *recombinación* de genes. Por lo tanto, el catálogo de delitos de manipulación genética queda reducido a unos pocos tipos penales.

El paradigma de estos *delitos de manipulación genética* son los delitos de alteración del genotipo humano con una finalidad no terapéutica (art. 159 1 CP España) y de alteración genética de una célula de la línea germinal humana (§ 5 ESchG). En ambos casos es necesario que se produzca una edición de la estructura del ADN, ya sea cambiando el orden de la cadena, eliminando repeticiones de nucleótidos, etc.²⁸. Ahora bien, igualmente son delitos de manipulación genéticas la clonación y la obtención de quimeras o híbridos, puesto que en el primer caso las técnicas de biotecnología permiten duplicar el material genético, mientras que en el segundo caso se produce una recombinación de más de un ADN. Sobre esta cuestión se volverá en detalle más adelante.

Los restantes casos en los que se trabaja, se usan o se estudian materiales genéticos (células, gametos, embriones) no conllevan una alteración de la estructura genética del organismo. Entiendo que habitualmente se alude aquí *impropiamente* a una «manipulación» genética porque en realidad se hace uso o se analizan genes, pero todas estas actividades dejan intacta la estructura del ADN. Dentro de este espectro se incluye generalmente el universo de conductas relacionadas con la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial, la selección, transferencia y estudios de embriones, el tratamiento de células germinales para mejorar la fertilidad, etc.²⁹. Sin embargo, en todos estos casos únicamente existe un trabajo directo con genes cuando se estudian o realizan pruebas genéticas de las células³⁰, por lo que en las restantes actividades que se dan en el marco de los procedimientos de reproducción asistida no existe un uso o trabajo directo con genes. Esto quiere decir que el manejo de gametos en los procedimientos de reproducción artificial no implica el trabajo con genes,

²⁷ Así también, ARABAOLAZA PONCELA, *Delitos relativos a la manipulación genética*, 2018, p. 539.

²⁸ Sin embargo, existe entre ambas figuras una diferencia fundamental: mientras que para la regulación alemana la sola alteración genética configura el delito, en el caso de la española esa alteración no tiene que haber tenido una finalidad terapéutica.

²⁹ En este sentido, por ejemplo, JORGE BARREIRO, ADPCP 1999, p. 89 (89 s.).

³⁰ Los tipos penales que criminalizan estas conductas estarían orientadas a proteger la información genética del embrión frente a injerencia de terceros. Esta tipificación presupone la existencia de un derecho a disponer de la propia información genética y por consiguiente se estaría protegiendo la intimidad del embrión o feto. Analizando esta cuestión en el marco de la clonación y a partir de la recordada VOLKSZÄHLUNGURTEIL del Tribunal Constitucional alemán, JOERDEN, JRE 1999, p. 79 (85 s.).

mientras que sí lo implica el estudio de los genes de esas células reproductivas. En algunos casos el legislador puede decidir castigar ciertos tipos de usos o estudios de genes por considerarlos *abusivos*. Se trata de supuestos en los que el legislador desautoriza el uso de las biotecnologías para ciertos estudios o bien el acceso a cierta información genética. En mi opinión, podría hablarse en estos supuestos de *delitos de abuso genético*. Con esta aclaración deberían quedar fuera del ámbito de estos delitos, todas aquellas conductas ligadas directamente a la fertilización y a la inseminación artificial (por ejemplo, la transferencia de óvulos ajenos, la fecundación con objetivos distintos a la provocación del embarazo, sustitución de maternidad) o al tratamiento de gametos o embriones (por ejemplo, la enajenación de embriones). Aquí podría hablarse de delitos ligados a las técnicas de reproducción asistida, pero en ningún caso de delitos genéticos en sentido estricto.

En resumen, dentro de la categoría de los *delitos genéticos* es necesario distinguir los delitos que implican una modificación del genoma humano (delitos de manipulación genética) y aquellos otros que simplemente suponen la realización de pruebas o exámenes de genes, con los que se mantiene intacta su estructura (delitos de abuso genético). Como veremos a continuación, ambos delitos presentan una estructura claramente distinta y además protegen bienes jurídicos diferentes.

IV. DELITOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA: PRINCIPALES RASGOS DOGMÁTICOS

1. ¿Qué bien jurídico protegen los delitos de manipulación genética?

En mi opinión, no está claro todavía cuál es el bien jurídico que tutela el Derecho penal cuando interviene para evitar la alteración de los genes de los seres humanos. Esta discusión se ha puesto de relieve especialmente en Alemania con motivo de la ESchG³¹ y GenDG³² y en España en el marco de la interpretación de los tipos penales contenidos en el Título V del CP³³. En general, se observa una tendencia a tomar en consideración la integridad física, la vida o la

³¹ Crítico ROSENAU, en: Saliger/Tsambikakis (eds.), *Strafrecht der Medizin*, 2022, § 6, n.m. 3 ss.

³² Para PELCHEN/HÄBERLE, en: ESchG (nota 21), *Vorbemerkung*, n.m. 1 la ley protege el derecho a la autodeterminación de la información y frente a la discriminación.

³³ DE LA CUESTA AGUADO, RIDP 2007, p. 523 (535); JORGE BARREIRO, ADPCP 1999, p. 89 (96); PEÑA GUILLÉN, *Manipulación genética «sensu lato» y Derecho penal: Reflexiones sobre algunos presupuestos dogmáticos*, 2009, p. 281.

intimidad de los embriones³⁴, lo que resulta a mi entender inadecuado, porque deja sin explicar el motivo del castigo en delitos en los que no está claro que alguno de estos bienes se haya visto afectado. En mi opinión, esto sucede indiscutiblemente respecto a los delitos de creación de quimeras o híbridos.

Entiendo que la aparición de estos delitos en las leyes penales se compatibiliza mucho mejor con la identificación del *genoma humano* como bien jurídico protegido³⁵. Ahora bien, a los efectos de comprender correctamente este bien jurídico es recomendable diferenciar los conceptos «genoma humano» y «ADN», pese a que frecuentemente aparecen entremezclados en la doctrina³⁶. El término ADN permite aludir a fracciones pequeñas del genoma humano, concretamente puede hablarse de una porción del ADN o de un cromosoma entero de ADN. En cambio, se estipula que por genoma humano se entiende el *ADN humano completo*, esto es, en todas sus secuencias de todos sus cromosomas³⁷. En mi opinión, esta distinción conceptual permite explicar más satisfactoriamente el bien jurídico que se toma como referencia en aquellos delitos en los que no se produce una alteración estructural del ADN, sino más bien una duplicación (clonación) o una recombinación (creación de quimeras).

Entre las razones para explicar la necesidad de proteger el genoma humano mediante instrumentos jurídico-penales cuentan en primer lugar los posibles riesgos para la integridad física o incluso para la vida de las personas que experimentan una alteración en su ADN. Habla muy claramente en esta dirección un impactante testimonio de Stephen Hawking sobre el sistema de edición genética denominado CRISPR-Cas9:

Existe en la actualidad una técnica para editar con precisión el ADN, llamada CRISPR. La base de esta tecnología de edición del genoma es un sistema de defensas de las bacterias. La mejor intención de la manipulación genética es que la modificación de los genes permita a los científicos tratar las causas genéticas de enfermedades mediante la corrección de mutaciones en los genes. Hay, sin embargo, posibilidades menos nobles de manipular el ADN. Cuán lejos se pueda llegar con la ingeniería genética se convertirá en una cuestión cada vez más urgente. No podemos ver las posibilidades de curar las enfermedades de las neuronas motoras, como mi ELA sin vislumbrar sus peligros³⁸.

³⁴ DE LA CUESTA AGUADO, RIDP 2007, p. 523 (535); JORGE BARREIRO, ADPCP 1999, p. 89 (96). Estos mismos autores no evitan mencionar que los delitos de manipulación genética también afectan bienes supraindividuales. En mi opinión, esta interpretación alcanza su extremo cuando se concluye que el bien jurídico protegido es el «libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia», cfr. PEÑA GUILLÉN, Manipulación genética «sensu lato» y Derecho penal (nota 34), p. 281.

³⁵ Similar, DE LA CUESTA AGUADO, RECPC 2019, p. 1 (22).

³⁶ Así, por ejemplo, JORGE BARREIRO, ADPCP 1999, p. 89 (89, nota 67, 132).

³⁷ Similar, ARABAOLAZA PONCELA, Delitos relativos a la manipulación genética (nota 28), p. 541.

³⁸ HAWKING, Brief Answers to the Big Questions, 2018, p. 188.

Este testimonio destaca una preocupación que existe en el mundo de la ciencia respecto a la manipulación genética. Independientemente de la efectividad de estos métodos y de los fines nobles que pudiese perseguir la alteración de las cadenas de ADN, todavía persiste la duda respecto a los efectos a mediano y largo plazo que estas alteraciones genéticas pueden tener en los seres humanos. Existe evidencia de que la introducción de estas técnicas en los reinos animales y vegetales conlleva necesariamente una clara alteración de sus respectivos ecosistemas³⁹. Adicionalmente, pese a la precisión de muchas de estas técnicas, numerosos informes han dado cuenta de que no puede excluirse la posibilidad de que estas mutaciones acaben produciéndose también en células distintas a las que han sido tenidas inicialmente como objetivos de la manipulación⁴⁰.

Adicionalmente, interpreto que el legislador necesita tomar en consideración otras ideas para justificar que el genoma humano pueda verse afectado, sobre todo en los delitos de clonación y de creación de híbridos y quimeras. En mi opinión, las legislaciones penales justifican su decisión de criminalizar estas conductas en la idea tan recurrente como imprecisa de la *dignidad humana*. Dado que en la mayoría de estos casos estamos en contextos de experimentación con genes humanos, se emplea a la legislación penal como freno al avance científico a costa de los seres humanos. En mi opinión, esta justificación se infiere a partir de tomar en consideración lo que sucede en varios de los delitos de la EschG, donde el tratamiento de genes o células únicamente resulta permitido cuando redundan en beneficio del propio ser humano y no de la ciencia.

De ser correcta esta comprensión, cabe agregar que la introducción de la dignidad humana requiere adicionalmente distinguir entre dos propiedades del genoma humano: *incombinabilidad* e *irrepetibilidad*. Según la primera propiedad, el genoma humano debe mantenerse «puro» y evitar posibles cruza con otras especies. Por su parte, la *irrepetibilidad* está asociada a la idea de que todo ser humano cuenta con un cuerpo que ha sido dado por la naturaleza con una información genética única y esa información constituye precisamente el elemento diferenciador más elemental y riguroso de todo ser humano. La duplicación de seres humanos, con la consiguiente duplicación del genoma, rompe con el carácter irrepetible de todo ser humano.

En resumen, los tipos penales de manipulación genética pretenden garantizar la intangibilidad del genoma humano, no sólo prohibiendo una modifica-

³⁹ MEDRANO, La Ley 2022-A (22/12/2021), p. 1 (2).

⁴⁰ RATH, en: Schroeder/Cook/Hirsch/Fenet/Muthuswamy (eds.), *Ethics Dumping. Case Studies from North-South Research Collaborations*, 2018, p. 107 (109).

ción artificial de su estructura, sino también una recombinación o duplicación. Este tipo de alteración, que en el caso de tratarse del genoma vegetal o animal no despierta mayores preocupaciones, sí resulta problemática en el caso del genoma humano. Esto expone la importancia de la dignidad humana en la argumentación a favor de la prohibición penalmente reforzada, pero no despeja las dudas respecto a si esa relevancia penal es asignada por los potenciales riesgos para la vida o salud de las personas o más bien por el mero valor de no instrumentalizar al ser humanos. Sobre estas dudas de lesividad regresaré más adelante.

2. Los delitos de manipulación genética como delitos de resultado

La edición genética, la clonación o la creación de híbridos o quimeras implican conceptualmente la ejecución de una acción que da lugar al acaecimiento de un determinado resultado. Por lo tanto, en todos estos casos no se está hablando de tipos penales que describen únicamente la acción, sino de tipos que incorporan en la descripción un resultado. Los tipos penales describen entonces una *acción resultativa*⁴¹, puesto que solamente adquiere relevancia típica la acción en tanto genera una transformación desfavorable del bien jurídico. Los delitos de manipulación genética son *delitos de resultado* y, por tanto, se requiere como condición fundante de antinormatividad el acaecimiento de una transformación asociada al genoma humano. Una clonación sin la duplicación del ADN no es una clonación; la creación de un híbrido o quimera no es tal sin que se origine esa nueva entidad; una edición de ADN no es tal si no han sido alteradas sus secuencias.

Sin embargo, esta precisión lingüística no implica forzosamente que las legislaciones hayan decidido también describir estos delitos de manipulación genética de tal manera que la duplicación, combinación o alteración de genes sea necesariamente una condición fundante de antinormatividad. Claramente se recepta el formato exclusivo de un delito de resultado en los arts. 159 (1) y 160 (3) CP España⁴², que prevén respectivamente los tipos de manipulación genética de humanos y de clonación. En cambio, la técnica legislativa seguida en Alemania o en Chile es distinta, pues se describen en los tipos penales respectivos explícitamente la acción de clonar o el inicio del proceso

⁴¹ MAÑALICH, Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros, 2014, pp. 32 ss.

⁴² DE LA CUESTA AGUADO, RIDP, p. 523 (538, 549)

de clonación (art. 17 Ley N.º 20.120) o bien se tipifican las conductas bajo el formato de delitos de emprendimiento (§ 7 ESchG). Si bien en estos dos últimos casos la técnica legislativa es diferente, en el fondo se regulan tanto la clonación como las acciones que tienden a ella. Si bien se trata de una técnica legislativa que podría ser considerada redundante por la existencia de reglas de la tentativa en la Parte general de los Códigos penales de Alemania y Chile, considero que el legislador ha querido despejar cualquier tipo de dudas sobre el merecimiento de pena de la tentativa en los delitos de manipulación genética⁴³.

Como veremos a continuación, los tipos penales bajo análisis describen acciones que producen diferentes resultados. Los tipos penales de delitos puros de resultado no describen acciones que dan lugar a un determinado estado de cosas sino más bien acciones que producen *modificaciones* perjudiciales del bien jurídico⁴⁴, de ahí que la ontología de los resultados se corresponda con los *eventos*⁴⁵. Dicho esto, toda transformación de estados de cosas presupone, en primer lugar, la existencia de dos estados de cosas sucesivos y, en segundo lugar, que la transformación únicamente haya podido suceder gracias a la acción humana⁴⁶. En lo que sigue se precisará de qué manera se dan estas condiciones en los diferentes delitos de manipulación genética.

3. Formas de configuración del resultado

3.1 EDICIÓN DE GENES HUMANOS: LA DESTRUCCIÓN DEL ADN COMO RESULTADO TÍPICO

Lo que se denomina aquí «delito de edición genética» es seguramente el paradigma de los delitos de manipulación genética, pues la actuación humana logra hacer mutar la estructura del ADN, de tal manera que la información genética contenida originariamente en una célula de la línea germinal humana

⁴³ Cabe destacar que en los tipos penales de clonación (§ 6 ESchG) y de alteración genética de una célula de la línea germinal (§ 5 ESchG) el legislador no ha recurrido a la estructura de los delitos de emprendimiento, sin perjuicio de lo cual se establece expresamente en esos mismos preceptos el castigo de la tentativa.

⁴⁴ PUPPE, Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2.ª ed., 2011, § 1, n.m. 11; MAÑALICH, Norma, causalidad y acción (nota 41), p. 35; DE LA VEGA MARTINIS, El delito de omisión y su explicación causal, 2010, pp. 51 s.

⁴⁵ VON WRIGHT, Norma y acción. Una investigación lógica, 1970, p. 47

⁴⁶ DE LA VEGA MARTINIS, El delito de omisión y su explicación causal (nota 44), pp. 51 s.

es modificada. Este delito aparece contemplado en el art. 159 CP España y en el § 5 ap. 1 ESchG. A diferencia de los restantes supuestos de manipulación genética, en estos casos se manipula la estructura misma del ADN, por lo que la intervención humana produce una modificación en la propia conformación del genoma humano. La acción humana opera una transformación en el estado de cosas en dos momentos sucesivos, por lo que posibilita pasar de un ADN₁ con una estructura X a un ADN₂ con una estructura Y. Por ello, el delito de edición de genes humanos recién se consuma cuando tiene lugar el acaecimiento de un evento.

En la práctica genética habitual la edición de los genes humanos se realiza principalmente con el objetivo de reparar las patologías que ciertas células pueden tener en su ADN. Mediante una serie de técnicas específicas se cambia el orden de las cadenas o se cortan repeticiones de nucleótidos y de esta manera se logra mejorar genéticamente una célula enferma⁴⁷. Una de las técnicas más revolucionarias (y más polémicas) es la denominada *CRISPR-Cas9*⁴⁸, con la que se ha logrado que la edición del genoma sea mucho más precisa y menos costosa en comparación con otras técnicas existentes⁴⁹. Los genetistas caracterizan a este sistema en los siguientes términos:

Los componentes de este sistema son utilizados por los microorganismos para generar una especie de «catálogo» de los ADN virales con los que se encuentran. Al producirse un segundo encuentro con el virus, los microorganismos realizan una copia de estas secuencias almacenadas (denominada «ARN guía») para reconocer a las moléculas de ADN invasor, dirigir a la nucleasa Cas9 y cortarlas para luego eliminarlas. Se trata, así, de un sistema inmune adaptativo⁵⁰.

Para comprender correctamente las características de este delito puro de resultado es necesario tomar en consideración dos circunstancias: en primer lugar, que antes de la acción existe un ADN con una determinada estructura e información; y, en segundo lugar, que esa misma estructura se mantendrá idéntica, salvo que exista una intervención humana. En este contexto, la transformación que prohíben los respectivos tipos penales de edición genética consiste en hacer que un ADN₁ (con una estructura X) deje de existir como tal, en este caso, como consecuencia de que aquel ADN ha perdido la estructura que

⁴⁷ Sobre las técnicas existentes de edición de genes, cfr. GIONO, Medicina (Buenos Aires) 2017, p. 405 (407 s.).

⁴⁸ Sin embargo, no se plantearían objeciones jurídicas a emplear este método respecto a células somáticas, cfr. ROSENAU, en: Strafrecht der Medizin (nota 31), § 6, n.m. 130.

⁴⁹ Sobre el debate jurídico relativo a esta técnica, cfr. MEDRANO, La Ley 2022-A (22/12/2021), p. 1 (1 s.).

⁵⁰ GIONO, Medicina (Buenos Aires) 2017, p. 405 (407).

lo hacía ADN₁. Nos encontramos aquí ante la prohibición de una acción *destructiva*, pues el respectivo tipo penal describe una acción consistente en lograr que el estado de cosas «ADN₁ (con estructura X)» deje de existir en un momento sucesivo inmediatamente ulterior gracias al accionar del autor. El hecho de que el ADN no tiene la condición de mutar por sí mismo constituye una condición para que la acción sea la condición de la transformación destructiva.

La transformación sustancial producida por el comportamiento típicamente relevante afecta la *identidad estructural o interna* del genoma humano, en tanto propiedad positivamente valorada de este bien jurídico. Esta propiedad puede caracterizarse como la preservación absoluta de todas las cadenas de ADN originarias que integran el genoma humano. Además, se trata de una propiedad positivamente valorada, debido a que todavía hoy los estudios y avances tecnológicos en el campo de la ingeniería genética no permiten descartar que una modificación artificial pueda producir a largo plazo afectaciones a la integridad física o incluso a la vida de las personas. Por tanto, la manera de proteger a los seres humanos es garantizando la inmutabilidad artificial del genoma humano. De ahí que la destrucción de esta propiedad termina incidiendo en el objeto de protección, pues acarrea su pérdida de valor.

Sin embargo, las legislaciones admiten excepciones de punibilidad para favorecer el avance de la bioingeniería, por ello en general las prohibiciones penalmente reforzadas de edición de genes humanos no alcanzan casos en los que la célula alterada genéticamente no sea utilizada para la fecundación o cuando no sea transferida a un embrión, feto o ser humano o cuando no se produzca a partir de la célula editada genéticamente una célula germinal (§ 5 ap. 4 ESchG)⁵¹. Si bien esta ley no precisa la naturaleza dogmática de estas eximentes, considero que la principal razón para entender que son causas de justificación es que en todos estos supuestos el legislador ha querido garantizar el derecho fundamental a la libertad de investigación⁵².

⁵¹ Este precepto también contempla una excepción al castigo de la edición de genes humanos cuando, fruto de la aplicación de vacunas o de la práctica de radioterapia, quimioterapia o de otros tratamientos, se produzca sin intención una modificación de la información genética de la línea germinal humana. Esta cuestión tiene gran actualidad especialmente por la aplicación generalizada de vacunas que emplean la tecnología del ARN mensajero, respecto a las cuales no se ha descartado la posibilidad de que puedan producir una modificación del ADN. De hecho, algunas pruebas realizadas sobre hígados humanos con las vacunas contra el COVID-19 que emplean la tecnología del ARNm confirman la producción de una mutación del ADN, cfr. ALDÉN/OLOFOSSÓN/YANG/BARGHOOUTH/LUAN/RASMUSSEN/DE MARINIS, *Curr. Issues Mol. Biol.* 2022, p. 1115 (1118 ss.).

⁵² PELCHEN/HÄBERLE, en: ESchG (nota 21), § 5, n.m. 5.

3.2 CREACIÓN DE QUIMERAS, HÍBRIDOS Y CLONES: LA PROHIBICIÓN DE CREAR NUEVOS SERES A PARTIR DE ADN HUMANO

3.2.1 *Particularidades de las quimeras y de los híbridos*

Tomando en consideración las leyes analizadas en este trabajo, el delito de creación de quimeras o híbridos se encuentra reconocido únicamente en la ESchG⁵³ y en el art. 440 del Proyecto de CP de Argentina. En la ley alemana se prevé el tipo penal bajo el formato de un delito de emprendimiento, por lo que el mismo enunciado legal contempla la punición de la *creación* de estas entidades, como las actividades tendientes a ello, pero que no necesariamente alcanzan a originar una quimera o un híbrido. Como se verá a continuación, el § 7 ESchG contempla diferentes hipótesis delictivas, de tal manera que está presente la distinción entre híbridos y quimeras. Por su parte, llama la atención en el Proyecto de CP de Argentina que el respectivo tipo penal únicamente describe la *transferencia* de quimeras o híbridos, pero no así la creación de estas entidades⁵⁴. Atento a la exposición de motivos del Proyecto, parece ser que el legislador dio por supuesta la criminalización también de la creación, algo que resulta dudoso desde el punto de vista de la legalidad⁵⁵.

Para clarificar las características del resultado que requieren estos delitos, es necesario precisar como primera cuestión la distinción entre *quimeras e híbridos*⁵⁶, algo que no resulta nada sencillo, si atendemos a los diferentes contextos de uso⁵⁷. Como advierten correctamente Joerden y Winter, solamente hay acuerdo en que las entidades que se analizan en este campo son combinaciones de componentes celulares, de células o incluso de comunidades de células de individuos distintos en cuanto a su naturaleza⁵⁸. Ahora bien, más allá de este aspecto en común, resulta fundamental distinguir entre quimeras e

⁵³ Sin embargo, ello no implica que en Alemania sea la única ley que se refiere a la creación de híbridos y quimeras. En opinión de JOERDEN/WINTER, *JRE* 2007, p. 105 (111 ss., 117 ss., 123 ss.) son aplicables también a este campo de problemas la Ley de Trasplantes (*TPG*), Ley de Células-madre (*StZG*), Ley de medicamentos (*AMG*), Ley de transfusión (*TFG*), el CP (*StGB*) y la Ley de Técnica Genética (*GenTG*).

⁵⁴ Coincidente MEDRANO, La Ley 2022-A (22/12/2021), p. 1 (5). Sin embargo, la Comisión Redactora del Proyecto señala extrañamente en la Exposición de Motivos que se incorpora el delito de *creación* de híbridos, lo que constituye una interpretación contraria al tenor literal.

⁵⁵ Proyecto de CP Argentino 2019, Exposición de motivos y Disidencias, p. 177.

⁵⁶ Incluso el legislador argentino se refiere en el Proyecto de CP a «híbridos» en general. Sin embargo, la letra del art. 440 muestra aquí el uso impropio del término «híbrido», pues en realidad el tipo penal parece referirse más bien a quimeras.

⁵⁷ Basta con comparar las diferentes definiciones empleadas por JOERDEN/WINTER, *JRE* 2007, p. 105 (106 ss.); BADURA-LOTTER/DÜWELL, *JRE* 2007, p. 83 (84 s.).

⁵⁸ JOERDEN/WINTER, *JRE* 2007, p. 105 (105).

híbridos a los efectos de comprender mejor el resultado típico y los diferentes modos de comportamiento explícitamente previstos por el legislador⁵⁹.

Las quimeras son organismos caracterizados por conformar una unión de células, resultante de la combinación de células procedentes de individuos genéticamente diferentes⁶⁰. En el caso de los embriones, esta unión de células resulta de la conjunción de células totipotentes procedentes de diferentes individuos⁶¹, es decir, es la asociación de células que se produce al combinarse células fecundadas. Las quimeras son seres vivos conformados por varios ADNs diferentes, ya sea de la misma o de diferente especie, lo que da lugar a que se pueda hablar de quimeras intraespecíficas o interespecíficas⁶². Para ejemplificar estas situaciones no hace falta pensar en seres monstruosos. Por ejemplo, puede ser caracterizada como una quimera *intraespecífica* la persona que tiene trasplantado un órgano ajeno o bien a la que se le ha injertado un tejido de otro ser humano. Mientras que una persona a la que se le ha implantado una válvula cardíaca de un cerdo se la puede caracterizar como una quimera *interespecífica*.

La ESchG castiga la creación *artificial* de dos tipos diferentes de quimeras. Por un lado, se castiga a quien origine un grupo celular a partir de unir embriones con información genética distinta, en el caso de que uno de esos embriones sea humano (§ 7 (1) ap. 1). Específicamente, se trata del supuesto en el que se produce la fusión de células fecundadas de un ser humano y un animal (por ejemplo, un primate) que da lugar a una célula totipotente con el posible desarrollo de un nuevo ser vivo⁶³. Por otro lado, el ap. 2 del § 7 (1) se refiere a la unión con un embrión humano de una célula que contiene una información genética distinta a la del embrión y que puede seguir diferenciándose. Este tipo de quimera se da en los supuestos de traslado de células, grupos de células o de órganos de animales a seres humanos o bien, en el caso que aquí nos interesa, el traslado de genes animales a embriones⁶⁴.

También es característico de las quimeras el tipo de alteración genética que se produce. A diferencia de otros supuestos (especialmente de los híbridos), en las quimeras conviven en un mismo organismo, al menos, dos tipos

⁵⁹ Lamentablemente, otra es la mirada del legislador argentino, pues alude en sentido amplio a «híbridos» sin diferenciar entre éstos y las quimeras.

⁶⁰ No hay que confundir las quimeras con los mosaicos. Son organismos con tipos de células genéticamente diferentes de una misma especie, pero que se originan en un único cigoto.

⁶¹ Cfr. BERNAT, *Rechtsfragen medizinsisch assistierter Zeugung*, pp. 264 s.

⁶² Para una descripción de las diferentes posibles combinaciones, cfr. JOERDEN/WINTER, *JRE* 2007, p. 105 (106 ss.)

⁶³ JOERDEN/WINTER, *JRE* 2007, p. 105 (117).

⁶⁴ JOERDEN/WINTER, *JRE* 2007, p. 105 (125).

de ADN diferentes que pueden ser perfectamente diferenciables y reconocibles: por lo general los líquidos tienen un ADN y los órganos otros. Esto significa que las quimeras no poseen un ADN propio, sino que representan una combinación (no una unión) de dos o más ADNs diferentes.

Los híbridos, en cambio, son combinaciones menos complejas de células, pues en realidad constituyen la unión de gametos de especies diferentes o bien de razas diferentes dentro de una misma especie⁶⁵. En la biología, los híbridos son el resultado de las cruces, donde quizás el ejemplo más claro se da en los perros. Otra particularidad de los híbridos y que los diferencia claramente de las quimeras es que cada una de las células del embrión resultante de unir gametos de diferentes especies tiene el mismo ADN. Esto significa que, a diferencia de las quimeras, todas las células de los híbridos comparten un mismo ADN, fruto de la mezcla de información genética de los aportantes de los gametos. Mientras que las quimeras contienen de manera claramente diferenciada grupos de células con un ADN y otros con un ADN diferente, en los híbridos la fusión de los gametos aporta un ADN diferente al de sus progenitores, surgido de la unión de dos células con información genética distinta.

3.2.2 Particularidades de la clonación

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos analizados, el delito de clonación consiste en el solo hecho de crear embriones humanos con la misma información genética de otro ser humano. Entre las legislaciones analizadas únicamente la ESchG establece que el «original» genético puede ser un embrión, un feto o un ser humano vivo o muerto (§ 6). Esta primera precisión permite comprender que los tipos penales de clonación solamente establecen como presupuestos de pena la producción de *embriones* (clonación reproductiva), esto es, se castiga la obtención de una célula totipotente humana con la misma información genética que otro ser vivo⁶⁶. Ello deja fuera del ámbito de aplicación del tipo la clonación de células somáticas⁶⁷, por ejemplo, la crea-

⁶⁵ BADURA-LOTTER/DÜWELL, *JRE* 2007, p. 83 (84 s.). En cambio, JOERDEN/WINTER, *JRE* 2007, p. 105 (125) reducen el concepto a la unión de gametos de especies distintas.

⁶⁶ PELCHEN/HÄBERLE, en: ESchG (nota 22), § 6, n.m. 2. Si bien considera ROSENAU, en: *Strafrecht der Medizin* (nota 31), § 6, n.m. 3 ss. que globalmente está aceptada la prohibición de la clonación reproductiva, considera dudoso que el § 6 ESchG se reduzca a este tipo de clonación. Por su parte, QUERALT, *Derecho penal* (nota 27), p. 109, entiende que el castigo de la clonación únicamente procede cuando se ha perseguido una selección racial, algo que, en mi opinión, no encuentra sustento en la ley española.

⁶⁷ Para MEDRANO, *La Ley 2022-A (22/12/2021)*, p. 1 (5) este tipo de clonación estaría fuera del tipo penal proyectado por el legislador argentino.

ción de órganos o tejidos obtenidos a partir de células madres de un ser humano y que contienen su misma información genética.

La caracterización de la clonación como el procedimiento mediante el cual se genera un nuevo embrión humano lleva a diferenciar esta conducta de la *transferencia* del embrión clonado a una mujer. De hecho, el castigo diferenciado de estas dos conductas se aprecia con claridad en los incisos 1 y 2 del § 6 ESchG, sin perjuicio de lo cual la redacción de algunas de las regulaciones analizadas (concretamente, el Proyecto de CP de Argentina) permite interpretar el tipo penal correspondiente como si se requiriera además la transferencia. Ahora bien, con independencia de si el legislador decide castigar la clonación, diferenciada o junto a la transferencia del clon, *clonar* implica conceptualmente el solo hecho de engendrar un nuevo ser humano, genéticamente idéntico a otro. Las legislaciones aluden frecuentemente a «crear» seres humanos (art. 160 inc. 3 CP España) o a «producir» embriones (§ 6 inc. 1 ESchG), con lo que la acción que interesa típicamente es una que logra originar un ser humano genéticamente idéntico a otro.

Por tanto, si lo que importa desde el punto de vista de la realización del tipo penal de clonación es el mero hecho de la duplicación del ADN, entonces debería tornarse irrelevante la pregunta por la aptitud de ese embrión clonado para seguir evolucionando y convertirse en un embrión y alcanzar luego una vida extrauterina normal⁶⁸. Según las legislaciones analizadas, la prohibición penal está asociada al solo hecho de originar un ser humano idéntico (i.e. un embrión idéntico), con independencia de las posibilidades objetivas de supervivencia.

3.2.3 Características del resultado de «creación»

Al contrario de los delitos de edición genética, contienen estos tipos penales una prohibición de «creación», en lugar de la destrucción de un determinado ADN. Puntualmente, cuando se castigan acciones *creadoras* de quimeras, híbridos y clones, se está prohibiendo que ciertos seres que con anterioridad a la acción humana no existían comiencen a existir precisamente gracias a ella⁶⁹. Ello implica que la condición de partida para entender el evento, cuyo

⁶⁸ En cambio, de otra opinión MEDRANO, La Ley 2022-A (22/12/2021), p. 1 (5).

⁶⁹ En este contexto, *crear* implica «dar vida a». Sin embargo, aquí surge la cuestión de si el delito se consuma con la sola creación de la quimera, híbrido o clon (i.e. la unión de los gametos) o cuando estos embriones son aptos para la vida (i.e. tienen capacidad de desarrollarse) mediante la implantación, pues pareciera que recién en este caso se estarían realizando «prácticas tendientes a hacer nacer», como exige

acaecimiento se prohíbe bajo amenaza de pena, es que con anterioridad a la acción exista un estado de cosas en el que la quimera, el híbrido o el clon no existen y que no van a existir a menos que alguien los origine. En este sentido, la conducta del autor del delito debe tener la aptitud para hacer que un estado de «- P» (i.e. la negación o inexistencia de P, la quimera, el híbrido o el clon) pase a ser «P», donde P implica la afirmación (la existencia) de la quimera, el híbrido o del clon. En el caso de estos delitos, el legislador prohíbe la realización de acciones *creativas*⁷⁰.

Por tanto, estas prohibiciones penalmente reforzadas pretenden evitar que tenga lugar el evento consistente en la creación de seres vivos idénticos o procedentes de especies combinadas o híbridos⁷¹. Ahora bien, esta transformación de estados que produce la acción del genetista debe ser valorada negativamente para que sea posible calificar a ese evento como el resultado típico.

En el caso de las quimeras, el ADN humano no se ve alterado en su estructura, puesto que el armado del grupo celular no supone una alteración de alguna de las líneas de la cadena. Sin embargo, la mutación tiene que ver con la recombinación de ADNs que se produce, dónde la quimera es un organismo en el que conviven al menos dos ADNs distintos. En cambio, para ver en un híbrido la mutación del ADN es necesario entender que, por más que el nuevo embrión posea un ADN distinto del de sus progenitores, la información genética de un ser humano pasa a formar parte de un organismo cuyo ADN no es exclusivamente humano. En otras palabras, la mutación consiste en que la célula con ADN humano, pasa a formar un organismo con células con un ADN no humano. En simples palabras: el genoma humano pasa a ser *genoma humano-animal*. Desde esta perspectiva, al tipo penal en cuestión parece subyacer una desvaloración de la creación de este genoma combinado, con el que se produce una degradación del ser humano. Desde esta perspectiva, la transformación generada con la creación de la quimera o del híbrido daría lugar a un estado de cosas disvalioso para el genoma humano, en tanto bien jurídico protegido.

Sin dudas, la pregunta crucial en este punto tiene que ver con el criterio empleado para determinar que una reconfiguración o recombinación de ADNs resulta algo indeseado desde el punto de vista jurídico-penalmente. Con otras palabras: ¿bajo qué criterios un genoma recombinado con genes humanos y animales es algo que representa una transformación desfavorable del bien ju-

el tipo penal de clonación del PCP Argentina. Sobre esta cuestión, MEDRANO, La Ley 2022-A (22/12/2021), p. 1 (5); GÜNTHER, en: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2.^a ed., § 6, n.m. 11.

⁷⁰ DE LA VEGA MARTINIS, El delito de omisión y su explicación causal (nota 44), pp. 55.

⁷¹ GÜNTHER, en: ESchG (nota 69), § 5, n.m. 19.

rídico? Para responder a esta pregunta es necesario preguntarse primero cuál es aquella propiedad del genoma humano que se ve afectada con la creación de un híbrido o una quimera. Al prohibir estas conductas, el legislador pareciera valorar positivamente que el genoma humano se mantenga *idéntico*, pero no en el sentido de una identidad estructural, como se apuntó en el delito de edición genética. Más bien, pareciera valorarse positivamente también una «identidad externa» del genoma humano, lo que haría posible diferenciarlo del ADN de otras especies. Se debería hablar aquí de una *identidad inter-especie*. El genoma humano tiene propiedades específicas que lo distinguen del de otras especies, por lo que una recombinación de genes inter-especies produce la pérdida de identidad de cualquiera de las especies involucradas⁷². Bajo esta reconstrucción del asunto, la pérdida de esta propiedad en el genoma humano reduce su valía, dado que pareciera sufrir una suerte de «degradación moral». Sobre esta idea en polémica, se regresará en el apartado final.

Respecto al delito de clonación parece suceder algo similar a la hora de explicar en qué sentido se da una transformación *perjudicial* del bien jurídico. Aquí es necesario partir de que el problema no consiste en la mera producción artificial de un nuevo ser humano, sino más bien en que ese nuevo ser contiene la misma información genética que otro ser humano. En realidad, la producción artificial de un ser genéticamente idéntico implica la duplicación de un genoma humano y con ello se rompe con su unicidad. En los delitos de manipulación genética analizados anteriormente la alteración genética consiste en una modificación de las estructuras del ADN (edición genética) o en su recombinación (híbridos/quimeras). Al igual que sucede con las quimeras e híbridos, en el caso de la clonación el genoma humano no ve afectada en absoluto su estructura. El problema de la clonación se encuentra en que artificialmente se *duplica* un mismo genoma humano, haciendo posible que dos seres humanos cuenten con exactamente la misma identidad genética. Naturalmente, el resultado de esta clonación no es la obtención de una «copia» exacta de otro ser humano en todas sus características (rasgos físicos, personalidad, preferencias, etc.), sino únicamente con su misma constitución genética. En definitiva, cada ser humano es el resultado de una interacción entre su constitución genética y el medio ambiente⁷³.

Ahora bien, ¿cómo es posible ver en la clonación una transformación perjudicial del bien jurídico? El delito de clonación pareciera afectar también la «identidad externa» del genoma humano, una propiedad que pareciera ser

⁷² ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, 1994, pp. 370 s.

⁷³ JOERDEN, *JRE* 1999, p. 79 (81).

valorada positivamente por el legislador y que dotaría de valor al genoma humano, sólo que en este caso se afectaría la *identidad intra-especie*⁷⁴. Según esta propiedad, todo genoma humano está asociado a un único ser humano. Desde este punto de vista, cuando se origina un nuevo ser humano con la misma información genética de otro (por nacer, vivo o ya fallecido) se rompe la identidad entre ser humano y su respectiva estructura genética. La identidad genética otorgada por la naturaleza a cada ser humano es la nota más elemental de diferenciación y la forma más precisa de identificar e individualizar a cada integrante de la sociedad. Por tanto, este argumento jurídico/ético parece coincidir al mismo tiempo con un argumento *naturalista*.

V. REFLEXIONES FINALES: ¿CÓMO «DESTABUIZAR»⁷⁵ EL DERECHO PENAL GENÉTICO?

Como suele suceder ante la aparición de un nuevo fenómeno en la sociedad, el Derecho penal se debate entre intervenir o no y, en su caso, con qué alcance hacerlo. Como pudo apreciarse *supra*, no todas las legislaciones comparadas muestran un mismo nivel de apertura a una criminalización de conductas que tienen que ver con la biotecnología y la ingeniería genética sobre seres humanos. Al mismo tiempo, los avances tecnológicos permanentes y la incertidumbre sobre los efectos a largo plazo que la aplicación de esta tecnología puede tener en humanos son factores que explican en buena medida la razón por la que el legislador penal se muestra todavía dubitativo a nivel comparado sobre si intervenir o no. Sin embargo, esta situación de incertidumbre no excluye la conveniencia de hacer un análisis crítico sobre las manifestaciones del Derecho penal genético, al menos en lo que se refiere al inicio de la vida extrauterina⁷⁶.

⁷⁴ ROMEO CASABONA, *Del gen al Derecho*, 1996, 467, alude concretamente a la «identidad e irrepetibilidad del ser humano, como derecho a la individualidad y a la condición de ser uno mismo distinto de los demás».

⁷⁵ Se utiliza la expresión «tabuización» del Derecho penal como sinónimo de moralización del Derecho penal, algo inaceptable para un Derecho penal liberal. Por esta razón me parece cuestionable la posición de Zabel, JR 2008, p. 453 (457), quien acepta que el Derecho penal proteja tabúes por su respaldo en tradiciones y considera que la pregunta realmente importante tiene que ver con los límites de esa protección.

⁷⁶ Naturalmente, el análisis crítico debería extenderse a la aplicación de las biotecnologías y de la ingeniería genética más allá de la fase prenatal. Por dar sólo algunos ejemplos, es imaginable una intervención del Derecho penal respecto al uso de agroquímicos en la producción agrícola de alimentos que pueden luego producir mutaciones genéticas en los consumidores o incluso la prohibición penalmente reforzada de realizar terapias génicas mediante vacunas u otras técnicas con fines de experimentación humana.

Más allá de las críticas puntuales que pueden formularse contra cada una de las legislaciones analizadas en este trabajo y que tienen que ver principalmente con la técnica legislativa empleada o con la existencia de lagunas de punibilidad, me preocupa en especial la cuestión relativa a la legitimidad de la intervención del Derecho penal en la biotecnología. En mi opinión, respecto a algunos de los delitos genéticos no existe claridad sobre cuál es la lesión o el peligro que se pretende evitar con la amenaza de pena. Naturalmente, esta falta de claridad se traslada a la legitimidad de la decisión del legislador y a la pregunta sobre si, en realidad, se está manteniendo una posición liberal o más bien se infiltra abiertamente un moralismo legal.

Cabe recordar aquí que, desde un punto de vista liberal, el *principio de daño* ofrece la principal razón para criminalizar una conducta⁷⁷, sin perjuicio de que también para esta corriente de pensamiento el *principio de ofensa* pueda operar complementariamente para legitimar una decisión del legislador penal⁷⁸. Bajo estos principios únicamente serían moralmente aceptables criminalizaciones que sirvan para prevenir daños u ofensas de sujetos distintos del autor, lo que implica formular ambos principios de manera «positiva»⁷⁹. Incluso cuando desde esta perspectiva son aceptables criminalizaciones de acciones que no producen daños y que solamente producen una perturbación o experiencia desagradable grave en terceros⁸⁰, la justificación de la criminalización en este último caso no radica en su *carácter inmoral*, sino en que existe aquí un agravio a terceros que habilita considerar también a esa acción «ofensiva» como un *wrongdoing*.

Salvo en casos muy puntuales, el principio de daño está totalmente marginalizado en las decisiones criminalizadoras del Derecho penal genético. Constantemente aparece la referencia a la dignidad humana, pero se presenta este argumento de tal manera que la decisión criminalizadora tiene más que ver con la inmoralidad intrínseca de la conducta que con algún tipo de perturbación seria de terceros⁸¹. Si bien la doctrina se esfuerza por mostrar la existencia de un grave daño que alguno de estos tipos penales pretende impedir, considero que esos daños son irrelevantes para la criminalización y solo ocultan

⁷⁷ Así claramente en la exposición más clásica del liberalismo, concretamente en MILL, *On Liberty*, 1859, p. 13 (citado por la edición de Batoche Books, 2001).

⁷⁸ Paradigmático, FEINBERG, *The moral limits of the criminal Law. Harm to others*, 1984, pp. 10 ss.

⁷⁹ MAÑALICH, en: Homenaje al Profesor Jaime Vivanco Sepúlveda (nota 16), p. 257 (259 s.)

⁸⁰ Sobre los criterios reconocidos para emplear con cautela el principio de ofensa, cfr. FEINBERG, *The moral limits of the criminal Law. Offense to others*, 1985, pp. 25 ss.

⁸¹ Advierte también que la indeterminada idea de la *dignidad humana* resulta insuficiente para justificar la intervención del Derecho penal en el terreno de la medicina reproductiva y la biotecnología, TAUPITZ, *NJW* 2001, p. 3422 (3436).

malamente una decisión legislativa puramente moralizante. Al respecto, la ESchG nos ofrece numerosos ejemplos, como el delito de ovodonación (§ 1. 1 [1]), de maternidad sustituta (§ 1. 1 [7])⁸², de transferir más de tres embriones dentro un mismo ciclo (§ 1. 1 [3])⁸³, de inseminación artificial con un espermatozoide seleccionado por su contenido sexual (§ 3 1) o de emprender una inseminación artificial con el esperma de una persona muerta (§ 4 1 [3])⁸⁴. Me limitaré a considerar brevemente lo que sucede con el delito de ovodonación. Se argumenta en la exposición de motivos de la ESchG que una de las razones que impulsa la criminalización es que todavía se desconocen los efectos psicológicos perjudiciales que podría traer a largo plazo para un niño o una niña (especialmente durante la pubertad) una crisis de identidad, ocasionada por el hecho de tomar conocimiento de que la madre genética difiere de aquella que ha parido⁸⁵. Una criminalización orientada a evitar daños emocionales o psíquicos serios encuentra legitimación en un Derecho penal liberal⁸⁶. Sin embargo, parece dudoso que en estos supuestos pueda especularse seriamente con la posibilidad de que verdaderamente un evento de esta naturaleza pueda producir daños de este tipo. Preocupa que una decisión tan importante como lo es la criminalización de una conducta no venga acompañada de la evidencia empírica suficiente como para justificar la necesidad de la intervención penal⁸⁷. Las investigaciones empíricas a las que se puede acceder hablan de las dificultades serias para acceder a los datos relevantes para hacer una investigación fiable; no obstante, a partir de las muestras obtenidas los resultados muestran que la salud emocional y las relaciones entre padres e hijos, lejos de sufrir algún tipo de daño, son de alta calidad y en ningún caso son más conflictivas que en el caso de niños nacidos de manera natural⁸⁸. Incluso si se compara el fenómeno de la ovodonación con la adopción (respecto de la cual sí existe mucha más

⁸² Crítico respecto a la justificación de esta criminalización ROSENAU, en: *Strafrecht der Medizin* (nota 31), n.m. 5; TAUPITZ, en: *ESchG* (nota 8), § 1 Abs. 1 Nr. 7, n.m. 18 s.

⁸³ Según PELCHEN/HÄBERLE, en: *ESchG* (nota 21), § 1, n.m. 6, el motivo de la criminalización es el riesgo de tener mellizos o trillizos, sumado a los problemas de salud que ello puede traer aparejado. Con razón proponen la abolición de la denominada DREIERREGEL, ROSENAU, en: *Strafrecht der Medizin* (nota 31), § 6, n.m. 36.

⁸⁴ Crítico con la prohibición LUDYGA, *NZFam* 2020, p. 185 (189); PELCHEN/HÄBERLE, en: *ESchG* (nota 21), § 4, n.m. 4.

⁸⁵ *ESchG-Exposición de Motivos, BT-Drs. 11/5460*, de 25 de octubre de 1989, p. 7. También en este sentido, PELCHEN/HÄBERLE, en: *ESchG* (nota 21), § 1, n.m. 2. Crítico con este argumento, TAUPITZ, en: *ESchG* (nota 8), § 1 ap. 1 Nr. 1, n.m. 10 ss.

⁸⁶ FEINBERG, *Harm to others* (nota 78), p. 46.

⁸⁷ Así lo entiende también TAUPITZ, *NJW* 2019, p. 337 (340), para quien, sin embargo, el legislador se abra movido dentro de su ámbito de discrecionalidad permitido constitucionalmente.

⁸⁸ Cfr. IMRIE/GOLOMBOK, *Fertstert* (7), 2018, p. 1187 (1190 s.); OPPER, *Das Verbot der präkonzeptionellen Geschlechtswahl. Eine empirische und verfassungsrechtliche Analyse*, 2020, pp. 139 s.

experiencia e información), también aquí se aprecia que esos daños emocionales serios no están tan ligados a la revelación de la identidad de la madre biológica, sino más bien a eventos traumáticos vividos en la fase previa a la adopción⁸⁹. Ante la falta de evidencia empírica, considero que la referencia a sufrimientos emocionales a largo plazo es sólo una idea infundada que esconde una decisión moralizante del legislador. En mi opinión, la razón verdadera de la criminalización es que el legislador considera intrínsecamente inmoral que una mujer geste a un nuevo ser humano con óvulos ajenos⁹⁰.

En lo relativo a los delitos de manipulación genética observo que se presentan similares problemas de legitimación, sobre todo en la criminalización de la clonación y la creación de híbridos y quimeras. En mi opinión, en muchos casos no se hacen explícitos los motivos de la criminalización y cuando ello se hace, se ofrecen razones que son insuficientes o que parecen simplemente disimular las verdaderas razones morales. Esta última cuestión torna dificultosa la tarea de identificar las razones que han impulsado a los legisladores a introducir los delitos de manipulación genética, pues las razones verdaderas de la criminalización parecen estar ocultas tras un silencio sorprendente o tras otros motivos falsos. En lo que sigue me concentraré en reconstruir los argumentos que parecen respaldar la decisión criminalizadora y en mostrar que, en el fondo, el legislador parece estar más concentrado en reforzar penalmente el mantenimiento de un tabú que en proteger libertades y derechos individuales.

De los tres delitos de manipulación genética analizados, el delito de edición de genes humanos es seguramente el que con mayor claridad aspira a evitar la producción de daños. Claramente detrás de esta prohibición se encuentra el grave riesgo que semejante alteración genética puede traer para la integridad física y la salud de las personas. De hecho, investigaciones en el campo de la biogenética demuestran que en la edición genética de embriones por el sistema CRISPR-Cas9 se produjeron mutaciones no deseadas (efectos *off-target*) y mosaicismo⁹¹. Como se ha expresado en diferentes pasajes de esta contribución, las técnicas de edición genética hoy disponibles no permiten descartar con seguridad que otras modificaciones genéticas no deseadas puedan producirse y además se desconocen los efectos reales que pueden producir a largo plazo estas alteraciones genéticas en la vida y la integridad física de las

⁸⁹ Para GONZÁLEZ PLA/CAMBRA BADI/GIAMBO/MASTANDREA/PARAGIS/TOMAS MAIER/PROVENZA/MICHEL FARIÑA, *Invest. Psic.* (22) 2017, p. 23 (25 s.), aun cuando la comparación entre la oodonación y la adopción puede resultar problemática por sus diferencias estructurales, existen varios aspectos en común relevantes que pueden ser válidos en la oodonación.

⁹⁰ ENGELBERT, *KriPoZ* 2022, p. 339 (349).

⁹¹ GIONO, *Medicina* (Buenos Aires) 2017, p. 405 (408).

personas⁹². Sin dudas, uno de los mayores riesgos que existe es el de una multiplicación celular descontrolada. En este supuesto, la criminalización de la edición genética aparece sustentada en el principio de daño, pues, si bien no está motivada en la necesidad de evitar un daño que se producirá con certeza, no se pueda descartar la nocividad grave de la actividad para la salud e incluso para la vida de las personas. La incertidumbre respecto al efectivo acaecimiento del evento dañino, no priva de legitimidad a la criminalización de estas conductas bajo el principio de daño⁹³, la cual únicamente decaería en el supuesto de existir suficiente evidencia empírica de que la edición de genes es inócua para la vida y la integridad física.

Con base en esta argumentación debería ser irrelevante la distinción que plantean el CP de España y el Proyecto de CP de Argentina entre una manipulación de genes humanos con o sin fines terapéuticos, pues incluso cuando existan fines terapéuticos no quedan excluidos los riesgos de un serio daño en el futuro para la salud de las personas.

Algo distinto sucede respecto a los delitos de obtención de quimeras e híbridos y de clonación, donde la infiltración de un moralismo legal aparece bajo el *omnicomprensivo* concepto de la «dignidad humana», con el que el legislador intenta darle un «disfraz» *jurídico* a la criminalización. En ambos casos, la justificación falta por completo⁹⁴ o bien, como en el caso de la ESchG⁹⁵, se hace una mera mención a que en estos supuestos se produce una lesión a la dignidad humana, sin mencionar con claridad en qué consiste esta lesión⁹⁶. En mi opinión, para interpretar en qué sentido puede verse aquí una afrenta a la dignidad humana, sirve tomar en consideración los fundamentos que aparecen en la Exposición de Motivos de la ESchG respecto al § 5, donde se menciona la prohibición de experimentar con humanos⁹⁷. Me parece dudoso que esta prohibición de experimentar con seres humanos pueda ser la verdadera razón de la criminalización de la clonación o de la creación de híbridos y

⁹² De esta opinión, GÜNTHER, en: ESchG (nota 70), § 5, n.m. 2. Sin embargo, llamativamente no parece haber sido éste el principal motivo de la criminalización en el legislador alemán, ya que, en mi opinión, pone más énfasis en la posibilidad de abusos en el empleo de la técnica, que en las consecuencias que ese abuso pudiera tener en la salud y la vida de la ciudadanía. Cfr. BT-Drs.11/5460, de 25 de octubre de 1989, p. 11.

⁹³ FEINBERG, Harm to others (nota 79), pp. 190 ss.

⁹⁴ En el Proyecto de CP de Argentina simplemente se dice en la Exposición de Motivos que existe consenso social, a nivel nacional e internacional, a favor de la criminalización, sin especificar los motivos de criminalización en el que ese supuesto consenso se sustenta.

⁹⁵ BT-Drs. 11/5460, de 25 de octubre de 1989, pp. 11 s.

⁹⁶ Esto lleva a que, con razón, SCHROEDER, en: Kühne (eds.), *Festschrift für Miyazawa*, 1995, p. 533 (545), entienda que el legislador ha creado una ley «demasiado perfeccionista».

⁹⁷ BT-Drs.11/5460, de 25 de octubre de 1989, p. 11.

quimeras. Por empezar, no se trata aquí de una prohibición absoluta, sino que en muchos casos entra en colisión con la libertad de investigación. Asimismo, en la medida en que la clonación o la obtención de híbridos y quimeras cumpla con las diez exigencias del Código de Núremberg, relativo a las reglas éticas de experimentación en seres humanos, dejaría de producirse tal afectación de la dignidad humana. Finalmente, hay que recordar que lamentablemente la prohibición de experimentar con seres humanos ha dejado de tener el peso jurídico (y ético) que antaño tuvo (y que, en mi opinión, todavía hoy debería tener), a la luz de las medidas adoptadas a nivel global como reacción frente a la pandemia del COVID-19 y en donde el consentimiento del paciente fue abiertamente desechado.

Más allá de estas reflexiones, resulta dudoso que el argumento de la dignidad humana pueda conectarse con la prohibición de experimentar con seres humanos, sobre todo si tomamos como referencia las descripciones típicas elegidas por las legislaciones. Justamente, entiendo que un defensor de los delitos de clonación (tal como ha sido introducido en la legislación alemana o española) tendría buenos argumentos para abandonar este punto de vista, pues lo definitorio del delito no es la experimentación en sí, sino la creación de un nuevo ser humano con un patrimonio genético igual al de otro. Lo mismo vale para el delito de creación de híbridos y quimeras. Esto significa que el problema (i.e. lo disvalioso) debería estar asociado con la *creación* en sí misma, no con el procedimiento de la creación. Por tanto, el carácter perjudicial de la transformación no debería conectarse con la actividad experimental, sino con el originamiento de un nuevo ser idéntico genéticamente o con genes interespecies combinados. Sobre la base de esta argumentación, la dignidad humana no parece ser en realidad el objeto de protección, sino más bien un criterio de valoración de la transformación del bien jurídico.

Llegados a este punto, queda en evidencia que, en realidad, lo que se quiere evitar con la criminalización de estas creaciones genéticas es que el genoma humano se duplique o bien se recombine con otras especies. A juzgar por lo analizado anteriormente, el genoma humano se torna valioso desde la *dignidad humana* en la medida en que mantiene las propiedades de *incombinable* y *irrepetible* y toda conducta que las altere estará quitando valor al genoma humano. Sin embargo, en ningún momento el legislador explicita por qué razón un genoma humano recombinado con otra especie o duplicado habría perdido su valor⁹⁸ y que llevaría a considerar que el acto de creación de un

⁹⁸ Incluso plantea SCHULZ, ZRP 2003, p. 362 (364), que esta irrepetibilidad («singularidad», en palabras del autor) tampoco es un presupuesto de la atribución de subjetividad jurídica a un embrión.

clon o de una quimera o híbrido sería un *wrongdoing*. En mi opinión, la única razón que subyace a la criminalización de la creación de quimeras o híbridos es su inmoralidad intrínseca, un argumento que resulta insuficiente para legitimar para dar entrada al Derecho penal en un Estado liberal.

Con todo, vale mencionar que en la exposición de motivos de la ESchG se menciona que con la prohibición penalmente reforzada de clonación se pretende evitar una afectación de la integridad física del embrión, dado que no se podría descartar con seguridad que en el futuro el clon sufra un grave daño⁹⁹. En el caso de estar empíricamente demostrado este hecho¹⁰⁰, la criminalización de la clonación no solamente tendría un fundamento explícito, sino que además quedaría legitimada en virtud del principio de daño¹⁰¹. En este caso, la prohibición estaría apoyada en la evitación de un posible daño futuro y no meramente en el «temor o tabú social»¹⁰². Si bien en la exposición de motivos no se ofrece evidencia empírica que demuestre este hecho, no parece descabellado presagiar graves daños a la salud o deformaciones (como se plantea respecto a la modificación genética de una célula de la línea germinal humana del § 5 Ap. 1 ESchG)¹⁰³, sobre todo si se toman en consideración las experiencias procedentes de la clonación de animales¹⁰⁴, donde las serias malformaciones en los animales clonados son muy frecuentes¹⁰⁵.

Ahora bien, incluso si se les concediese a estas afirmaciones el beneficio de la duda (no debe pasarse por alto que estas afirmaciones en el campo de la clonación están menos avaladas científicamente que respecto a la edición genética), no debería obviarse la pregunta sobre la necesidad de la intervención del Derecho penal. Como afirma correctamente *Feinberg*¹⁰⁶, una criminaliza-

⁹⁹ ESchG-Exposición de Motivos, BT-Drs.11/5460, de 25 de octubre de 1989, pp. 11 s.

¹⁰⁰ Cfr. VALENZUELA, Rev. Med. Chile (133) 2005, p. 1075 (1077 ss.); PRIETO GONZÁLEZ, AB 2007, p. 223 (225).

¹⁰¹ Incluso esta comprensión podría verse enriquecida a partir del aporte de la perspectiva ofrecida por Joerden, consistente en reconocer los derechos subjetivos del ser original y del clon, cfr. JOERDEN, JRE 1999, p. 79 (83 ss.).

¹⁰² Consideran que la prohibición penal de la clonación estaría sustentada en el mero «temor social» o en la necesidad de mantener un tabú, MIRÓ LLINARES, REPCPC 2015, p. 1 (5); JOERDEN, JRE 1999, p. 79 (80).

¹⁰³ WESCHKA, Präimplantationsdiagnostik, Stammzellforschung und therapeutisches Klonen: Status und Schutz des menschlichen Embryos vor den Herausforderungen der modernen Biomedizin, 2010, pp. 228 s.

¹⁰⁴ De hecho, el reporte de 1999 «Cloning Human Beings», elaborado por el *National Bioethics Advisory Commission* de los EEUU, consideraba a la clonación objetable desde el punto de vista científico y ético por los riesgos para la salud de las personas clonadas, en atención a los problemas que se habían observado en la clonación de animales (pp. 16 ss.) (https://www.rand.org/pubs/monograph_reports/MR1099z0.html, última consulta 12 de junio de 2023).

¹⁰⁵ El Grupo Europeo de Ética (EGE) ha advertido de los problemas de salud que padecen los animales clonados en su decisión de 16 de enero de 2008.

¹⁰⁶ FEINBERG, *The moral limits of the criminal Law. Harmless Wrongdoing*, 1990, p. xix.

ción no sólo resulta moralmente aceptable cuando tiene el objetivo de evitar un daño, sino también cuando recién se llega al Derecho penal tras haber fallado instancias preventivas menos costosas. En mi opinión, claramente no se cumple este requisito respecto a la clonación¹⁰⁷, pues tratándose de una actividad puramente experimental e infrecuente y donde los incentivos para invertir recursos en estos desarrollos tecnológicos son bajos, bastaría con establecer regulaciones o prohibiciones en instancias previas al Derecho penal¹⁰⁸.

En resumen, salvo en aquellos casos en los que existen sólidas razones como para temer que la manipulación genética tendrá efectos perjudiciales en la salud de las personas, gran parte de los tipos relacionados a la reproducción asistida y los delitos genéticos buscan meramente la conservación de un tabú. Esto no implica negar que sean prácticas éticamente objetables ni menos aún que haya que fomentarlas desde el Estado. Un Estado liberal no debe fomentar *nada*, sino únicamente preocuparse por evitar el daño de los derechos *individuales* de cada ciudadano y de que, en caso de ser lesionados, la persona responsable sea sancionada. A ello puede llegarse mediante instancias extra-penales¹⁰⁹. En cambio, para resguardar la moral social o la sensibilidad de ciertos sectores sociales existen otras instancias no estatales de control social como la religión.

¹⁰⁷ De otra opinión, BERMEJO/PALERMO, en: Cuestiones actuales (nota 12), 2017, p. 145 (166 s.).

¹⁰⁸ Si bien aquí se aboga por la descriminalización del delito de clonación, OPPER, Das Verbot der präkonzeptionellen Geschlechtswahl (nota 88), pp. 52 s. apoya la necesidad de una revisión de la decisión de llevar *toda* la legislación sobre medicina reproductiva fuera del Derecho penal.

¹⁰⁹ Por ejemplo, destacan el valor de las medidas del Derecho civil para disuadir la manipulación genética NENON/STEVENS, JRE 2002, p. 47 (53 ss.).

EL EMBRIÓN EN EL DERECHO PENAL *

LAURA NEUMANN **
HELMUT SATZGER ***
NADIM SARFRAZ ****

El Derecho penal alemán otorga protección a la vida ya en la fase prenatal e incluso en la fase previa a la nidación, es decir, antes de la implantación del óvulo humano fecundado en el endometrio. El presente artículo está dedicado a la protección penal en esta fase temprana del desarrollo de la vida humana. Constituye, pues, el preludio lógico de este volumen de conferencias, en el que se examinan, una tras otra, las fases de desarrollo de la vida humana como objeto de regulación penal.

I. PROTECCIÓN PENAL DE LA VIDA EN LA FASE PREVIA A LA NIDACIÓN

En Alemania, la protección penal de la vida en la fase previa a la nidación está garantizada principalmente por la ESchG, que regula los límites del uso de la fecundación *in vitro* y la ingeniería genética en relación con la vida humana futura.

Al hacerlo, se enfrenta a complejas situaciones conflictivas de carácter constitucional. En concreto, la ESchG se encuentra en una relación de tensión,

* Traducción revisada por Juan Pablo Montiel.

** Profesora de la Universidad de Mannheim.

*** Profesor de la Universidad de Múnich.

**** Asistente científico de la Universidad de Múnich.

por un lado, entre la dignidad humana y la protección de la vida¹, y, por el otro, la necesidad de obtener conocimientos científicos y los derechos reproductivos² constitucionalmente garantizados³. Suele darse prioridad a la dignidad y a la vida y, por ello, se imponen límites a numerosas técnicas de reproducción artificial mediante normas de prohibición penalmente reforzadas.

La CEDH, que entró en vigor el 1 de enero de 1991, se encuentra a menudo en una carrera desigual con la moderna medicina reproductiva y la biomedicina, las que tienen un desarrollo dinámico. Hoy en día, parece haber sido superada por el progreso médico en varios aspectos, razón por la cual en la ciencia jurídica se plantea cada vez más la cuestión de su legitimidad⁴ y se pide una nueva regulación⁵.

Ante la posibilidad de una nueva regulación, la ESchG, en tanto Derecho penal accesorio, debe medirse en relación a la función de *ultima ratio* del Derecho penal. En vista de ello, el presente artículo se limita básicamente a presentar el objeto de regulación y la finalidad reguladora de la ESchG, así como las complejas situaciones de conflicto constitucional subyacentes (II.). Posteriormente, se prestará atención a la regulación del diagnóstico preimplantacional en los §§ 3, 3a párrafo 1 y 2 de la ESchG (III. A.) y a la modificación artificial de células germinales humanas en el § 5 de la ESchG (C. B.). Sobre esta base, concluiremos abordando al menos la cuestión (IV.) de si la ESchG en su forma actual establece un límite necesario que pone coto al supuesto último paso hacia el «jugar a ser Dios» o si su versión actual no revela más bien un paternalismo anticuado que obstaculiza el progreso.

II. LEY DE PROTECCIÓN DE EMBRIONES

1. Destinatarios de la norma y objeto del reglamento

Como ley principal de la protección de la vida, la ESchG se dirige principalmente a médicos e investigadores. El círculo potencial de autores se limita a ellos. En particular, no se extiende a quienes desean someterse a un proceso de reproducción y hacen uso de servicios reproductivos⁶.

¹ BT-Drucks. 11/5460, pp. 10 ss., 14 ss.

² Sobre el «derecho a la autodeterminación reproductiva», véase KERSTEN, NVWZ 2018, p. 1248 (1249).

³ ULSENHEIMER/GAEDE, en: Ulsenheimer/Gaede (eds.), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6.^a ed. 2021, n.m. 994.

⁴ Véase, por ejemplo, MÜLLER-TERPITZ, en: Spickhoff (ed.), *Medizinrecht*, 4.^a ed. 2022, Vorbermerkung ESchG n.m. 4.

⁵ KERSTEN, NVWZ 2018, p. 1248 (1252).

⁶ Cfr. las causas personales de exclusión de pena, que precisamente no incluyen a médicos e investigadores: Según el § 1 ap. 3 ESchG (véanse las explicaciones más detalladas en BT-Drucks. 11/5460, pp. 9 y ss., 16):

El objeto de los ilícitos de los médicos e investigadores en cuestión y, por tanto, el objeto central de la regulación de la ESchG, es el embrión. El § 8 ap. 1 ESchG define legalmente el embrión como

el óvulo humano ya fecundado, capaz de desarrollarse desde el momento de la fusión nuclear, además de cualquier célula totipotente extraída de un embrión que, si se cumplen las demás condiciones necesarias para ello, sea capaz de dividirse y de desarrollarse hasta convertirse en un individuo.

Esta definición por sí sola es un ejemplo llamativo de que la ESchG se ve desafiada por el progreso científico: a diferencia de la definición de embrión de la StZG⁷, la definición de la ESchG reduce esencialmente el concepto de embrión a un embrión creado por espermatozoide y óvulo, es decir, creado sexualmente (alt. 1). Además, sólo comprende las células totipotentes si se han extraído de un embrión (alt. 2). Sin embargo, desde el punto de vista médico, es posible generar extracorporalmente células totipotentes de forma asexual, especialmente mediante la clonación por transferencia celular⁸. Así pues, hoy en día es muy posible que existan células capaces de desarrollarse en un individuo humano, pero que actualmente no están cubiertas por la ESchG⁹.

2. Delimitación entre la ESchG y los §§ 218 y ss. StGB y la StZG

2.1 §§ 218 y ss. StGB

2.1.1 *El diferente ámbito de aplicación y los diferentes objetos de protección de la ESchG y los §§ 218 y ss. StGB*

Incluso cuando la interpretación del término «embrión» en el marco de la ESchG debe considerarse anticuada en la actualidad según lo que ya se ha

«No es castigada

1. en los casos contemplados en los números 1, 2 y 6 del apartado 1 del [§ 1], la mujer de la que proceda el óvulo o el embrión y la mujer a la que se transfiera el óvulo o se vaya a transferir el embrión, y
2. en los casos a que se refiere [el § 1](1)(7), la madre de alquiler y la persona que se proponga acoger al niño de forma permanente.»

Según el § 4 ap. 2 ESchG, también rige lo siguiente:

«No se impondrá pena alguna en el caso del [§ 4](1)(3) a la mujer en la que se realice la inseminación artificial.»

⁷ Cfr. § 3 N.º 4 StZG: «A efectos de la presente ley [...] ya es embrión toda célula humana totipotente capaz de dividirse y desarrollarse hasta convertirse en un individuo si se cumplen las demás condiciones necesarias para ello».

⁸ MÜLLER-TERPITZ, *Medizinrecht* (nota 4), § 8 ESchG n.m. 1; KERSTEN, *NVwZ* 2018, p. 1248 (1248 s.).

⁹ KERSTEN, *NVwZ* 2018, p. 1248 (1249).

dicho, todavía queda claro cómo debe distinguirse el ámbito de aplicación de la ESchG del de las disposiciones sobre el aborto de los §§ 218 y ss. StGB.

Básicamente, la finalidad tanto de las disposiciones de la ESchG como de los §§ 218 y ss. StGB alemán es garantizar la protección de la vida prenatal. Mientras que el § 218 (1) frase 2 StGB aclara que las disposiciones sobre el aborto sólo despliegan su protección a partir de la nidación, es decir, la implantación del óvulo fecundado en el endometrio, el § 8 (1) ESchG –como se ha visto– se centra en la fusión nuclear. Así pues, el ámbito de aplicación de las prohibiciones y normas de sanción de la ESchG aparece mucho antes que el de los §§ 218 y ss. StGB y comprende exclusivamente la fase previa a la nidación. En consecuencia, sólo el embrión extracorporal *in vitro* es objeto de protección de la ESchG, mientras que los §§ 218 y ss. StGB sirven para proteger el embrión *in vivo* anidado intracorporalmente¹⁰.

2.1.2 *La mayor intensidad de la protección en la primera fase formativa de la vida humana: una contradicción sólo aparente*

Teniendo en cuenta los diferentes ámbitos de aplicación y objetos de protección de la ESchG, por un lado, y de los §§ 218 y ss. StGB, por otro, resulta sorprendente a primera vista que la protección de la vida *a partir a la nidación* concedida por los §§ 218 y ss. StGB sea de menor alcance que la protección fundamentalmente integral del embrión otorgada por la ESchG *antes de la nidación*¹¹. Esto podría ser una contradicción valorativa en la medida en que el embrión posterior a la nidación, como objeto de protección del Derecho penal del aborto, está mucho más cerca de la vida perfecta que el embrión previo a la nidación, en el sentido de la ESchG. Sin embargo, las diferentes intensidades de protección según la ESchG y los §§ 218 y ss. StGB pueden explicarse en última instancia por el hecho de que en la fase posterior a la nidación también deben ser tenidos en consideración los bienes jurídicos y los intereses de la mujer embarazada en la necesaria ponderación de intereses. La situación de colisión que se da en el plano constitucional, que es por tanto más compleja en la fase posterior a la nidación, puede dar lugar en última instancia a un nivel de

¹⁰ Una diferenciación instructiva en *Wörner*, en: Beck (ed.), *Gehört mein Körper noch mir? - Strafgesetzgebung zur Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper in den Lebenswissenschaften*, 1.ª ed. 2012, pp. 320 y ss; MÜLLER-TERPITZ, *Medizinrecht* (nota 4), *Vorbemerkung ESchG n.m.* 5.

¹¹ Cfr. GÜNTHER/TAUPITZ/KAISER, *ESchG*, 2.ª ed. 2014, n.m. 95 ss.

protección del feto menos intenso que el que se concede al embrión en la fase previa a la nidación ¹².

2.2 LEY DE CÉLULAS MADRE

Otra ley que adquiere relevancia en las primeras fases de la protección de la vida humana y de cuyo ámbito de aplicación debe distinguirse en consecuencia el de la ESchG es la Ley de células madre (StZG), promulgada en 2002. Se basa en una laguna regulativa de la ESchG y no se dedica esencialmente al embrión en sí, sino a las células madre embrionarias ¹³. Éstas se obtienen de embriones supernumerarios creados en el curso de una inseminación artificial y se utilizan principalmente con fines de investigación, y se diferencian del embrión, que es el centro de la ESchG, en que no son capaces de desarrollarse hasta convertirse en un individuo humano ¹⁴. La Ley de células madre regula la importación de estas células madre embrionarias y la declara en principio punible.

3. La protección multidimensional de los bienes jurídicos en la ESchG

Es cierto que, según lo anterior, el embrión extracorporal es el factor de conexión central para determinar el ámbito de aplicación de la ESchG. Sin embargo, contrariamente a lo que sugiere el título de la ley, sus disposiciones no sólo pretenden proteger el embrión extracorporal como tal. Más bien conceden una protección multidimensional de los bienes jurídicos en la fase previa a la nidación ¹⁵:

— Sólo en un primer momento –de acuerdo con el título de la ley– deben protegerse los embriones extracorporales realmente humanos como tales en su existencia física y su desarrollo, por ejemplo, haciendo punible la producción

¹² Cfr. MÜLLER-TERPITZ, *Medizinrecht* (nota 4), Vorbemerkung ESchG n.m. 5: «[...] Existen, sin embargo, razones de hecho para los diferentes regímenes de protección en cada caso: allí la protección del embrión extracorporal «no implantado» en una «sobria atmósfera de laboratorio», aquí la protección del embrión o feto «implantado» en el útero de la mujer embarazada. El conflicto del embarazo, que también se caracteriza por una compleja multidimensionalidad (relación con el padre del niño y el entorno social, situación jurídica liberal en los Estados vecinos, paternidad «para toda la vida», etc.), exige por tanto una regulación diferente de la protección de un embrión *in vitro* [...]».

¹³ LAUFS/REHORN, en: Laufs/Kern/Rehorn (eds.), *Handbuch des Arztrechts*, 5.ª ed. 2019, § 130 n.m. 44.

¹⁴ Véanse a este respecto las definiciones de los §§ 3 N.º 1, 2 y N.º 4 StZG, así como el § 8, ap. 1 ESchG.

¹⁵ A este respecto, véase WASSMER, *Medizinstrafrecht*, 1.ª ed. 2022, § 12, n.m. 3; MÜLLER-TERPITZ, *Medizinrecht* (nota 4), Vorbemerkung ESchG, n.m. 1.

de embriones supernumerarios (§ 1 (1) núm. 4 ESchG) o su utilización para fines distintos de la inducción del embarazo (§ 2 (2) ESchG) y, por tanto, en particular para fines de investigación¹⁶.

— Sin embargo, el objetivo también es la protección social del individuo producido extracorporalmente o la garantía del interés superior del niño, por ejemplo, en relación con las «maternidades compartidas» (§ 1 ap. 1, n.º 1 ESchG), la maternidad subrogada (§ 1, ap. 1, n.º 1, 7 ESchG) o las alteraciones del genoma (§ 5 ESchG)¹⁷.

— Además, debe protegerse la salud física de las futuras madres¹⁸, por ejemplo mediante la adopción de recaudos médicos para los tratamientos en el ámbito de la medicina reproductiva (§ 9 ESchG) o mediante la prohibición de transferir más de tres óvulos dentro de un ciclo a una misma mujer para evitar embarazos múltiples (§ 1 ap. 1 n.º 3 ESchG).

— Además, se protege el derecho a la autodeterminación de la futura madre, por ejemplo, castigando la inseminación artificial no consentida o la transferencia de embriones no consentida (véase el § 4, ap. 1, n.º 1, n.º 2 ESchG)¹⁹.

— Por último, la ESchG también protege la autopercepción de la persona y la dignidad humana. A este respecto, pueden citarse como ejemplos las prohibiciones penalmente reforzadas de clonación (§ 6 ESchG)²⁰ o la creación de quimeras e híbridos (§ 7 ESchG)²¹.

4. La compleja situación constitucional de la ESchG: la capacidad de los embriones para ejercer derechos fundamentales y la colisión con los derechos fundamentales de terceros

La dimensión multidimensional de protección de la ESchG descrita anteriormente, así como los intereses y derechos fundamentales de terceros que entran en colisión con los intereses protegidos, dan lugar a una compleja situación desde el punto de vista constitucional.

¹⁶ BT-Drucks, 11/5460, p. 9 ss.

¹⁷ BT-Drucks, 11/5460, p. 7 ss.

¹⁸ BT-Drucks, 11/5460, p. 14.

¹⁹ BT-Drucks, 11/5460, p. 9.

²⁰ BT-Drucks, 11/5460, p. 11.

²¹ BT-Drucks, 11/5460, p. 12.

4.1 LA CAPACIDAD PARA EJERCER DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EMBRIONES PREANIDADOS

Especialmente en relación con las disposiciones de la ESchG, que sirven para proteger al embrión preanidado como tal, se plantea la cuestión de su capacidad para ejercer derechos fundamentales. Según la Tribunal Constitucional Federal Alemán, esta capacidad comienza en todo caso con la nidación. A partir de ese momento es una vida individual que ya está determinada en su identidad genética, es única e inconfundible y se desarrolla como ser humano, por lo que también tiene derecho a la dignidad humana²². Una parte importante de la literatura²³ y también el Comité Central de Ética²⁴ reconocen además al embrión como titular de derechos fundamentales desde el momento de la unión celular, algo por lo que el Tribunal Constitucional Federal obviamente siente al menos cierta simpatía²⁵.

4.2 LA TENSIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE TERCEROS

Sin embargo, el derecho a la vida del embrión (art. 2 párr. 2 frase 1 GG) y la dignidad humana (art. 1 párr. 1 GG) entran en conflicto directo con los derechos fundamentales de terceros. En particular, colisionan con el derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva como manifestación del derecho general de la personalidad (art. 2 párr. 1 en relación con el art. 1 párr. 1 GG)²⁶ y con la libertad científica y de investigación (art. 5 párr. 3 GG). La importancia de esta última se ve reforzada por el deber constitucional del Estado de proteger la vida y la salud de los pacientes que podrían curarse gracias a los avances científicos que pueden alcanzarse mediante la investigación con embriones²⁷.

En la medida en que las normas de la ESchG protegen específicamente la salud de la madre potencial, se añade a la situación de conflicto constitucional

²² Tribunal Constitucional Federal Alemán, NJW 1993, p. 1751 (1752).

²³ Por ejemplo, HILLGRUBER, en: Epping/Hillgruber (ed.), BeckOK-GG, 55.ª ed. 2023, Art. 1 n.m. 4 con ulteriores referencias.

²⁴ Véase la declaración del Comité Central de Ética sobre Investigación con Células Madre, apartado 5, disponible en: https://www.zentrale-ethikkommission.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-Ordner/Zeko/Stammzell.pdf (a 23/06).

²⁵ Véanse las evidencias exhaustivas que existen en el estado actual de la cuestión del Servicio Científico del Bundestag alemán «Der Schutz des ungeborenen Lebens in Deutschland», WD7 - 3000 - 256/18, p. 4.

²⁶ Para más detalles, véase NEUNER, AcP (214) 2014, p. 459; KERSTEN, NVwZ 2018, p. 1248 (1249).

²⁷ Declaración del Comité Central de Ética sobre Investigación con Células Madre, 2002, párr. 4.

su derecho a la autodeterminación, el cual –al igual que el derecho a la autodeterminación reproductiva– parece exagerarse por la ESchG, al menos parcialmente, de una forma paternalista.

4.3 EL POSSIBLE PEOPLE DILEMMA: NORMAS DE PROHIBICIÓN PARA PROTEGER A INDIVIDUOS QUE AÚN NO EXISTEN

Especialmente en relación con las normas de la ESchG, que sirven a la protección de individuos futuros y al bienestar del niño, se plantea la cuestión conocida como el *possible people dilemma*, de si las normas de prohibición pueden legitimarse para la protección de entidades futuras que aún no existen, con la consecuencia de que las personas protegidas por estas prohibiciones ni siquiera han nacido. Se asume predominantemente que esta paradoja no se opone a que se tengan en cuenta los intereses de los seres humanos futuros. Como justificación, se hace referencia al principio de responsabilidad, que también se establece para los futuros seres humanos en la primera frase del preámbulo de la GG. De este principio se deriva la obligación del Estado de tener en cuenta las consecuencias para la dignidad humana, los derechos personales, la vida y la salud de las personas potencialmente creadas por las técnicas de reproducción reguladas²⁸ y, en particular, el bienestar del niño²⁹ a la hora de regular la medicina reproductiva para el futuro. En este sentido, la decisión relativa al clima (*Klimabeschluss*) del Tribunal Constitucional Federal Alemán³⁰ también hizo hincapié en la consideración objetiva de los intereses de las generaciones futuras.

III. LA REGULACIÓN DEL DIAGNÓSTICO PREIMPLANTACIONAL Y LA MODIFICACIÓN DE LAS CÉLULAS GERMINALES EN LA ESCHG

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el problema constitucional al que se enfrenta la ESchG es amplio y complejo. Se plantea de manera específica en relación con cada una de las regulaciones penales de la ESchG, dos de las cuales se examinarán a continuación a modo de ejemplo.

²⁸ KERSTEN, NVwZ 2018, p. 1248 (1250 s.); ARZNER, Die vorgeburtliche Geschlechtswahl, 2021, pp. 285 s.

²⁹ OLG München, NZFam 2017, p. 957 n.m. 30 ss.

³⁰ BVerfGE 157, 30.

1. El diagnóstico preimplantacional

En el diagnóstico genético preimplantacional (DGP) se examinan las células de varios embriones creados por fecundación *in vitro* antes de transferirlos al útero. El resultado del examen se utiliza para decidir qué embrión debe implantarse en el útero³¹. Normalmente, el diagnóstico preimplantacional tiene por objetivo detectar precozmente defectos genéticos inminentes que pueden dar lugar a enfermedades hereditarias graves en caso de existir una predisposición familiar y, una vez examinado el útero, implantar únicamente un embrión no afectado. Esto está ahora permitido, al menos parcialmente, en virtud de la ESchG³². Sin embargo, desde el punto de vista conceptual y metodológico, el diagnóstico preimplantacional no se limita necesariamente a dicho examen³³. Por ejemplo, en la actualidad no es raro que en otros países el embrión a implantar se seleccione —sin indicación médica—³⁴ en función del criterio del sexo esperado³⁵.

1.1 LA CONTROVERTIDA SITUACIÓN JURÍDICA ANTES DE 2011

En el complejo regulatorio de la ESchG el método del diagnóstico preimplantacional destaca en la medida en que no estaba ya regulado en lo funda-

³¹ El diagnóstico *preimplantacional* debe distinguirse del diagnóstico de prefertilización —en el que se examina el óvulo antes de fecundarlo— y del diagnóstico *prenatal*, centrado en el examen del feto (es decir, desde aproximadamente la décima semana de embarazo) antes del nacimiento.

³² Básicamente, según el § 3a, ap. 1 ESchG: «Quien examine genéticamente células de un embrión *in vitro* antes de su transferencia intrauterina (diagnóstico preimplantacional) será castigado con pena de prisión de hasta un año o multa».

Sin embargo, el § 3a, ap. 2 ESchG introduce una causa de justificación: «Si debido a la disposición genética de la mujer de la que procede el óvulo o del hombre del que procede el espermatozoide, o de ambos, existe un alto riesgo de una enfermedad hereditaria grave para su descendencia, no actúa antijurídicamente quien, con el consentimiento escrito de la mujer de la que procede el óvulo, examina genéticamente células del embrión *in vitro* para detectar el riesgo de esta enfermedad antes de la transferencia intrauterina, con el fin de inducir un embarazo, de conformidad con el estado generalmente reconocido de la ciencia y la tecnología médicas. Tampoco es antijurídico que una persona realice un diagnóstico genético preimplantacional con el consentimiento por escrito de la mujer de la que procede el óvulo para detectar daños graves en el embrión que tengan muchas probabilidades de provocar un mortinato o un aborto espontáneo.»

³³ Llama la atención a este respecto la definición (puramente informativa) del Ministerio Federal de Sanidad, véase <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/p/praeimplantationsdiagnostik-Präimplantationsdiagnostik.html> (última visita junio de 2023), que ya vincula conceptualmente el diagnóstico preimplantacional con el examen para detectar «la presencia de determinadas enfermedades», lo que se corresponde con la situación legal en Alemania, pero no refleja en absoluto las formas fácticamente posibles y practicadas del diagnóstico preimplantacional en el extranjero.

³⁴ La selección del sexo puede deberse, en determinadas circunstancias, a enfermedades hereditarias que sólo se presentan de forma específica para cada sexo. En este caso, este tipo de diagnóstico preimplantacional también está legalmente permitido en Alemania según el § 3 p. 2 de la ESchG para la mayoría de dichas enfermedades.

³⁵ Para una visión general internacional de la regulación del diagnóstico genético preimplantacional, véase GEFFROY/ZERRES, *medgen* 2016, p. 320.

mental cuando se promulgó la ley en 1991, sino solo en 2011³⁶. El trasfondo de esto fue una situación jurídica poco clara y, en consecuencia, muy controvertida³⁷, ya que el legislador al menos explícitamente no había regulado el diagnóstico preimplantacional. La aclaración vino de la mano de una sentencia histórica de la 5.^a Sala en lo Penal del Tribunal Supremo Alemán (BGH)³⁸, en la que negó el castigo en virtud de la ESchG, cuando la finalidad del diagnóstico preimplantacional fuera examinar el embrión para detectar enfermedades graves de origen genético.

Anteriormente, algunas fiscalías habían considerado que no era descabellado afirmar la responsabilidad penal de los especialistas en medicina reproductiva, que realizaban diagnósticos preimplantacionales, aunque los exámenes sirvieran exclusivamente para detectar las enfermedades o anomalías hereditarias más graves³⁹. Se hizo referencia al tenor literal del § 1, ap. 1, n.º 2 ESchG⁴⁰, ya que la fecundación *in vitro* realizada antes del diagnóstico preimplantacional se lleva a cabo «con un fin distinto al de lograr un embarazo», es decir, principalmente para examinar el embrión en busca de posibles anomalías hereditarias. Por otra parte, se asumió que el embrión era punible en virtud del § 2, ap. 1 ESchG⁴¹ ya que el diagnóstico preimplantacional constituía una utilización del embrión que tenía una «finalidad distinta a la de su conservación».

1.2 LA HISTÓRICA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIAGNÓSTICOS PREIMPLANTACIONALES

La Sala en lo Penal no estuvo de acuerdo con este dictamen de las fiscalías.

Más bien, en relación con el § 1 (1) n.º 2 ESchG declaró que la inseminación artificial con fines de diagnóstico preimplantacional como «fin intermedio subordinado»⁴² no excluye el fin principal de un embarazo. En la medida en que

³⁶ BGBl. 2011 Parte I N.º 58, p. 2228.

³⁷ MÜLLER-TERPITZ, *Medizinrecht* (nota 4), § 3a ESchG n.m. 2.

³⁸ BGH, NJW 2010, P. 2672.

³⁹ Este fue el caso, por ejemplo, de la fiscalía de Berlín en el caso inicial de la histórica sentencia del BGH de 6 de julio de 2010; véase también la sentencia del juez de cámara de 9 de octubre de 2008 y la sentencia del LG Berlín, 14 de mayo de 2009.

⁴⁰ § 1 (1) N.º 1 ESchG: «Es punible (...) quien emprende la inseminación artificial de un óvulo con cualquier fin que no sea el de lograr el embarazo de la mujer de la que procede el óvulo (...)».

⁴¹ § 2 (1) ESchG: «Toda persona que se deshaga de un embrión humano producido extracorporalmente o de un embrión humano extraído de una mujer antes de que se haya completado su implantación en el útero, o lo enajene, adquiera o utilice con un fin distinto al de su conservación, será castigada con una pena de prisión de hasta tres años o con una multa.»

Véase la sentencia del juez de cámara de 9 de octubre de 2008 (KG, 09.10.2008 – 3 Ws 139/08).

⁴² BGH, NJW 2010, P. 2672 (2673).

la producción del embarazo es el motivo que guía la conducta, resultaría inocua la posterior producción dolosa de la muerte de los embriones defectuosos.

Por lo que respecta al § 2, ap. 1 ESchG, la Sala consideró que ni la extracción de células de un embrión ni su muerte en caso de detección positiva de una enfermedad constituían una «utilización» punible en el sentido de la disposición legal. De lo contrario, la consecuencia absurda e irrazonable habría sido la obligación legal de implantar el embrión afectado, cuyo defecto ya se había detectado en el curso del diagnóstico preimplantacional, cuyo defecto habría permitido un aborto sobre la base de la denominada indicación médico-social, con arreglo al § 218a (2) StGB⁴³. Según este precepto, un aborto puede estar justificado, entre otras cosas, si resulta necesario para evitar el peligro de un deterioro grave del estado de salud mental de la mujer embarazada, peligro que en el caso de la denominada indicación embriopática también puede basarse en la carga esperable por un hijo discapacitado⁴⁴.

El Tribunal Supremo Federal trazó así límites claros a la protección de la vida antes de la nidación como preocupación primordial de la ESchG para tener en cuenta dos intereses contrapuestos de terceros. En concreto, su interpretación de la ESchG sirvió, por un lado, para proteger el interés de quienes están dispuestos a reproducirse de conocer al menos enfermedades graves inminentes de un futuro hijo y, por otro, para proteger el derecho de autodeterminación de la mujer que, en principio, está dispuesta a reproducirse y que no debe ser castigada si no se implanta un embrión afectado genéticamente.

1.3 LA REACCIÓN DEL LEGISLADOR: REGULACIONES DE EXCEPCIÓN EN EL § 3a ESchG

El legislador reaccionó al respecto. En principio, el diagnóstico preimplantacional sigue siendo punible en virtud del § 3a de la ESchG. Sin embargo, ya no es antijurídico en dos constelaciones excepcionales estrictamente definidas, siempre que se cuente con el consentimiento de la mujer afectada dispuesta a la reproducción y se cumplan los estrictos requisitos procedimentales⁴⁵. En particular, el § 3a (2) frase 1 ESchG establece una causa de justificación en los casos en que exista un alto riesgo de una enfermedad hereditaria grave⁴⁶, debido a la

⁴³ BGH, NJW 2010, P. 2672 (2674).

⁴⁴ ESCHELBACH, en: v. Heintschel-Heinegg (ed.), BeckOK-StGB, 57.^a ed. 2023, § 218a n.m. 44.

⁴⁵ Estos van mucho más allá de los requisitos del § 218a StGB.

⁴⁶ «Enfermedades monogénicas y alteraciones cromosómicas, que se distinguen esencialmente de otras enfermedades por una baja esperanza de vida o por la gravedad de la enfermedad y escasa posibilidad de tratamiento.», cfr. BT-Drucks. 17/5451, S. 8.

disposición genética de la madre o el padre⁴⁷. Según el § 3a (2) frase 2 ESchG, la antijuridicidad también se suprime si la finalidad del diagnóstico preimplantacional es determinar si existe un daño grave en el embrión que tenga muchas probabilidades de provocar un mortinato o un aborto espontáneo^{48, 49}.

Al echar un vistazo al derecho al aborto podrían surgir dudas sobre si esta regulación es lo suficientemente amplia en su extensión como para abarcar a las muertes inminentes, los abortos espontáneos y las enfermedades hereditarias. En la práctica, esta regulación permite una interrupción impune del embarazo en el caso de una llamada indicación médico-social, conforme al § 218a (2) StGB, debido a una previsible discapacidad del niño, que no tiene que alcanzar el umbral de una enfermedad grave. Basta con que, según los conocimientos médicos, teniendo en cuenta las condiciones de vida presentes y futuras de la mujer embarazada, el nacimiento del hijo discapacitado cree el peligro de un deterioro grave del estado de salud físico o mental de la propia mujer embarazada y que este peligro no pueda evitarse de ninguna otra forma razonable⁵⁰.

En el contexto de esta autorización de gran alcance para interrumpir un embarazo, la versión restrictiva de las causas de justificación del diagnóstico preimplantacional tiene como consecuencia que las mujeres que desean someterse a un proceso de reproducción asistida pueden verse obligadas a un «embarazo a prueba». En este contexto, los defectos que están por debajo del umbral de una enfermedad grave y que, por tanto, no justifican el diagnóstico preimplantacional, podrían detectarse mediante *diagnósticos prenatales* mucho más intervencionistas y el embarazo podría interrumpirse de nuevo impunemente sobre la base de estos defectos⁵¹.

Parece dudoso que tal procedimiento sea razonable para una mujer dispuesta a la reproducción. Por otra parte, no debe pasar por alto que una amplia

⁴⁷ § 3a, ap. 2, frase 1 ESchG: «Si, debido a la disposición genética de la mujer de la que procede el óvulo o del hombre del que procede el espermatozoide, o de ambos, existe un riesgo elevado de enfermedad hereditaria grave para su descendencia, no actúa antijurídicamente quien, para lograr un embarazo (...), examine genéticamente células del embrión *in vitro* para detectar el riesgo de esta enfermedad antes de la transferencia intrauterina».

⁴⁸ Se produce un aborto espontáneo cuando el embarazo finaliza antes de que el embrión sea viable. Un mortinato es el nacimiento de un feto muerto de al menos 500 gramos de peso al nacer o tras un embarazo de al menos 22 semanas, Cfr. BT-Drucks. 17/5451, S. 10.

⁴⁹ § 3a (2) frase 2 ESchG: Tampoco actúa antijurídicamente quien realice un diagnóstico genético preimplantacional (...) para determinar daños graves en el embrión que tengan altas probabilidades de provocar un mortinato o un aborto espontáneo».

⁵⁰ Cfr. ESCHELBACH, en: BeckOK-StGB (nota 44), § 218a n.m. 24.

⁵¹ De otra opinión, pero no muy convincentemente, BGH NJW 2010, 2672 (2674 *in fine*, así como 2675) en la «sentencia del DGP», donde se reafirma la desaprobación fundamental de la ley contra el aborto a partir de recurrir al paradójico sistema regulatorio de los §§ 218 ss. StGB.

ción del alcance permitido del diagnóstico preimplantacional conlleva el riesgo de permitir una selección eugenésica a gran alcance en una fase temprana, lo que está intrínsecamente asociado a una posible devaluación de las personas con discapacidades en particular.

2. La modificación de las células germinales

La ciencia es ahora capaz de alterar específicamente la información genética de las células que más tarde darán lugar a óvulos y espermatozoides. Esto interfiere en la llamada línea germinal⁵², con el resultado de que los cambios en el ADN producidos por la intervención también se transmiten a la descendencia. Por lo que parece, ya se ha hecho un uso práctico de esta posibilidad inicialmente futurista. En 2018, por ejemplo, parece que nacieron en China dos niños a los que se había hecho resistentes al VIH *in vitro*, eliminando el receptor CCR5⁵³.

2.1 LA PROHIBICIÓN DE LA MODIFICACIÓN ARTIFICIAL DE LA INFORMACIÓN GENÉTICA EN LA LÍNEA GERMINAL

Según la legislación alemana, estas intervenciones están penadas por la ley. En concreto, el § 5 de la ESchG prohíbe la modificación artificial de la información genética de una célula germinal humana que pueda utilizarse para la fecundación (ap. 1), así como el uso de una célula germinal humana con información genética modificada artificialmente para la fecundación (ap. 2).

La intención del legislador al introducir estos preceptos penales no era principalmente criminalizar la «cría de humanos de diseño» sobre la base de una visión de los seres humanos orientada a la dignidad⁵⁴. Más bien, lo consideró necesario para contrarrestar los riesgos asociados al complejo procedimiento de manipulación, que puede dar lugar a efectos secundarios no deseados, los llamados «daños colaterales genéticos» o «efectos *off-target*». Así pues, la prohibición de la manipulación de la línea germinal se derivaba del

⁵² El término célula de la línea germinal se define legalmente en el § 8 (3) ESchG como «todas las células que conducen en una línea celular desde el óvulo fecundado hasta los óvulos y espermatozoides del ser humano resultante, además del óvulo desde la inserción o penetración del espermatozoide hasta la fecundación completada con la unión celular».

⁵³ Cfr. [spiegel.de/gesundheit/diagnose/china-angeblich-genmanipulierte-zwillinge-geboren-a-1240404.html](https://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/china-angeblich-genmanipulierte-zwillinge-geboren-a-1240404.html) (a partir de 06/2023).

⁵⁴ MÜLLER-TERPITZ, Medizinrecht (nota 4), § 5 ESchG n.m. 1.

peligro (concreto) de dañar el genoma del ser vivo resultante y, por tanto –constitucionalmente hablando–, de menoscabar su vida, su integridad física y su dignidad humana.

2.2 ¿LEGITIMACIÓN (CONTINUADA) DE LA PROHIBICIÓN?

Teniendo en cuenta que el desarrollo técnico de los métodos de manipulación de la línea germinal no estaba muy avanzado en aquel momento, eran bastante comprensibles las reservas del legislador sobre su uso y la consiguiente introducción de la prohibición punible de la modificación artificial de las células de la línea germinal humana. Entretanto, sin embargo, se han desarrollado técnicas de cirugía genética casi revolucionarias para la modificación selectiva de células de la línea germinal. Hoy en día, por ejemplo, las modificaciones genéticas pueden llevarse a cabo con la máxima precisión utilizando «tijeras genéticas biológico-moleculares» (método CRISPR/Cas⁵⁵), que minimizan considerablemente el riesgo de daños colaterales involuntarios en el ADN. Por lo tanto, la legitimidad de la prohibición punible de la manipulación de células de la línea germinal, que en el momento de su introducción se basaba en gran medida en el estado aún insuficiente de la investigación en aquel momento, se cuestiona cada vez más en la actualidad a la vista de los rápidos avances de la investigación.

Las reservas sobre su legitimidad permanente son aún más graves si se tiene en cuenta el objetivo real de la investigación sobre la modificación de células germinales. Consiste en liberar a la descendencia de las personas que padecen enfermedades hereditarias de las disposiciones genéticas que las causan. Así pues, a diferencia del diagnóstico preimplantacional, el objetivo de la modificación de células germinales no es descartar un embrión si se detectan defectos hereditarios, sino permitir que el embrión siga desarrollándose –y, por tanto, viviendo– sin el defecto⁵⁶. Sin embargo, si la intención de la «*edición del genoma*» es únicamente la realización de fines médicamente indicados y, en última instancia, curativos, es difícil justificar por qué tales métodos deben contradecir la garantía de la dignidad humana⁵⁷. Justamente,

⁵⁵ Sobre el funcionamiento de estas técnicas EBERBACH, MedR 2016, p. 758 (762 ss.).

⁵⁶ Para los antecedentes, cfr. LAUFS, Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht, 1992, p. 84; está a favor de su permisión JOHN, Die genetische Veränderung des Erbguts menschlicher Embryonen, 2009.

⁵⁷ Generalmente crítico con un recurso argumentativo demasiado rápido a la dignidad humana: DREIER, en: Dreier (ed.), Grundgesetz Kommentar, 3.ª ed. 2013, Art. 1 n.m. 51: La dignidad humana como «puerta de entrada para consideraciones éticas particulares».

cuando la intervención en la línea germinal tiene la finalidad de eliminar enfermedades hereditarias y no, por ejemplo, para cambiar el color de los ojos o del pelo o para supuestamente mejorar otras características generales, basándose en consideraciones estéticas, no puede decirse que la futura vida humana o el ser humano nacido con un genoma alterado queden degradados a un mero objeto⁵⁸.

2.3 RETOS COMPLEJOS PARA EL LEGISLADOR

Con este telón de fondo no es de extrañar que ya haya muchos llamamientos para relajar la estricta prohibición del § 5 ESchG⁵⁹. Sin embargo, tales flexibilizaciones deben hacerse de manera puntual y sólo pueden llevarse a cabo con la máxima cautela. Hay que resolver los problemas más difíciles de relevancia ética. Por ejemplo, ¿cómo distinguir de forma sensata entre modificaciones justificadas y guiadas por criterios médico-terapéuticos y una mera «optimización» de la descendencia? Evidentemente, el legislador se enfrenta una vez más a retos complejos y fundamentales.

IV. CONCLUSIÓN: EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DUDOSO DE REGULACIÓN DE LA MEDICINA REPRODUCTIVA

El frecuente reconocimiento de la capacidad del embrión para ejercer derechos fundamentales *incluso antes de su implantación*⁶⁰ está en todo caso sujeta a reservas en la medida en que implica necesariamente la construcción de una protección *de los bienes jurídicos individuales* del embrión en una fase previa a la nidación y, por tanto, conduce prácticamente al complejo *possible-people-dilemma*. Por ello, es preferible la argumentación que recae sobre un deber objetivo-jurídico del legislador de proteger al embrión pre-nidativo, que incluye la valoración de las consecuencias del desarrollo de la tecnología para la dignidad, la vida y la integridad física en el futuro sobre la base del principio de responsabilidad⁶¹. Este planteamiento está en conso-

⁵⁸ MÜLLER-TERPITZ, *WissR* vol. 54 2021, p. 225 (248 ss.) con mayores referencias; MÜLLER-TERPITZ, *Medizinrecht* (nota 5), art. 1 GG n.m. 5-8.

⁵⁹ Müller-TERPITZ, *Medizinrecht* (nota 4), ESchG § 5 n.m. 1 con mayores referencias.

⁶⁰ Véase el apartado B. IV.1.

⁶¹ Así también KERSTEN, *NVwZ* 2018, p. 1248 (1250).

nancia con la sentencia sobre el clima del BVerG⁶², que otorgó un peso constitucional significativo a las consideraciones *objetivo-jurídicas* (!) relativas a las «generaciones futuras»⁶³ y subraya así la importancia de una regulación legislativa orientada al futuro.

Sin embargo, esto sólo se aplica al *si* de la acción legislativa, no al *cómo*: tan pronto como las posiciones de protección jurídica ya no pueden remontarse a bienes jurídicos individuales subjetivos, aumenta el grado de legitimidad que debe existir para recurrir al Derecho penal como la espada más afilada del Estado. Por lo tanto, parece extremadamente dudoso que sea realmente necesario una intervención del Derecho penal como *ultima ratio* para todas las técnicas reguladas en el ESchG. Estas dudas se ven reforzadas por una mirada al proceso legislativo de la época: esto revela que el recurso al Derecho penal estuvo motivado principalmente por una cuestión de competencia jurídica de la época: el legislador federal simplemente habría carecido de competencia para la regulación no-jurídico-penal, razón por la cual se recurrió al título competencial del Derecho penal⁶⁴. En el fondo, sin embargo, el Derecho penal es, por un lado, demasiado tosco para equilibrar adecuadamente los múltiples intereses y, por otro, demasiado poco dinámico para poder seguir el rápido progreso médico y técnico. Por tanto, la solución a los múltiples problemas de la medicina reproductiva debe buscarse esencialmente fuera del Derecho penal. Sólo el legislador democráticamente legitimado puede regular todas las difíciles y ambivalentes cuestiones que se plantean. El asesoramiento de científicos, médicos y especialistas en ética es ciertamente indispensable, pero la regulación como tal no debe entregarse a ellos.

Por último, toda la verdad incluye la admisión de que, al menos fácticamente, es dudoso que el Derecho nacional pueda seguir limitando los poderosos procedimientos de la medicina reproductiva y la biología genética, que avanzan a pasos agigantados en la competencia científico-técnica y económica

⁶² BVerG 157, 30.

⁶³ *Ibidem*, párr. 146: «[...] Esta obligación intergeneracional de protección es, sin embargo, únicamente de naturaleza jurídico-objetiva, porque las generaciones futuras no son actualmente capaces de ejercer los derechos fundamentales ni en su totalidad ni como suma de las personas individuales que vivan sólo en el futuro.»

⁶⁴ Por tanto, se utilizó el título competencial del art. 74 (1) núm. 1 GG (competencia legislativa concurrente en materia de Derecho penal). Desde 1994, sin embargo, existe competencia legislativa concurrente para «la generación de vida humana asistida médicamente [...]» en el art. 74 (1) núm. 26 GG. Desde entonces, existe la posibilidad de una nueva regulación más allá del Derecho penal, Cfr. WIETERSHEIM, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik / Die neue Regelung zur Präimplantationsdiagnostik, § 3a ESchG, p. 81.

internacional⁶⁵. El «turismo reproductivo»⁶⁶ de personas dispuestas a reproducirse, que hoy ya está en pleno auge, es sólo un ejemplo de la posibilidad fáctica de escapar a un corsé normativo del Derecho nacional que se percibe como demasiado estrecho. En este contexto, resulta indispensable un enfoque regulatorio internacional. Obviamente, esto no reduce la complejidad del problema.

⁶⁵ LAUFS/REHBORN, *Arztrecht* (nota 13), § 130 n.m. 6 ss.

⁶⁶ Véase FERRARETTI/PENNINGS/GIANAROLI ET AL., *Cross-border reproductive care: a phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies*, *Reprod Biomed Online* 2010, p. 20 (261 ss.).

PARTE II

CUESTIONES SELECCIONADAS SOBRE EL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

¿EL MOMENTO DE LA INCIDENCIA COMO CRITERIO DE DEMARCACIÓN ENTRE ABORTO Y HOMICIDIO?

JAVIER CONTESSE SINGH *

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas más arduos y, sin embargo, menos estudiados en la dogmática de los delitos contra la vida es el tratamiento de los así llamados casos de «incidencia prenatal con resultado mortal postnatal»¹. La expresión designa aquella constelación de casos en que la causación de la muerte de un ser humano nacido tiene lugar a través de su expulsión del cuerpo de una mujer embarazada, es decir, a través de la interrupción de su embarazo². Dicha constelación es problemática porque, por un lado, parece haber buenas razones para calificar la conducta como aborto, en tanto el resultado de muerte se produce como consecuencia de la interrupción del em-

* Profesor de la Universidad de Chile.

¹ Véase por todos LÜTTGER, JR 1971, p. 133 (138); *el mismo*, NStZ 1983, p. 481 (482); KAUFMANN, JZ 1971, p. 569 (569) [existe una traducción al español: KAUFMANN, en: *el mismo*, Estudios de derecho penal, 2018, pp. 167-203]; TEPPERWIEN, Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?, 1973, pp. 2 ss.; MERKEL, en: Kindhäuser et. al. (eds.), Strafgesetzbuch Nommos Kommentar, § 218, 4.ª ed. 2013, n.m. 51; FARRÉ TREPAT, ADPCP 1990, p. 337 (338); SILVA SÁNCHEZ, en: Quintero Olivares/Morales Prats (coords.), El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. J. M. Valle Muñiz, 2001, Madrid, p. 759 (761); PEÑARANDA RAMOS, RDPC (11) 2003, p. 165 (228).

² Aquí es necesario clarificar, de entrada, una ambigüedad cuya inadvertencia pudiera oscurecer el análisis: el término «incidencia» suele ser usado para hacer referencia tanto a la acción que, de algún modo u otro, altera el estado del feto provocando la interrupción de su proceso de gestación, como al evento en que consiste dicha alteración. Cuando se lo emplea al interior de la expresión «incidencia prenatal con resultado mortal postnatal», se lo usa en el primer sentido. Cuando se lo emplea al interior de la expresión «momento de la incidencia», se lo usa en el segundo sentido.

barazo. Por otro lado, sin embargo, el resultado consiste en la muerte de un ser humano nacido, lo cual parece hablar a favor de calificar la conducta como homicidio.

Tanto en Alemania como en España, la vía seleccionada por la doctrina mayoritaria para solucionar el problema consiste en negar la calificación a título de homicidio, con base en el argumento de que en el momento en que la acción *incide* sobre el objeto de la acción este no ostenta todavía el estatus de ser humano nacido que exigen el § 212 StGB y el art. 138 CP español, respectivamente³. Este argumento, usualmente tematizado como «criterio del momento de la incidencia»⁴ [*Kriterium des Einwirkungszeitpunkts*], es contrapuesto con el así llamado «criterio del momento del resultado» [*Kriterium des Erfolgszeitpunkts*]⁵. Con arreglo a este último, la calificación de los casos de incidencia prenatal con resultado de muerte postnatal tendría que ser la de homicidio, dado que en el momento del resultado el objeto de la acción es un ser humano nacido. Así, mientras la adopción del criterio del momento de la incidencia conduciría a la afirmación de un delito de aborto, la adopción del criterio del momento del resultado conduciría a la afirmación de un delito de homicidio.

En lo que sigue, se examinará críticamente esta forma de abordar el problema. La tesis que se sostendrá es que el recurso al criterio del momento de la incidencia descansa en premisas teóricamente inconsistentes, cuya explicitación tendría que contribuir, más bien, a poner en evidencia la superioridad teórica del criterio del momento del resultado. Según se verá hacia el final del trabajo, empero, esto último no prejuzga acerca de cuál haya de ser la solución *material* al problema de la calificación típica de los casos de incidencia prenatal con resultado mortal postnatal. Ello depende de consideraciones teleológicas y sistemáticas que exceden el alcance de la disputa entre ambos criterios.

³ En lo que sigue, y con el fin de reducir las variables de análisis, nos centraremos exclusivamente en la regulación del StGB.

⁴ Véase entre otros LÜTTGER, JR 1971, p. 133 (138); *el mismo*, NStZ 1983, p. 481 (483); KAUFMANN, JZ 1971, p. 569 (569); ROXIN, JA 1981, p. 542 (548); KÜPER, GA 2001, p. 514 (518); *el mismo*, ZIS 3/2010, p. 197 (203-204), dando cuenta, no obstante, de las dificultades de fundamentación que enfrenta el criterio. Para una exhaustiva revisión (crítica) de su recepción en la doctrina alemana, MERKEL, en: NK-StGB (nota1), § 218, n.m. 51-59. En España, decididamente a favor de dicho criterio FARRÉ TREPAT, ADPCP 1990, p. 337 (347-351); PEÑARANDA RAMOS, RDPC (11) 2003, p. 165 (238).

⁵ Véase MAURACH, Deutsches Strafrecht. BT, 5.^a ed. 1969, p. 76; TEPPERWIEN, Praenatale Einwirkungen, (nota1), pp. 55 ss., 99 ss., quien relativiza su tesis tratándose de las conductas letales imprudentes, en una línea similar a lo propuesto previamente por Schröder en su informe presentado ante el tribunal estadual de Aquisgrán con ocasión del proceso Contergan; véase también HERZBERG/HERZBERG, JZ (22) 2001, p. 1106 (1109); SILVA SÁNCHEZ, en: El nuevo Derecho penal español (nota1), p. 769.

II. DOS PROPUESTAS DE FUNDAMENTACIÓN DEL CRITERIO DEL MOMENTO DE LA INCIDENCIA

1. ¿El criterio del momento de la incidencia como consecuencia de la estructura típica del aborto?

Una primera propuesta de fundamentación del criterio del momento de la incidencia corresponde a la desarrollada por Lüttger en un importante trabajo publicado en 1971, con ocasión de la sentencia del caso Contergan⁶. En él, junto con abordar la tradicional pregunta por la fijación de la cesura entre el ámbito de protección penal de la vida humana dependiente y aquel correspondiente a la vida humana independiente, Lüttger se ocupa del problema del cambio del estatus del objeto de la acción ocurrido entre el momento de la ejecución de la acción que incide sobre el feto, generalmente a modo de lesión, y el momento del acaecimiento de la muerte de ese individuo tras su nacimiento. Su tesis consiste en que la calificación correcta de estos casos supone entenderlos como casos de aborto, en tanto la acción letal incide en el objeto de la acción en un momento en que este (todavía) ostenta el estatus de feto. Y conforme a la descripción típica del delito de aborto (§ 218 StGB), este sería el estatus típicamente relevante y sería en dicho momento que el mismo habría de resultar ejemplificado por el objeto de la acción⁷.

Lo anterior se seguiría, a su vez, del hecho de que el aborto pueda cometerse tanto dando muerte al feto dentro del vientre materno, *como* causando la muerte del neonato a través de su expulsión del cuerpo de la madre; y esto, con independencia de que la descripción típica se encuentre formulada en términos que no hagan explícita esa posibilidad⁸. A juicio de Lüttger, la reforma de 1943, que eliminó de la descripción legal la distinción entre matar al feto «en el cuerpo de la madre» y matarlo «a través de la interrupción del embarazo», no habría pretendido modificar el alcance del tipo en relación con esta segunda modalidad comisiva⁹. Por eso, pese a que la provocación de la expulsión del feto puede conllevar la muerte del neonato, los casos de incidencia prenatal con resultado de muerte postnatal no serían casos de homicidio, sino de aborto. La relevancia del momento de la incidencia se seguiría, así, de la estructura típica del delito de aborto¹⁰.

⁶ LÜTTGER, JR 1971, p. 133 (136-139); véase también *el mismo*, NSZ 1983, p. 481 (482-483).

⁷ LÜTTGER, JR 1971, p. 133 (138).

⁸ Así, el § 218. 1 de la época: «La mujer que mate al feto o permita que otro lo mate será castigada con la pena de hasta cinco años de prisión.»

⁹ LÜTTGER, JR 1971, p. 133 (138).

¹⁰ LÜTTGER, JR 1971, p. 133 (138).

Así construido, empero, el argumento de Lüttger es claramente falaz. Que, en virtud del alcance de la descripción legal del § 218, una conducta sea subsumible bajo el tipo penal del aborto –en particular, bajo su segunda modalidad comisiva–, no implica que la misma no sea subsumible bajo el tipo penal del homicidio. La inferencia solo sería válida si entre uno y otro tipo penal mediase una relación de incompatibilidad. Pero semejante relación no es ni explicitada, ni menos justificada por Lüttger. Esto hace del argumento un simple *non sequitur*, que, como correctamente ha mostrado Merkel, deriva en una petición de principio, en tanto termina dando por acreditado aquello que debe acreditar, a saber: que los casos en cuestión *no* son casos de homicidio¹¹.

Pero más importante aún es advertir que el argumento socava sus propias condiciones de plausibilidad. Pues con arreglo a la comprensión del aborto que el propio Lüttger avanza, el cambio del estatus del objeto de la acción entre el momento de la incidencia y el del resultado se corresponde ni más ni menos que con un elemento de la descripción típica: el parto, en cuanto evento que determina que el objeto de la acción adquiera el estatus típicamente relevante, es provocado –a modo de «evento intermedio» en la cadena causal– por la misma acción que (luego) produce la muerte del neonato. Esto significa que, para que la descripción que define al aborto bajo su segunda modalidad comisiva se vea realizada, es necesario que el objeto de la acción ostente, de forma sucesiva, dos estatus: el de feto y el de ser humano nacido. Y si esto es así, entonces la pregunta por *el* momento –el de la incidencia o el del resultado– en que el objeto de la acción ha de ejemplificar *el* respectivo estatus normativo típico –feto o ser humano nacido– carece de sentido: ambos momentos son igualmente relevantes, pues ambos estatus deben verse ejemplificados por el objeto de la acción para que esta llegue a ser típica.

De ahí que afirmar, como lo hace Lüttger, que el momento decisivo para la calificación típica de la conducta es el de la incidencia por el mero hecho de que en ese momento el objeto de la acción ostenta el estatus de feto supone privilegiar arbitrariamente una descripción parcial de la conducta abortiva; en particular, una que lo «presenta» como una acción dirigida únicamente contra el feto. Pero esto lleva a que se pierda de vista el aspecto más importante del problema, a saber: que así entendido, el aborto cuenta también como un conducta definida por la producción de la muerte de un ser humano nacido y, por ende, en principio, como un homicidio.

¹¹ MERKEL, en: Strafgesetzbuch (nota 1), § 218, n.m. 56.

2. ¿El criterio del momento de la incidencia como parámetro de interpretación teleológica?

La solución del problema no pasa, entonces, simplemente por establecer que la agresión al feto con resultado mortal postnatal es constitutiva de aborto. Antes bien, lo decisivo tendría que consistir en determinar si esa conducta, pese a tratarse de la producción de la muerte de un ser humano nacido, podría no ser constitutiva de homicidio. Pues solo en caso de que lo sea, cobra relevancia la pregunta sistemática por la relación entre ambos tipos penales¹².

Un argumento en esa línea fue desarrollado tempranamente por Armin Kaufmann en un importante trabajo también dedicado a examinar críticamente la sentencia del caso Contergan¹³. En él, Kaufmann sostiene que la adopción del criterio del momento del resultado, en tanto criterio alternativo al del momento de la incidencia, conduce a que «como consecuencia de incidencias prenatales, el § 222 abarcaría todos los casos mortales después del comienzo del parto; incluso si se produce la muerte durante el parto o poco después, debería castigarse por homicidio culposo –casos clásicos, hasta ahora, de aborto culposo impune–»¹⁴. Como el mismo Kaufmann reconoce, sin embargo, de la formulación legal del § 222, disposición que instituye la punibilidad del homicidio imprudente en el StGB, no es posible extraer concluyentemente un argumento a favor del criterio del momento de la incidencia¹⁵. De ahí que, en su opinión, la solución deba encontrarse en la «interpretación teleológica» del mismo y de los restantes preceptos legales pertinentes (§§ 212 y ss.), en términos tales que incluso «si [el resultado de dicha interpretación] fuera contrario a la inclusión de los perjuicios prenatales, ya no interesaría la compatibilidad con texto y estructura, salvo *sub specie* constitucionalidad»¹⁶.

El núcleo del argumento de Kaufmann radica, así, en la necesidad de neutralizar los efectos perjudiciales que, a su juicio, se seguirían de la aplicación del tipo del homicidio imprudente para la libertad general de acción de la mujer embarazada. Según Kaufmann, que la mujer deba responder por un homicidio imprudente cuando realiza un comportamiento negligente que provoca la interrupción del embarazo y luego la muerte del individuo al exterior de

¹² En igual sentido, MERKEL, en: Strafgesetzbuch (nota 1), § 218, n.m. 57.

¹³ KAUFMANN, JZ 1971, p. 569. [traducción al español: KAUFMANN, en: *el mismo*, Estudios de derecho penal, 2018, pp. 167-203. Las citas en el texto principal corresponden a la versión en español.]

¹⁴ KAUFMANN, JZ 1971, p. 569 (569) [KAUFMANN, Estudios de derecho penal, p. 171]; véase también PEÑARANDA RAMOS, RDPC (11) 2003, p. 165 (233-234).

¹⁵ KAUFMANN, JZ 1971, p. 569 (571): [KAUFMANN, Estudios de derecho penal, p. 180]: «hay que admitir que el texto legal no obliga directamente a que se privilegie el momento de la incidencia».

¹⁶ KAUFMANN, JZ 1971, p. 569 (570). [KAUFMANN, Estudios de derecho penal, p. 176].

su cuerpo, representa una consecuencia que, a la luz de la decisión del legislador de no castigar el aborto imprudente, constituye un claro exceso punitivo¹⁷. Esto, porque el sentido de dicha decisión consistiría precisamente en evitar imponer a la mujer embarazada exigencias de cuidado que, *en razón* de su condición de embarazada, restrinjan aún más su libertad general de acción. Si como consecuencia de la adopción del criterio del momento del resultado dicha decisión legislativa es desconocida, entonces el criterio precedente solo puede ser el del momento de la incidencia. La falta de punibilidad del aborto imprudente generaría, así, un «efecto de cierre» (*Sperrwirkung*) para la punibilidad de estos casos *sub specie* homicidio¹⁸.

Ahora bien, más allá de lo problemática que pueda resultar una estrategia interpretativa que, so pretexto de honrar la voluntad legislativa, se muestra dispuesta a prescindir abiertamente de lo establecido expresamente en la ley¹⁹, el argumento de Kaufmann presenta un defecto estructural. Que la consideración de un eventual exceso de restricción de la libertad general de acción de la mujer embarazada haya de tener relevancia en la determinación del alcance del tipo penal del homicidio *vis-à-vis* el del aborto, parece enteramente razonable. Pero de ello no se sigue que dicha consideración pueda ser vehiculizada a través del recurso a la noción de deberes de cuidado. Pues la calificación de uno o más deberes de cuidado como excesivos es enteramente dependiente de cuáles sean las normas de comportamiento en relación con las cuales estos han de servir como incumbencias orientadas a asegurar la capacidad (futura) de darles seguimiento, y ya en atención al hecho (trivial) de que la punibilidad de la infracción imprudente de cualquier norma de comportamiento es contingente. Si lo que está en juego es el aseguramiento de la capacidad (futura) de dar seguimiento a la prohibición del homicidio, por ejemplo, la postulación de la existencia de deberes de cuidado *a ese respecto* no representará necesariamente un exceso punitivo, precisamente porque el homicidio imprudente es punible. Si

¹⁷ KAUFMANN, JZ 1971, p. 569 (571).

¹⁸ KAUFMANN, JZ 1971, p. 569 (570); véase también PEÑARANDA RAMOS, RDPC (11) 2003, p. 165 (234). Un completo análisis de la noción de «efecto cierre» (*Sperrwirkung*), tanto en el ámbito aquí examinado como en el Derecho penal en general, puede encontrarse en SEILER, *Die Sperrwirkung im Strafrecht*, 2002, pp. 3 ss., 182 ss.

¹⁹ Lo cual resulta suficientemente indicativo, según se mostrará más adelante (*infra* II.3), de que la estrategia, en rigor, no es *interpretativa*, sino *correctiva*, en la medida en que la interpretación de un texto descansa en una premisa metodológica de deferencia hacia el contenido del mismo; o más precisamente: de deferencia hacia la intención semántica del legislador expresada en él. Lo cual vale, desde luego, con prescindencia de que para determinar el alcance de un texto cuyo significado se nos presenta *todavía* como indeterminado pueda ser necesario acudir, ulteriormente, a las intenciones no-semánticas del legislador. Sobre la distinción entre intenciones semánticas y no-semánticas en la interpretación jurídica, véase por todos MOORE, S. Cal. L. Rev. (54) 1981, p. 151 (247-256); *el mismo*, S. Cal. L. Rev. (58) 1985, p. 277 (338-349).

lo que está en juego, en cambio, es el aseguramiento de la capacidad (futura) de dar seguimiento a la prohibición del hurto o a la prohibición de dañar la propiedad ajena, la postulación de la existencia de deberes de cuidado *a ese respecto* necesariamente representará un exceso punitivo, pues, a diferencia del homicidio, el hurto y los daños imprudentes no son punibles²⁰.

De esto se sigue que la consideración de una eventual sobrecarga de deberes de cuidado para los destinatarios de una o más normas de comportamiento no puede fungir como un factor relevante en la decisión *interpretativa* acerca del alcance de una descripción típica *vis-à-vis* otra descripción típica, cuando una de ellas designa una conducta cuya realización imprudente es punible y la otra no. Pues, de otro modo, la argumentación se vuelve irremediabilmente circular. Y esto es justamente lo que sucede con el argumento del «efecto de cierre» de la no-punibilidad del aborto imprudente: que la punición de la producción imprudente de la muerte de un neonato a través de su expulsión del cuerpo de la mujer embarazada constituya una consecuencia no deseada por el legislador y, por ende, punitivamente excesiva, depende, entre otras cosas, de que dicha conducta *no* sea constitutiva de homicidio. Pero que la conducta no es constitutiva de homicidio es precisamente aquello que el argumento del «efecto de cierre» pretende justificar.

III. INTERPRETACIÓN Y SUBSUNCIÓN

La conclusión del examen de las propuestas de Lüttger y Kaufmann puede ser formulada como sigue: la negación de la tipicidad *sub specie* homicidio de los casos de incidencia prenatal con resultado mortal postnatal no puede fundarse simplemente en la afirmación de que la conducta es constitutiva de aborto, ni tampoco en la afirmación de que, de considerársela un homicidio, «se llegaría exactamente al mismo resultado que se obtendría si se declarara la punibilidad del aborto culposo»²¹. Según fuera demostrado, ambas estrategias descansan en razonamientos falaces.

Antes bien, es necesario abordar el problema como uno que concierne estrictamente a la calificación *típica* de una conducta. Y esto significa tener a la vista, al menos, dos cosas: primero, que, en contra de lo sugerido por Lüttger,

²⁰ En efecto, la regla general es la no-punibilidad de la causación imprudente de daños a la propiedad ajena. Las pocas excepciones que conoce el StGB corresponden a variantes calificadas de daños, consistentes, a grandes rasgos, en la alteración o destrucción de infraestructura crítica (§§ 317 inc. 3.º y 319 inc. 4.º).

²¹ KAUFMANN, JZ 1971, p. 569 (571). [KAUFMANN, Estudios de derecho penal, p. 178]

su tratamiento no puede soslayar la posibilidad de que los casos en cuestión puedan satisfacer *más* de un tipo penal a la vez²²; y segundo, que la solución de estos exige, en contra de lo sostenido ahora por Kaufmann, distinguir claramente entre la pregunta por la determinación del contenido de una norma de comportamiento y, por implicación, de la norma de sanción que la refuerza punitivamente, y la pregunta por los criterios de imputación subjetiva de su quebrantamiento²³. La operacionalización de ambas exigencias exige, empero, clarificar algunos presupuestos analíticos del juicio de establecimiento de la tipicidad de una conducta. Y para ello es indispensable comenzar por el esclarecimiento de la relación entre interpretación y subsunción.

1. La ambigüedad sistemática del establecimiento de la tipicidad

La calificación de una conducta como típica, esto es, la afirmación de que la misma satisface un tipo penal, constituye un juicio de subsunción. Esto quiere decir que la tipicidad de una conducta depende de que esta llegue a exhibir, simultáneamente, todas las propiedades que definen el contenido semántico del supuesto de hecho de una norma de sanción, en tanto norma que refuerza punitivamente una norma de comportamiento²⁴. En este sentido, la tipicidad de una conducta constituye una propiedad superveniente: su instanciación depende de la instanciación de un conjunto de otras propiedades que fijan el contenido descriptivo del respectivo tipo penal y que, como tales, subvienen a la primera²⁵.

Dado que dicho contenido está, a su vez, integrado por una descripción que designa una clase de acción, esto es, por una «descripción-de-acción» [*Handlungsbeschreibung*], el hecho de que una conducta sea subsumible bajo un tipo y, en tal medida, sea *típica* significa que la misma ha realizado –en el sentido de haber *hecho-verdadera*– una determinada respectiva descripción-de-acción²⁶.

²² Véase MERKEL, en: NK-StGB (nota1), § 218, n.m. 57, quien correctamente identifica semejante «visión unilateral» (*einseitiger Blick*) como el defecto fundamental de la propuesta de Lüttger.

²³ Para una crítica de la confusión entre ambas preguntas como rasgo distintivo del aparato conceptual del finalismo radical, véase KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 60 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 43 ss.; *el mismo*, REJ (12), 2010, p. 169 (176-178).

²⁴ Sobre la distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción, fundamental BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4.^a ed., 1965, pp. 35 ss., 70, 97; *el mismo*, *Handbuch des Strafrechts*, 1991, pp. 155 ss.; también KINDHÄUSER, *Gefährdung* (nota 23), pp. 29 ss.

²⁵ Sobre el carácter superveniente de la antinormatividad y, por implicación, de la tipicidad, MAÑALICH, *Nötigung* (nota23), pp. 41 ss., con ulteriores referencias.

²⁶ Para la noción de actuar entendida en términos de «hacer-verdadera» una descripción (en contraposición a la de creer en términos de «tener-por-verdadera»), BRANDOM, *Making it Explicit*, 1994, pp. 233 ss., 277 ss.; *el mismo*, *Articulating Reasons*, 2000, p. 158.

La subsunción bajo un tipo penal consiste, entonces, en un juicio por medio del cual se establece que una descripción-de-acción –por ejemplo: «matar a otro»– se ha visto realizada por una conducta, de forma tal que el enunciado cuyo contenido proposicional se corresponde con la formulación oracional de dicha descripción-de-acción –por ejemplo: «Paulina mató a otro»– es verdadero²⁷.

Ahora bien, la subsunción de una conducta bajo una descripción-de-acción debe ser claramente distinguida de la interpretación del texto que constituye el soporte sintáctico de esta última²⁸. A diferencia de la subsunción, la interpretación no consiste en la afirmación de una relación de satisfacción semántica entre una conducta y una descripción-de-acción, sino en la atribución de significado a esta última²⁹. En este sentido, la interpretación exhibe prioridad lógica frente a la subsunción: una conducta solo es subsumible bajo una descripción, si esta es portadora de un determinado significado³⁰.

Dicha prioridad lógica funda, a su vez, el carácter irrestrictamente *intensional* [*intensional*] de toda subsunción: una conducta no es subsumible *tout court*, sino solo en referencia a una determinada descripción-de-acción³¹. Esto significa que, si el texto de descripción-de-acción es alterado de modo tal que también el significado de esta última resulta modificado, el universo de conductas subsumibles bajo la misma –su *extensión*– también se verá correlativamente modificado³². De ahí que la pregunta por la subsunción de una conducta bajo una determinada descripción-de-acción se plantee siempre con base en

²⁷ Sobre la subsunción como relación de «satisfacción semántica», véase MAÑALICH, RCD (44) 2017, p. 461 (475), quien se sirve para ello de la noción *tarskiana* de verdad; véase también, PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3.ª ed. 2014, p. 79.

²⁸ Fundamental al respecto, ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 11.ª ed. 2010, pp. 104-105, 116, 126; *el mismo*, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2.ª ed. 1960, pp. 13 ss., 26; PUPPE, *Kleine Schule* (nota 27), pp. 78 ss.

²⁹ ENGISCH, *Einführung* (nota 28), pp. 115 ss.; PUPPE, *Kleine Schule* (nota 27), p. 117 ss.; véase también MORESO/VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, pp. 147 ss., quienes distinguen, a este respecto, entre un sentido «amplio» y uno «restringido» de interpretación, según si se la concibe simplemente como la operación de atribución de significado a un texto, es decir, con independencia de si se suscita o no una controversia respecto a su significado (sentido amplio de interpretación), o como una operación de atribución de significado a un texto que se presenta como semánticamente indeterminado y, por ende, controvertido (sentido restringido de interpretación).

³⁰ Lo cual exige hacer explícito que la noción de interpretación es ambigua también en otro sentido. Pues con ella se puede designar tanto la *operación* de atribución de significado como el *resultado* de la misma. Se trata, así, de aquella forma de ambigüedad conocida como «ambigüedad proceso/producto»; véase al respecto QUINE, *Word and Object*, 2013, p. 117.

³¹ Al respecto, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 37 ss., 130, en referencia al análisis causal como herramienta de subsunción en los delitos puros de resultado. En general sobre el método de la intensión y la extensión para el análisis de la subsunción, PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, pp. 22 ss.

³² En igual sentido, PUPPE, *Kleine Schule* (nota 27), p. 79. Véase, sin embargo, ENGISCH, *Einführung* (nota 28), p. 105, n. 35, quien favorece una «concepción extensional de subsunción», con arreglo a la cual la aplicación (subsuntiva) de una expresión lingüística a un caso particular no dependería (inmediatamente)

lo que podría denominarse una premisa de «suficiencia de determinación semántica»: toda subsunción descansa en la asunción metodológica de que, en referencia a la conducta de cuya subsunción se trata, el contenido semántico de la respectiva descripción-de-acción se encuentra suficiente, aunque no por ello definitivamente, determinado.

Así concebida, la distinción entre interpretación y subsunción responde, entonces, una determinada comprensión de la relación entre lenguaje y realidad, conforme a la cual es posible distinguir entre preguntas propiamente semánticas o interpretativas y preguntas empíricas, mas sin asumir necesariamente que lenguaje y realidad constituyen dos dominios independientes entre sí. Una primera aproximación a lo que está en juego en esta comprensión puede obtenerse a partir del análisis de un breve pasaje de Quine, contenido en su célebre «Dos dogmas del empirismo», donde se señala:

It is obvious that truth in general depends on both language and extralinguistic fact. The statement «Brutus killed Caesar» would be false if the world had been different in certain ways, but it would be also false if the word «killed» happened rather to have the sense of «begat»³³.

Es importante observar, de entrada, que Quine no pretende postular la existencia de dos «componentes» de la verdad de un enunciado —el «lenguaje» y los «hechos extralingüísticos»—, en referencia a los cuales esta admitiría ser analizada a modo de «descomposición» de su significado. Por el contrario, su intención es llamar la atención acerca del peligro de tratar la distinción entre lenguaje y realidad precisamente como una distinción referida a dos ámbitos que pudiesen ser enteramente separables entre sí. Todo el proyecto de «Dos dogmas del empirismo» consiste, en efecto, en mostrar que la distinción entre cuestiones «puramente» conceptuales y cuestiones «puramente» empíricas, expresada usualmente en la distinción entre enunciados analíticos y enunciados sintéticos, es insostenible (al menos tratándose de los lenguajes naturales)³⁴.

Pero que Quine tenga razón al afirmar que no es posible distinguir *globalmente* entre un dominio estrictamente conceptual o semántico y otro estrictamente empírico o fáctico no implica, desde luego, que no sea posible distin-

de la comparación entre aquella y alguna descripción verdadera del mismo, sino de una comparación entre el caso a subsumir y los casos previamente subsumidos bajo la misma expresión lingüística.

³³ QUINE, PR (60) 1951, p. 20 (34).

³⁴ Proyecto que es luego extendido (y radicalizado) por Davidson, en su denuncia del así llamado «tercer dogma del empirismo», consistente en la asunción del dualismo entre «esquema conceptual» y «contenido empírico». Véase al respecto, DAVIDSON, *Inquiries into Truth and Interpretation*, 2009, pp. 183 ss. Para una recepción matizada del proyecto *quineano*, empero, véase PUTNAM, *Mind, Language and Reality*, pp. 33 ss.

guir, *en relación con* un determinado enunciado descriptivo, entre su dimensión semántica –su contenido proposicional– y la dimensión fáctica a la cual el mismo está referido –su referencia–. Y el punto es que, como lo muestra el ejemplo propuesto por Quine, la verdad de un enunciado tal depende *en igual medida* del modo en que ambas dimensiones se encuentran configuradas, en el sentido de que, si cualquiera de las dos fuese diferente, entonces el valor verdad del enunciado cambiaría.

Esto permite hacer explícita una particularidad que exhibe toda disputa en torno a la verdad de un enunciado subsuntivo. Dada la «doble dependencia» del valor de verdad de un enunciado descriptivo –dependencia respecto de la realidad y dependencia respecto de su significado–, toda controversia subsuntiva es potencialmente ambigua en relación con ambas dimensiones. Una misma controversia subsuntiva puede entenderse como una disputa en torno a cómo se encuentra configurado el fragmento de realidad al cual el enunciado habría de ser aplicado o como una disputa en torno al significado de este último; es decir, como un problema de incertidumbre epistémica o como uno de indeterminación semántica. El problema está en que la identificación del fragmento de realidad de cuya subsunción se trata depende necesariamente de la invocación de enunciados empíricos generales cuyo significado también puede ser objeto de ulterior problematización. Lo cual puede volver especialmente difícil trazar la distinción entre aquello que, en un determinado contexto, cuenta como una disputa propiamente interpretativa o semántica y aquello que cuenta como una disputa empírica o fáctica.

Un conocido ejemplo proveniente de la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán (BGH) puede ilustrar el punto. En el caso en cuestión, el BGH tuvo que ocuparse de la pregunta de si el concepto «planta» incluía también a los hongos, a propósito de la revisión de una decisión de un tribunal de instancia por la que un sujeto acusado por comercializar hongos alucinógenos había sido absuelto del cargo de tráfico de estupefacientes³⁵. La absolución se basó en que el apéndice de la ley de sustancias estupefacientes (BtMG) hacía alusión explícita a las plantas, mas no a los hongos, en circunstancias de que, con posterioridad a la dictación de la ley, la comunidad científica habría arribado al consenso de que los hongos no constituían plantas. El problema que tuvo que enfrentar el BGH concernía, entonces, a la relevancia del cambio de significado de un término –aquí: «planta»–, cuando dicho cambio tiene lugar con

³⁵ BGH, NJW 2007, p. 524. Véase al respecto PUPPE, Kleine Schule, (nota 27), pp. 118 y 119; SCHEFFER, en: FS-Puppe, 2011, pp. 217 ss.; MONTIEL/RAMÍREZ, InDret (1) 2010, p. 1 (5-8).

posterioridad a la entrada en vigencia de la ley que contiene el término cuyo significado ha cambiado.

Pero no es *este* el problema que interesa abordar aquí. Antes bien, lo relevante del ejemplo radica en que la pregunta «¿son los hongos plantas?» es ambigua en el mismo sentido antes indicado. Ella puede ser entendida, en efecto, como una interrogante empírica, en cuyo caso se encontrará referida inmediatamente a los hongos, y en particular a su naturaleza. Una reformulación más precisa de la misma sería entonces: ¿en qué consisten los hongos? ¿Exhiben estos las propiedades que definen al significado del término «planta»? Pero también puede ser entendida como una pregunta semántica, en cuyo caso se encontrará referida al concepto de planta: ¿qué significa «planta»? O más precisamente: ¿cuáles son las propiedades que hacen de un objeto cualquiera una planta, de modo tal que, de ser estas exhibidas por los hongos, estos serían plantas?

Y el punto es que solo en el segundo caso la pregunta da pie a un problema propiamente interpretativo. Pues solo en este caso la controversia se puede zanjar en función de cómo se determine el significado del concepto empleado por el legislador, y ya en el sentido de que, según cómo se encuentre configurada la realidad –aquí: según cómo sean los hongos–, el concepto resultará subsuntivamente aplicable o no. A este respecto, entonces, la prioridad no la tienen las *teorías* sobre la naturaleza de aquello a lo cual el concepto habría de ser aplicado, sino las *directrices interpretativas* de las cuales se sirva el intérprete. Pero, por otro lado, una vez fijado el significado el alcance del concepto conforme a una o más directrices, que el mismo resulte aplicable dependerá, obviamente, de cómo se encuentre configurada la realidad. Y a este respecto, la prioridad la tienen las teorías, no las directrices interpretativas. Dado el carácter intensional de la subsunción, entonces, desde un determinado punto de vista, todo problema de aplicación responde a una decisión interpretativa, pero, desde otro, toda decisión interpretativa está determinada por su aplicación.

2. Condiciones estructurales de satisfacción semántica

Con todo, la conclusión anterior vale exclusivamente para conceptos que designan clases naturales («planta», «hongo», «agua», «oro», etc.)³⁶. Pues solo en relación con estos es posible sostener que los objetos a los cuales ellos se aplican

³⁶ Sobre la semántica de los conceptos que designan clases naturales, fundamental PUTNAM, *Mind* (nota 36), pp. 139 ss.; 215 ss.; en referencia a la teoría de la interpretación jurídica, MOORE, *S. Cal. L. Rev.* (54) 1981, p. 151 (204-208); *el mismo*, *S. Cal. L. Rev.* (58) 1985, p. 277 (322-328). Un ilustrativo panorama de la discusión en RODRÍGUEZ, *Teoría analítica del Derecho*, 2021, pp. 558 ss.

poseen una naturaleza independiente de las convenciones lingüísticas que fijan el significado de los primeros. Tratándose de conceptos que designan clases nominales y funcionales, en cambio, como son la mayoría de los conceptos jurídicos, dicha posibilidad no existe. ¿Qué tipo de indagación empírica cabría realizar para identificar la «naturaleza» de un contrato o de un secuestro?³⁷

La consecuencia que esto tendría para la clarificación del juicio de subsunción en el ámbito jurídico-penal consistiría en que, tratándose de la aplicación de descripciones-de-acción jurídico-penales, los problemas de calificación típica serían siempre –salvando el problema de la prueba de enunciados singulares– problemas conceptuales o semánticos³⁸. El problema está, empero, en que esta conclusión, que en cuanto tal es correcta, podría dar a entender que todo problema de calificación típica es necesariamente un problema interpretativo o, al menos, que todo problema de calificación típica responde *por igual* a un problema interpretativo. Y esto es un error, por dos razones: primero, porque no todo problema de calificación típica se corresponde con un problema de indeterminación semántica y, segundo, porque no todo problema interpretativo se presenta como metodológicamente anterior a la pregunta por la aplicación de la descripción de cuya interpretación se trata.

En efecto, y comenzando por lo segundo, cabe notar que ciertas controversias interpretativas se despliegan de tal manera que la determinación del contenido semántico de la expresión en cuestión resulta inseparable de la elucidación (del modo) de su instanciación o satisfacción. Esto suele pasar inadvertido en la dogmática jurídico-penal, en tanto los problemas interpretativos son usualmente reducidos a preguntas del tipo «¿cuáles son las propiedades que definen el significado del concepto *C*?». Lo cual vale incluso para problemas que suelen surgir con ocasión de la subsunción de un caso particular, como sucede, por ejemplo, con la vaguedad. Pues aquí la cuestión suele plantearse en términos de si las propiedades que exhibe el caso son las mismas que definen el contenido del concepto de cuya aplicación se trata, de modo tal que lo decisivo no es, en definitiva, la instanciación de tales propiedades, sino su especificación³⁹.

El punto, empero, es que no toda forma de indeterminación lingüística se presenta de esta manera. Pues tan indeterminado como el *conjunto* de propiedades que definen el significado de una expresión puede ser el modo en que

³⁷ Véase al respecto MOORE, *Act and Crime*, 1993, p. 192 ss.; también RODRÍGUEZ, *Teoría* (nota 36), p. 612.

³⁸ MOORE, *Act* (nota 37), p. 195.

³⁹ Sobre la vaguedad como problema para la interpretación jurídica, MOORE, *S. Cal. L. Rev.* (54) 1981, p. 151 (193); *el mismo*, *S. Cal. L. Rev.* (58) 1985, p. 277 (307-308); RODRÍGUEZ, *Teoría* (nota 36), pp. 601-606. Para una aproximación general al problema, véase QUINE, *Word* (nota 32), pp. 113-116.

estas se encuentran *relacionadas* entre sí. Como salta a la vista, esta forma de indeterminación excede la identificación de los elementos que componen la intensión de una expresión, en tanto concierne primariamente a la *estructura* en la que estos se ordenan en cuanto elementos ya especificados. Se trata, en tal medida, de un problema propiamente *estructural*, no material. La pregunta que cabe hacerse, ahora bien, es cómo esta forma de indeterminación semántica se vincula con lo mencionado en cuanto a que no todo problema interpretativo se despliega de forma metodológicamente anterior a la subsunción.

Para ello, es necesario observar que la significación semántica que pueden tener algunas de las relaciones estructurales entre los elementos de una descripción-de-acción concierne específicamente al modo en que la respectiva descripción-de-acción puede *llegar a ser satisfecha* por una acción particular⁴⁰. Esto significa que, tratándose de tales relaciones, lo que está en juego en la elucidación del significado de la descripción-de-acción no es (directamente) la caracterización de una clase de acción, sino la clarificación de las condiciones bajo las cuales una acción particular podría *llegar a ser* una acción de esa clase. Es decir: la clarificación de aquellas condiciones bajo las cuales una acción particular puede hacer verdadera una descripción-de-acción en función de la estructura de esta última⁴¹.

Un ejemplo que puede ilustrar el punto es el de los así llamados «delitos de resultado extrínseco», cuyo paradigma es el delito de homicidio⁴². Las descripciones-de-acción que funcionan como supuestos de hecho de las normas de sanción que tipifican tales delitos son causalmente complejas. Una descripción-de-acción causalmente compleja es una descripción-de-acción que especifica un estado cuya producción, destrucción, prevención o preservación constituye el resultado causal de toda acción particular que realiza la respectiva descripción-de-acción⁴³. Es característico, entonces, de una descripción-de-acción tal que la misma pueda resultar satisfecha por una conducta que se despliega como una sucesión de eventos causalmente vinculados y (eventualmente) temporalmente distanciados entre sí, uno de los cuales se corresponde precisamente con el resultado de la acción⁴⁴.

Ahora bien, esto significa que los elementos que componen la respectiva descripción-de-acción podrán verse instanciados en diferentes momentos, según cómo se encuentren relacionados al interior de la descripción (y sin que

⁴⁰ Para la noción de satisfacción semántica, véase *infra* nota 29.

⁴¹ Para la noción de «hacer-verdadera» una descripción-de-acción, véase *infra* nota 28.

⁴² Fundamental al respecto, MAÑALICH, Norma (nota 33), pp. 32 ss., con ulteriores referencias.

⁴³ MAÑALICH, Norma (nota 33), p. 33.

⁴⁴ MAÑALICH, Norma (nota 33), p. 33.

ello comprometa la satisfacción unitaria de esta última)⁴⁵. Pero si esto es así, entonces la elucidación del significado de una descripción-de-acción causalmente compleja exige también la clarificación de las relaciones estructurales que determinan las distintas posibilidades de correlación temporal entre los eventos o estados que sus elementos designan. Así, habrá que determinar, por ejemplo, qué elementos están consecucionalmente vinculados entre sí y cuáles lo están circunstancialmente⁴⁶. Pues según cuál sea la relación que medie entre ellos –una relación consecucional o circunstancial– algunas correlaciones temporales quedarán excluidas, otras deberán concurrir y otras serán puramente contingentes. Y esto es indisoluble del modo en que la respectiva acción particular se despliegue, en tanto lo que define a una acción causalmente compleja es precisamente su dimensión *internamente* temporal⁴⁷.

Como se verá más adelante, esto es (parte de) lo que está en juego en la disputa entre el criterio del momento de la incidencia y el criterio del momento del resultado en los casos de incidencia prenatal con resultado de muerte postnatal. Pues aquí la pregunta central consiste en si acaso la satisfacción de la descripción-de-acción «matar a otro» depende de que el objeto de la acción particular ostente ya en el momento en que esta incide sobre el mismo el estatus requerido por el tipo, o si, más bien, basta con que lo ostente en el momento del resultado. Se trata, así, de una pregunta concerniente a la correlación temporal entre los eventos y estados designados por los elementos que fijan la *intensio* de la descripción-de-acción, cuya relevancia obedece a la irreductible temporalidad de toda acción particular que llegue a satisfacer dicha descripción. Pero antes de abordar este problema, es necesario volver sobre el primer punto antes planteado, relativo a que no todo problema de calificación típica se traduce necesariamente en un problema interpretativo en cuanto problema de indeterminación semántica.

3. Interpretación y corrección

Lo primero a tener en consideración a este respecto es que, al igual que el punto anterior, de su clarificación depende en gran parte que el problema de la

⁴⁵ Pues como apunta MAÑALICH, RCD (44) 2017, p. 461 (476): «la comprobación de la realización del tipo tiene el carácter lógico de un operación binaria, que como tal no resiste cuantificación alguna».

⁴⁶ Sobre la distinción entre consecuencias y circunstancias de la acción, en tanto factores que determinan el carácter complejo de una descripción-de-acción, MOORE, Act (nota 37), pp. 195 ss., con ulteriores referencias. Véase también *infra* IV.1.

⁴⁷ Así, ENGISCH, Vom Weltbild des Juristen, 2.^a ed. 1965, p. 69, quien llama la atención acerca del hecho de que «todo comportamiento humano constituye un constructo temporal».

calificación típica de los casos de incidencia prenatal con resultado mortal postnatal sea abordado adecuadamente. Esto, por cuanto, y según se verá con más detalle a continuación, el criterio del momento de la incidencia no solo admite ser entendido como un criterio referido a las condiciones estructurales de satisfacción de una descripción-de-acción causalmente compleja, sino también como la designación de una *tesis* sobre la inconveniencia de aplicar una determinada descripción-de-acción –aquí: «matar a otro»– a una constelación de casos, a pesar de ser ella subsuntivamente aplicable. En este segundo sentido, el criterio no se despliega en el nivel de la clarificación del significado de una descripción-de-acción, sino más bien en el de la *corrección* de su aplicación a un caso particular⁴⁸.

Cabe recordar a este respecto que la subsunción de una conducta bajo una descripción-de-acción tiene lugar con base en una premisa metodológica de suficiencia de determinación semántica: en relación con el caso particular, el contenido de la descripción-de-acción subsuntivamente aplicable aparece como suficientemente determinado. Esto significa que el carácter subsumible de una conducta constituye el presupuesto lógico también de toda decisión de *no* aplicar una descripción-de-acción, entendida como corrección de su aplicación. En este sentido, la «subsumibilidad» de una conducta representa el contexto *pragmático* en el cual la pregunta por la corrección de la aplicación se vuelve pertinente. Pero si esto es así, entonces una operación de corrección *no* puede contar como una operación interpretativa. Pues para ello sería necesario que, en referencia al caso particular, la descripción-de-acción justamente no contase todavía como suficientemente determinada⁴⁹.

Pese a ello, no es inusual que la corrección de la aplicación de una disposición legal sea tematizada como una forma (más) de interpretación⁵⁰. La particularidad de esta forma de interpretación radicaría en que la operación semántica involucrada en ella consistiría en alterar el contenido de la disposición, de cara a adecuarlo a la finalidad perseguida por el legislador con la formulación de la respectiva disposición legal⁵¹. De ahí que, según cual fuere el senti-

⁴⁸ En relación con el sentido «correctivo» de la decisión de no aplicar una norma subsuntivamente aplicable, RODRÍGUEZ, Teoría (nota 36), p. 611, aunque en referencia a la noción de derrotabilidad –en particular, a la de derrotabilidad de las normas jurídicas– en cuanto designativa de una propiedad (disposicional) de las normas, consistente en que estas pueden no ser aplicadas a un caso al cual, sin embargo, resultan subsuntivamente aplicables, y ya en virtud de razones que trascienden su contenido semántico; véase también RODRÍGUEZ, en: Ferrer/Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements*, 2012, pp. 89 ss.

⁴⁹ Así, RODRÍGUEZ, Teoría (nota 36), p. 611.

⁵⁰ Así, por ejemplo, MORESO/VILAJOSANA, Introducción (nota 29), p. 166, con base en la noción de «interpretación correctora»; en sentido similar, PUPPE, *Kleine Schule* (nota 27), p. 147, quien entiende a la «reducción teleológica», en cuanto corrección del alcance la disposición, como una forma de «interpretación objetivo-teleológica».

⁵¹ PUPPE, *Kleine Schule* (nota 27), p. 146.

do de la modificación, la operación podría ser entendida como una «interpretación extensiva» o «restrictiva»⁵². En este segundo caso, la alteración del contenido se correspondería con lo que conoce como una operación de «reducción teleológica»⁵³.

El problema está en que semejante equiparación entre corrección e interpretación (restrictiva o extensiva) implica negar un presupuesto básico de inteligibilidad de cualquier operación de interpretación, a saber: que aquello que se interpreta –aquí: un texto legal– ejerce algún tipo de autoridad sobre su interpretación⁵⁴. Quien modifica el contenido de un texto, en cambio, *trata* a lo dicho en él *como* algo de lo cual se puede disponer, mostrando con ello que, a su respecto, lo expresado en el texto no ejerce autoridad alguna. De ahí que, con independencia de la legitimidad de una decisión de corrección de la aplicación de una norma legalmente formulada, la pretensión de difuminar la distinción entre interpretación y corrección deba ser resistida.

Con todo, lo crucial consiste en observar que la no-aplicación de una norma a un caso que no exhibe las propiedades que definen el contenido semántico de aquella es cualitativamente distinta de la no-aplicación de una norma a un caso que sí las exhibe, mas en relación con el cual concurren razones que hablan a favor de que la norma no le sea aplicable. Estas últimas pueden concernir, a consideraciones sistemáticas, referidas a la aplicación de otras normas del sistema jurídico, o a consideraciones teleológicas, vinculadas a la o las finalidades que hubiese podido perseguir el legislador al momento de formular la respectiva disposición legal. Sea como sea, lo determinante es que, en ambos casos, se trata de consideraciones que *no* conciernen al contenido semántico de la norma de cuya (no-) aplicación se trata⁵⁵.

IV. UN (PROTO) ESQUEMA DE ANÁLISIS EN DOS NIVELES

Las reflexiones anteriores permiten perfilar lo que podría ser el (mero) esbozo de un esquema de análisis con el cual tendría que ser posible abordar el problema de la calificación típica de los casos de incidencia prenatal con resul-

⁵² Para la distinción entre ambas formas de «interpretación», fundamental ENGISCH, *Einführung* (nota 28) pp. 179 ss.; también LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.^a ed. 1995, p. 174.

⁵³ PUPPE, *Kleine Schule* (nota 27) p. 147.

⁵⁴ Véase al respecto MONTIEL, *InDret* (1) 2017, p. 1 (26). Sobre la dificultad de distinguir, sin embargo, en concreto entre interpretación (*Auslegung*) y creación del Derecho (*Rechtsfortbildung*), ENGISCH, *Einführung* (nota 28), pp. 179.

⁵⁵ Sobre la distinción entre consideraciones sistemáticas y teleológicas, aunque en referencia a la diferenciación entre cánones de *interpretación*, PUPPE, *Kleine Schule* (nota 29), pp. 124 ss., 141 ss.

tado mortal postnatal de forma metodológicamente adecuada. Y esto significa aquí: sin incurrir en las inconsistencias de las propuestas de Lüttger y Kaufmann.

Para ello, el punto de partida radica en la observación de que, si bien el problema concierne en último término a la relación entre el tipo penal del aborto (§ 218) y el tipo penal del homicidio (§ 212), es necesario enfrentarlo abordando diferenciadamente la pregunta por la subsunción de la conducta bajo un tipo penal y su subsunción bajo el otro tipo penal. La razón estriba en que ambas normas de sanción contienen descripciones-de-acción causalmente complejas cuyos alcances dependerán, entre otras cosas, de cómo se zanje la disputa entre el criterio del momento de la incidencia y el criterio del momento del resultado, entendidos como criterios estructurales de satisfacción semántica. Para ello es, entonces, irrelevante el modo en que ambas normas de sanción se encuentren sistemáticamente relacionadas entre sí.

Luego, y solo una vez que lo anterior haya sido esclarecido y no existan dudas sobre la aplicabilidad subsuntiva de ambos tipos penales⁵⁶, cabrá preguntarse si concurren razones que hablen a favor de no aplicar alguno de ellos, a modo de *corrección* de la aplicación. En este nivel, la pregunta por la relación sistemática entre ambos tipos penales no solo es pertinente, sino imprescindible. De ahí que aquí sea importante tener a la vista que, tratándose de toda situación de concurrencia de normas de sanción subsuntivamente aplicables a una misma constelación de casos, la decisión de no aplicar alguna de ellas siempre deberá contemplar la posibilidad de que las razones que la sustenten conciernan a consideraciones de estricta modulación del reproche punitivo, a modo de cuantificación penológica de hechos punibles, propias de la doctrina del concurso aparente; y ya porque la función de esta última consiste precisamente en posibilitar el *desconocimiento* de la concurrencia de dos o más hechos punibles en un contexto de realización múltiple de descripciones típicas, con el fin de dar observancia al principio *ne bis in idem*⁵⁷.

⁵⁶ Situación que, desde luego, no depende solo de la clarificación de las condiciones estructurales de satisfacción semántica en cuanto operación de interpretación «gramatical», sino también (y eventualmente) de ulteriores operaciones de interpretación para las que también pueden resultar pertinentes consideraciones teleológicas y sistemáticas. Como bien apunta Puppe, empero, el recurso a consideraciones de ese tipo será improcedente si, como resultado de la primera operación de interpretación, el contenido de la norma, en cuanto subsuntivamente aplicable al caso particular, llegue a encontrarse suficientemente determinado. PUPPE, *Kleine Schule* (nota 27), p. 163. Aquí cabría agregar, empero, que, en tal caso, el recurso a ese tipo de consideraciones será indicativo de que la operación en cuestión no es una operación de interpretación, sino de corrección.

⁵⁷ Lo cual es, hasta cierto punto, desconocido por Rojas al sindicarlo a la doctrina del concurso ideal como el ámbito de aplicación de dicho principio. Véase ROJAS, en: Maldonado (ed.): *Concurso de delitos: problemas fundamentales*, Valencia, 2021, p. 281. Para la función de «cuantificación penológica» de la doctrina del concurso aparente, fundamental MAÑALICH, *Estudios de fundamentación y determinación de la pena*, 2018, pp. 171 ss.

Así, uno de los defectos del modo en que la doctrina dominante ha abordado el problema de la calificación típica de estos casos radica en la falta de diferenciación de los dos niveles de análisis antes indicados. Un ejemplo lo provee la propuesta de Kaufmann. Según ya fuera sugerido, en ella concurren argumentos de carácter gramatical –la idea de que el criterio del momento del resultado es contrario a la estructura de los delitos de estado–⁵⁸ con argumentos de carácter teleológico –la tesis de que lo determinante son las consecuencias «materiales» que se siguen de la falta de punibilidad del aborto imprudente–⁵⁹. El modo en que lo hacen, sin embargo, no deja en claro si la decisión de no aplicar el § 212 StGB se funda en que este no sería subsuntivamente aplicable (eventualmente también como consecuencia de una interpretación teleológica) o en que sería inconveniente hacerlo en atención a consideraciones que exceden la determinación de su contenido semántico (por ejemplo, el mencionado «efecto de cierre» generado por el § 218). El problema es que esto no pasaría de ser una cuestión teórica o, incluso, estética, si no fuera porque de la correcta diferenciación entre ambos niveles depende el modo en que habrán de ser evaluados los argumentos a favor de una u otra solución.

En efecto, si estamos frente a un problema (interpretativo) de clarificación de las condiciones estructurales de satisfacción semántica de una descripción-de-acción, entonces la solución que se ofrezca será aceptable solo en la medida en que ella sea, al mismo tiempo, generalizable a otros tipos penales cuya descripción-de-acción tenga la misma estructura. Lo cual quiere decir: sin importar cuáles sean los bienes jurídicos protegidos por las respectivas normas de comportamiento o cuáles sean las relaciones sistemáticas en las que tales tipos se encuentren con otras normas del sistema. En este caso, los criterios del momento de la incidencia y del momento del resultado fungirán como criterios estructurales de aplicación general y deberán ser evaluados, por ende, en esos términos.

Si se trata, en cambio, de un problema (correctivo) relativo a la inconveniencia de aplicar uno u otro tipo penal, sea en función de sus respectivos fundamentos materiales, sea en función de las relaciones en que ambos se encuentren entre sí, entonces el mérito de la solución que se adopte dependerá del modo en que la misma logre dar cuenta de los compromisos axiológicos (implícitamente) asumidos por el legislador en la configuración del respectivo sistema de protección penal de la vida humana. Aquí, los criterios del momento de la incidencia y del momento del resultado designarán, más bien, solucio-

⁵⁸ KAUFMANN, JZ 1971, p. 569 (571). [KAUFMANN, Estudios de derecho penal, p. 180]

⁵⁹ KAUFMANN, JZ 1971, p. 569 (570) [KAUFMANN, Estudios de derecho penal, p. 180-181]

nes materiales alternativas, cuya corrección será independiente de la validez que ambos criterios puedan tener en tanto criterios estructurales.

De ahí que, en lo que sigue, sea necesario examinar la plausibilidad de ambos criterios en tanto criterios generales, es decir, como criterios referidos a las condiciones *estructurales* de satisfacción semántica de una descripción-de-acción causalmente compleja, de cara a explicitar los presupuestos sobre los cuales se desarrolla la respectiva disputa *material*.

V. EL CRITERIO DEL MOMENTO DEL RESULTADO COMO CRITERIO ESTRUCTURAL

1. La ejemplificación del estatus del objeto de la acción como circunstancia del resultado

Desde un punto de vista estructural, la pregunta central del problema de la calificación típica de los casos de incidencia prenatal con resultado mortal postnatal admite ser formulada como sigue: ¿obsta el acaecimiento de una modificación del estatus del objeto de la acción entre el momento en que la acción incide en este y el momento en que se produce el resultado a la satisfacción de una descripción-de-acción causalmente compleja, cuando dicha descripción-de-acción no excluye explícitamente semejante modificación? Si la respuesta es afirmativa, entonces el criterio del momento de la incidencia es correcto; si la respuesta es negativa, entonces el criterio correcto es el del momento del resultado.

El punto de partida para articular una respuesta radica en el ya mencionado carácter intensional de la subsunción. Según ya fuera explicado, la satisfacción de una descripción-de-acción por una acción particular depende de que esta llegue a exhibir todas las propiedades que definen el contenido semántico de aquella⁶⁰. Esto significa que, si la descripción-de-acción es causalmente compleja, entonces una acción particular satisfará esta última en la medida en que ella condicione causalmente el resultado bajo las circunstancias definidas por esa misma descripción. Ello exige, a su vez, clarificar el modo en que los elementos que componen la descripción se relacionan entre sí, con base justamente en la diferenciación entre elementos consecucionalmente conectados con la acción y elementos circunstancialmente conectados con esta. Y, a este respecto, la observación fundamental consiste en la siguiente: la ejemplifica-

⁶⁰ Véase *supra* II.1.

ción del estatus que el objeto de la acción ha de exhibir para que el resultado producido sobre el mismo cuente como resultado típico se corresponde con una *circunstancia*, no con una (parte de la) *consecuencia* de la acción. La razón radica en que la ejemplificación del estatus del objeto de la acción no es aquello –ni tampoco *parte* de aquello– que ha de ser causalmente condicionado por la acción para que esta satisfaga la descripción-de-acción, sino algo *en virtud de lo cual* la acción, de llegar a condicionar causalmente el resultado, llegará a satisfacer la respectiva descripción-de-acción⁶¹.

Ahora bien, esto parecería conducir a una conclusión a lo menos sorprendente: tanto el criterio del momento de la incidencia como el del momento del resultado serían, en último término, incorrectos, pues, dado que es definitorio de toda circunstancia que la misma coincida temporalmente con aquello de lo cual es una circunstancia⁶², la ejemplificación del estatus del objeto de la acción *qua* circunstancia de la acción tendría que tener lugar en un momento incluso *anterior* al de la incidencia: precisamente, en el de la acción. Lo sorprendente de esta conclusión se traduciría así en una dosis importante de incomodidad: salvo contadas excepciones, el criterio del momento de la acción no ha sido defendido (abiertamente) por nadie⁶³.

La incomodidad desaparece, empero, una vez que se advierte que el problema se produce porque en la expresión «circunstancia de la acción» el término «acción» es sistemáticamente ambiguo. En efecto, con él se puede hacer referencia tanto al movimiento corporal que condiciona causalmente el resultado, evento que en el debate más especializado suele ser tematizado como «acción básica»⁶⁴, como al estado de cosas «total» en que consiste semejante condicionamiento causal y que incluye, por ende, tanto a la acción básica como al resultado causalmente condicionado por esta. La dificultad obedece, entonces, a que, tratándose de la pregunta por el momento en que ha de resultar

⁶¹ Lo cual vale sin perjuicio de que la modificación en virtud de la cual el objeto de la acción adquiere dicho estatus pueda ser causada por la *misma* acción que condiciona causalmente el resultado, en la medida en que dicha modificación constituya un evento distinto de este último. Esto es lo que sucede, de hecho, en todos los casos de incidencia prenatal con resultado de muerte postnatal, cuando se los contempla bajo el tipo penal del aborto en su segunda modalidad comisiva, esto es: como producción de la muerte de un neonato a través de la interrupción del embarazo. Aquí, la acción que da muerte al neonato *también* provoca el parto, en circunstancias de que es en virtud de este último evento que el resultado de muerte tiene lugar *sobre* un ser humano nacido.

⁶² MOORE, Act (nota 37), pp. 198, 207.

⁶³ Así ya KAUFMANN, JZ 1971, p. 569 (569), quien postula «la irrelevancia, totalmente indiscutida, del momento de la acción» [KAUFMANN, Estudios de derecho penal, p. 170]; véase en igual sentido TEPPERWIEN, Praenatale Einwirkungen (nota 1) p. 46; FARRÉ TREPAT, ADPCP 1990, p. 337 (346). En España, la excepción la representa CUERDA RIEZU, ADPCP 1998, p. 421.

⁶⁴ Fundamental, DANTO, Analytical Philosophy of Action, pp. 28 ss., 51 ss.; también KINDHÄUSER, Intentionale Handlung, 1980, pp. 84 ss.; MAÑALICH, Norma (nota 31), p. 69.

ejemplificado el estatus del objeto de la acción (momento del resultado, de la incidencia o de la acción), el término «acción» es empleado en el primer sentido; tratándose, en cambio, de la distinción entre consecuencias y circunstancias de la acción, el término es empleado en el segundo sentido. Así, al considerarse la ejemplificación del estatus del objeto de la acción como una «circunstancia de la acción», no se está afirmando que ella deba darse ya en el momento en que tiene lugar la acción básica.

Ahora bien, lo que la desambiguación anterior muestra es que, para hacer operativa la noción de circunstancias de la acción, esta requiere ser precisada. Pues nada obsta a que, en referencia al estado de cosas «global» en que consiste el condicionamiento causal del resultado, podamos distinguir entre circunstancias que son (solo) relativas a la acción, entendida esta como acción básica, y circunstancias que son (solo) relativas al resultado causado por dicha acción⁶⁵. De este modo, la distinción entre circunstancias y consecuencias de la acción puede ser enriquecida diferenciándose, al interior de la primera categoría, entre circunstancias bajo las cuales ha de tener lugar la acción básica –que podemos denominar «circunstancias de la acción *stricto sensu*»– y circunstancias bajo las cuales ha de tener lugar el resultado –que podemos llamar «circunstancias del resultado»–. A su vez, ambos tipos de circunstancias pueden ser tematizadas como «circunstancias de la acción *lato sensu*», para distinguir las de las consecuencias de la acción.

Sobre esta base, la pregunta por el momento en que ha de ser ejemplificado el estatus del objeto de la acción se deja formular de manera más precisa: ¿se sigue de la clarificación de las condiciones estructurales de satisfacción de una descripción-de-acción causalmente compleja como «matar a otro» que la ejemplificación del estatus típico del objeto de la acción, en cuanto circunstancia de la acción *lato sensu*, deba tener lugar en un momento anterior al resultado, de modo tal que ella *no* pueda contar como una circunstancia del resultado? Y más específicamente: ¿tendría dicha circunstancia de la acción *lato sensu* que ser además una circunstancia de la acción *stricto sensu*? ¿O al menos una circunstancia (*sui generis*) del evento intermedio que denominamos «incidencia de la acción»?

La respuesta que se sigue de las reflexiones desplegadas hasta aquí es negativa. Con base en el carácter causalmente complejo de una descripción-de-acción como «matar a un ser humano nacido», basta con que la ejecución

⁶⁵ Esto es pasado por alto por Moore, cuando sostiene que es condición necesaria (aunque no suficiente) para que un elemento exhiba el estatus de «circunstancia de la acción» que el mismo se encuentre presente en el momento en que tiene lugar la acción básica. MOORE, Act (nota 37), p. 207.

de la acción particular condicione causalmente el resultado y que este cuente como modificación perjudicial –aquí: como la muerte– de un objeto que, en dicho momento, exhibe el estatus típicamente requerido –aquí: ser humano nacido–, para que la acción pueda ser descrita como producción causal del resultado típico –aquí: como «matar a un ser humano nacido»–. Desde luego, la satisfacción de la descripción-de-acción exige que lo que tenga lugar como consecuencia causal de la acción sea, en todo caso, la muerte de-un-ser-humano-nacido. Es necesario, en otras palabras, que el objeto de la acción ejemplifique el estatus requerido *a más tardar* en el momento del resultado⁶⁶. Pero de ello no se sigue que la ejemplificación del estatus, en cuanto circunstancia de la acción *lato sensu*, deba tener lugar *antes* de dicho momento.

Así, no hay razón alguna que sea relativa al contenido semántico de la respectiva descripción-de-acción para tratar al estatus del objeto de la acción como algo distinto a una circunstancia del resultado. Esto quiere decir, en relación con el problema de la calificación típica de los casos de incidencia prenatal con resultado mortal postnatal, que solo el criterio del momento del resultado constituye un criterio de satisfacción semántica correcto. De lo cual se sigue que los casos de incidencia prenatal con resultado mortal postnatal necesariamente son constitutivos de homicidio⁶⁷.

2. ¿El momento de la incidencia como consecuencia del establecimiento ex ante de la tipicidad?

Ahora bien, no es difícil imaginar la objeción que podría formularse en contra de la conclusión anterior. La conclusión es válida –rezaría la objeción– solo en la medida en que se favorezca una concepción general de la tipicidad, según la cual esta se determina desde una perspectiva *ex post*. Una concepción como esa, sin embargo, sería problemática, en tanto sería insuficientemente sensible a la configuración específica de la situación en la que se encuentra el destinatario de la norma de comportamiento al momento de tener que ajustar su comportamiento a ella. Ello hablaría a favor de adoptar una perspectiva *ex ante* en el establecimiento de la tipicidad, conforme a la cual una conducta es

⁶⁶ Véase, sin embargo, TEPPERWIEN, Praenatale Einwirkungen (nota 1), pp. 63 ss., en referencia al debate sobre la tipicidad de las lesiones fetales que *subsisten* después del parto, a propósito de la decisión del BGH en el caso Contergan.

⁶⁷ El argumento se encuentra embrionariamente presentado en CONTESSE, en: Mañalich (coord.): La ciencia penal en la Universidad de Chile, 2013, pp. 392-401; véase también MAÑALICH, Norma (nota 31), p. 148, n. 190; HERZBERG/HERZBERG, JZ (22) 2001, p. 1106 (1109); en un sentido similar, aunque desde premisas normológicas opuestas, SILVA SÁNCHEZ, en: El nuevo Derecho penal español (nota 1), pp. 768 ss.

típica solo si la misma conlleva, en el momento de su ejecución, un incremento del riesgo de producción del resultado por encima del umbral del riesgo permitido⁶⁸. Bajo una concepción semejante, el criterio del momento del resultado sería inaceptable. Pues para que una conducta llegue a representar un riesgo semejante y, en tal medida, llegue a ser típica, sería necesario que se den circunstancias que hagan pronosticable, ya en el momento de su realización, que el resultado tendrá lugar como consecuencia de la misma. Y a dichas circunstancias pertenecería, entre otras, la ejemplificación del estatus del objeto de la acción⁶⁹.

Nótese, no obstante, que, así formulado, el argumento no solo cuenta como una objeción contra el criterio del momento del resultado, sino además como un argumento a favor del criterio del momento de la acción. Quienes lo esgrimen, sin embargo, lo hacen con el fin de defender el criterio del momento de la incidencia, no el de la acción. Esto es interesante en sus propios términos, por cuanto sugiere algo importante en relación con la solvencia teórica del criterio del momento de la incidencia. Pero no es lo decisivo. Más importante es mostrar que, sea que se la presente a favor del criterio del momento de la incidencia o a favor del momento de la acción, la objeción es improcedente. Y esto por dos razones:

En primer lugar, la concepción general de la tipicidad sobre la cual ella descansa es deficiente. Esta se funda en la creencia de que, porque las normas de comportamiento desempeñan una función prescriptiva, conforme a la cual estas se dirigen a orientar *ex ante* la conducta de sus destinatarios, entonces el contenido de las mismas y, con ello, de las normas de sanción que las refuerzan punitivamente, habría de determinarse también desde una perspectiva *ex ante*⁷⁰. Pero esto es un error, en cuanto supone confundir la función práctica de una norma de comportamiento –su dimensión pragmática– con su contenido –su dimensión semántica–. Y el punto es que el desempeño de la primera es precisamente dependiente de que la segunda sea insensible al punto de vista del destinatario de la norma⁷¹.

⁶⁸ Véase FREUND, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, pp. 93 ss.; también RUDOLPH, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht, 2006, pp. 13 ss.

⁶⁹ En esa dirección, FARRÉ TREPAT, ADPCP 1990, p. 337 (347 ss.); RAMÓN RIBAS, AFDUC 2001, p. 969 (974-975).

⁷⁰ Pues de otro modo, como célebremente observara por Wittgenstein en el § 202 de las Investigaciones Filosóficas, «creer seguir la regla sería lo mismo que seguir la regla.» WITTGENSTEIN, Investigaciones filosóficas, 2008, p. 203. Para una detallada crítica a semejante concepción «perspectivista» de las normas, MAÑALICH, RDUCN, 2014, p. 225 (236-237).

⁷¹ MAÑALICH, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 2014, p. 225 (237); véase también, *el mismo*, Revista de Estudios de la Justicia, N.º 12, 2010, p. 169 (172-174).

En segundo lugar, y más importante aún, la objeción es internamente inconsistente. Como correctamente ha mostrado Silva Sánchez, una concepción que entiende el establecimiento de la tipicidad como un juicio *ex ante* no necesita abrazar el criterio del momento de la incidencia⁷². Nada obsta, en efecto, a que en los casos en que la acción incide en el objeto de la acción en un momento en que este todavía no ostenta el estatus requerido por el tipo, el riesgo de producción del resultado exhiba, ya en el momento de la incidencia o incluso en el de la acción, la magnitud necesaria como para ser considerado típicamente relevante. Para ello bastaría con que se den circunstancias que hagan posible pronosticar, con el grado de probabilidad suficiente para superar el umbral del riesgo permitido, que el resultado se producirá, que su acaecimiento será consecuencia del riesgo generado por la conducta y que, al momento de producirse, el objeto de la acción ostentará el estatus exigido por el tipo. Nada de ello depende de que la ejemplificación del estatus del objeto de la acción tenga lugar en el momento en que esta incide sobre el mismo⁷³.

En síntesis, sea que se defienda una perspectiva *ex post* o una perspectiva *ex ante* para el establecimiento de la tipicidad, los casos de incidencia prenatal con resultado mortal postnatal *son* casos de homicidio, en tanto la descripción-de-acción del § 212 es simplemente «matar a otro».

3. El criterio del momento del resultado frente a la aplicación del § 218

Es importante notar, con todo, que lo anterior nada dice todavía acerca de si tales casos son también constitutivos de aborto, ni tampoco si ellos habrían de no ser considerados homicidio por no resultar aplicable el § 212 en virtud de razones ulteriores.

En relación con lo primero, cabe aquí observar que, a diferencia de lo que sucede con la aplicación del § 212, la pregunta por la tipicidad bajo el § 218 se despliega en dos niveles interpretativos distintos: uno que podría considerarse propiamente estructural y otro que podría considerarse material o sustantivo. Esto, pues lo único que se sigue del criterio del momento del resultado *qua* criterio estructural es que, de incluir el tipo penal del aborto una segunda modalidad de comisión consistente en la producción de la muerte de un ser humano nacido a través de su expulsión del cuerpo de la madre, dicha modalidad se verá realizada en los casos de incidencia prenatal con resultado mortal postnatal.

⁷² SILVA SÁNCHEZ, en: El nuevo Derecho penal español (nota 1), p. 769.

⁷³ Silva Sánchez, en: El nuevo Derecho penal español (nota 1), p. 769.

Nada dice dicho criterio acerca de si semejante modalidad comisiva queda comprendía o no en la descripción-de-acción «interrumpir el embarazo» (§ 218). Este problema interpretativo pertenece a un nivel distinto y depende, por ende, de consideraciones interpretativas que trascienden la dimensión estructural⁷⁴.

Pero nótese que si esto vale para el criterio del momento del resultado, entonces también vale para el criterio del momento de la incidencia (ambos entendidos como criterios estructurales). El punto, no obstante, es que, tratándose de este último, el problema no se agota ahí. Pues una modalidad comisiva cuya realización supone que la víctima vea modificado su estatus normativo como consecuencia de la incidencia de la acción letal sobre la misma, que es aquello en lo que consiste la segunda modalidad comisiva del aborto, es *literalmente* incompatible con la exigencia, ínsita a dicho criterio, de que la víctima debe conservar su estatus entre el momento de la incidencia y el del resultado para que la acción llegue a ser típica. Así, en lo tocante a la segunda modalidad del tipo penal del aborto, el criterio del momento de la incidencia no solo es improcedente, sino incoherente.

Esta es, en efecto, la contracara de la falacia en la que incurre Lüttger al sostener que el criterio del momento de la incidencia se seguiría de la estructura del tipo penal del aborto. Pues Lüttger está en condiciones de sustentar esta tesis solo a cambio de servirse de la expresión «criterio del momento de la incidencia» en dos sentidos diferentes. Tratándose de la *exclusión* de la tipicidad bajo el tipo penal del homicidio, Lüttger entiende por «criterio del momento de la incidencia» una exigencia de *identidad-de-estatus* entre el momento de la incidencia y el momento del resultado. Tratándose, en cambio, de la *afirmación* de la tipicidad bajo el tipo penal del aborto –o más precisamente: bajo la segunda modalidad comisiva de dicho tipo–, Lüttger entiende por «criterio del momento de la incidencia» una exigencia de *diferencia-de-estatus* entre ambos momentos, dado que aquí la tipicidad de la conducta depende de que el feto sobre el cual incide la acción se *convierta* en ser humano nacido como consecuencia de la acción anteriormente letal. De esta forma, la propuesta de Lüttger es doblemente falaz: ella no solo descansa en un *non sequitur*, sino también en una falacia de equivocación.

En la medida, entonces, en que se acepte que el § 218 contiene la segunda modalidad comisiva antes indicada, los casos de incidencia prenatal con resultado mortal postnatal serán subsumibles tanto bajo el tipo del aborto como bajo el tipo del homicidio. Ello obliga a trasladar la solución del problema

⁷⁴ Véase al respecto LÜTTGER, JR 1971, p. 133 (138), en perspectiva histórica; también KÜPER, ZIS (3) 2010, p. 197 (204).

desde el nivel de la clarificación del contenido semántico de las respectivas descripciones-de-acción al de la identificación de razones de segundo orden que puedan justificar la decisión de *no* aplicar alguna de ellas. Como se vio, esta decisión puede adoptar dos formas: puede presentarse como una operación de reducción teleológica del respectivo tipo penal, sustentada en consideraciones teleológicas referidas a las intenciones (no-semánticas) atribuibles al legislador, o puede presentarse como desconocimiento de una de las dos realizaciones típicas con base en algún criterio de resolución de un concurso aparente. Una propuesta en esta segunda línea ha sido desarrollada últimamente por *Merkel* en su comentario al § 218. Cabe cerrar estas reflexiones con el examen de sus rasgos esenciales.

4. El dilema de los casos de incidencia prenatal con resultado mortal postnatal

Si bien *Merkel* plantea su aproximación como una defensa del criterio del momento de la incidencia, es relativamente claro que su punto de partida metodológico lo representa el criterio del momento del resultado entendido como criterio estructural. Esto se deja inferir del tratamiento que *Merkel* ofrece del siguiente caso ficticio elaborado por *Rolf Herzberg* y *Annika Herzberg*:

Con ocasión de una intervención terapéutica intrauterina, un médico inyecta intencionalmente y por motivos abyectos una dosis de sangre infectada con VIH a un feto; el médico cuenta con que el niño morirá a la edad de cuatro años y que la madre no será infectada, dado que, como él bien sabe, el parto solo podrá tener lugar dentro de tres meses y por cesárea. Todo resulta según lo planeado⁷⁵.

Merkel sostiene que, al favorecer el criterio del momento de la incidencia, la doctrina mayoritaria tendría que negar la calificación de la conducta del médico como homicidio consumado (aquí: como asesinato). En tanto la acción incidió sobre el objeto en un momento en que este no ostentaba el estatus de ser humano nacido, la producción causal de su muerte no puede satisfacer la descripción «matar a un ser humano nacido». Ahora bien, dado que tuvo lugar el nacimiento de un niño viable (que llegó a vivir incluso cuatro años), *Merkel* constata que la conducta tampoco podría ser constitutiva de tentativa de aborto, de lo cual se seguiría, a su vez, que también la calificación a título de aborto consumado quedaría excluida. *Merkel* concluye, así, que el criterio del mo-

⁷⁵ MERKEL, en: NK-StGB (nota 1), § 218, n.m. 57; el caso original se encuentra en HERZBERG/HERZBERG, JZ (22) 2001, p. 1106 (1109).

mento de la incidencia conduce «al extraño resultado de la definitiva ausencia de punibilidad del médico»⁷⁶.

Por otra parte, Merkel es consciente de las dificultades que la asunción irrestricta del criterio del momento del resultado conlleva: «sería igualmente inconsistente –afirma–, sino apenas tolerable, que cada aborto tardío tuviera que ser considerado al mismo tiempo como un delito de homicidio (al menos tentado), ahí donde el autor se represente como consecuencia posible el nacimiento de un niño vivo y su consiguiente muerte. [...] Los médicos que llevan a cabo semejantes abortos están conscientes de dicho riesgo, de modo tal que actúan con una representación fundante de dolo (§ 22)»⁷⁷.

La estrategia de Merkel consiste, entonces, en articular una solución que permita, por una parte, desconocer la calificación a título de homicidio y, por otra, conservar la calificación a título de aborto, en términos tales que la condena exprese satisfactoriamente el injusto específico de la conducta. Y una estrategia como esa, observa Merkel, tendría que partir por reconocer que el fundamento de la solución no puede radicar en el injusto de resultado de la conducta. Pues a este respecto, los casos de incidencia prenatal con resultado mortal postnatal y los casos de homicidio en que no tiene lugar una modificación del estatus del objeto de la acción entre la incidencia y el resultado serían idénticos⁷⁸. La solución tendría que residir, entonces, exclusivamente en el injusto de acción, y ya en atención a la peculiaridad de que la acción que produce la muerte del neonato a través de su expulsión del cuerpo de la madre habría de exhibir *vis-à-vis* la acción que produce la muerte de un ser humano nacido sin interrupción del embarazo. Pero, ¿cuál es cuál es esa peculiaridad?

La respuesta de Merkel es la siguiente: en aquellos casos en que la conducta que interrumpe el embarazo y, por esa vía, produce la muerte del neonato es consentida por la mujer, la acción no solo cuenta como destrucción de la vida de una persona –el neonato–, sino también como superación de una situa-

⁷⁶ MERKEL, en: NK-StGB (nota 1) § 218, n.m. 57. Nótese, empero, que la reconstrucción del caso que hace Merkel no es del todo precisa. Por una parte, su análisis no considera la posibilidad de castigar por tentativa de asesinato, en circunstancias de que nada hay en los hechos del caso que excluya dicha posibilidad. Por otra parte, la negación de la calificación a título de aborto consumado no necesariamente depende de la exclusión previa de una tentativa de aborto; y no solo porque no es claro que la posibilidad de sancionar al médico bajo ese título esté descartada en el caso, sino también porque, al proceder de esa forma, Merkel queda comprometido con la (muy) problemática tesis que entiende la consumación como un caso especial de tentativa. Probablemente, aquí el defensor del criterio del momento de la incidencia negaría el aborto consumado con base en un argumento referido al tiempo transcurrido entre el parto y la muerte, en la línea de lo sostenido históricamente por la jurisprudencia alemana en referencia a la exigencia de inmediatez tras el parto. Sobre esto último, MERKEL, en: NK-StGB (nota 1), § 218, n.m. 72; también PEÑARANDA RAMOS, RDPC (11) 2003, p. 165 (190-193).

⁷⁷ MERKEL, en: NK-StGB (nota 1), § 218, n.m. 58.

⁷⁸ MERKEL, en: NK-StGB (nota 1), § 218, n.m. 60.

ción conflictiva en la que se encuentra otra persona –la mujer embarazada–. Esto, porque, al no querer sobrellevar el embarazo, la mujer se encontraría en una auténtica situación de necesidad y, por ende, vería restringida su libertad general de la acción en un grado superior al que es consustancial a la observancia de la prohibición de matar a otro⁷⁹.

La situación sería, así, equiparable a la del homicidio a requerimiento (§ 216 StGB). Pues en este caso, sostiene Merkel, lo que explica el menor reproche expresado en la pena es el carácter consentido de la conducta homicida, al ser solicitada por quien quiere poner término a su vida. De igual modo, en el caso de la producción de la muerte del neonato por vía de expulsión, lo que explicaría el menor reproche, expresado ahora en el desconocimiento de la calificación a título de homicidio a favor de la calificación a título de aborto, sería el hecho de que la acción letal posibilita la superación de la situación de necesidad en la que se encuentra la mujer embarazada. De esta forma, los casos de producción de la muerte del neonato por medio de la interrupción del embarazo serían auténticos casos de «homicidio, privilegiado»⁸⁰.

Ahora bien, más allá de cuán problemática sea la tesis que ve en el consentimiento de quien requiere la acción homicida el *telos* de la decisión de castigar menos severamente al homicidio a requerimiento⁸¹, lo claro es que la propuesta de Merkel no logra sortear la dificultad que la misma ha identificado. En primer lugar, la analogía con el homicidio a requerimiento no se sostiene. En el homicidio a requerimiento quien consiente la acción homicida es la persona que la padece. En los casos de incidencia prenatal consentida con resultado mortal postnatal, en cambio, quien consiente es un tercero distinto de la víctima. Lo cual conlleva una dificultad axiológica mayor. Pues, ¿con qué razón cabría otorgar un tratamiento punitivo menos severo a la causación de la muerte de una persona que *no* ha consentido en ella, si, conforme a las propias premisas del argumento ofrecido por Merkel, la vida de esta persona tiene *el mismo* valor que la de cualquier otra persona?⁸²

En segundo lugar, Merkel entiende que el factor diferenciador del homicidio a requerimiento frente al homicidio simple –que él ve en el consentimiento de quien requiere la acción homicida– residiría en el respectivo injusto de ac-

⁷⁹ MERKEL, en: NK-StGB (nota 1), § 218, n.m. 63.

⁸⁰ MERKEL, en: NK-StGB (nota 1), § 218, n.m. 60.

⁸¹ Lo cual desconoce que la decisión subyacente a la tipificación del homicidio a requerimiento bajo el § 216 StGB se funda en un principio de paternalismo fuerte, no débil, en tanto la sanción procede incluso ahí donde el requerimiento es «expreso y serio». Sobre el punto, MAÑALICH, Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal chileno, 2020, p. 115.

⁸² Un argumento similar puede verse en HERZBERG/HERZBERG, JZ (22) 2001, p. 1106 (1109), en referencia al criterio jurisprudencial de la inmediatez mencionado *supra* en nota 79.

ción. Con ello pasa por alto, sin embargo, que el consentimiento del ofendido y el injusto de la acción pertenecen a niveles lógicos distintos y que, por ende, el primero en nada compromete al segundo. Esto se deja ver claramente si se pone el foco en alguna figura delictiva en relación con la cual el consentimiento de la víctima pueda tener plena eficacia excluyente del injusto, por ejemplo, alguna forma de lesión corporal leve. Si Merkel tuviera razón y el consentimiento del ofendido comprometiese el injusto de acción, entonces no sería posible explicar por qué quien causa a sabiendas una lesión corporal en otro, sin advertir, empero, que este último ha consentido en ello, deba responder por una tentativa de lesiones corporales. ¿No debería, más bien, excluirse el injusto de acción y, por lo tanto, negar toda responsabilidad? El argumento de Merkel pierde de vista, así, que lo que justifica la punición en un caso como este es precisamente el hecho de que, *pese* a que la conducta ha sido consentida, el injusto de acción de causación dolosa de lesiones corporales permanece intacto⁸³.

Lo que ambas objeciones ponen de manifiesto, empero, es un defecto de fondo de la propuesta de Merkel, a saber: su incapacidad de establecer una conexión (no contingente) entre el hecho de que la conducta que causa la muerte de un ser humano nacido conlleva, a su vez, la interrupción del embarazo y el hecho de que esa misma conducta deba ser castigada de forma menos severa que el homicidio. El problema es que, al no identificar dicha conexión, la propuesta conduce necesariamente a un dilema: si se privilegia la calificación a título de homicidio, entonces la situación de la mujer embarazada no será suficientemente considerada y la pena aparecerá, por ende, como excesiva; si, en cambio, se privilegia la calificación a título de aborto, entonces la situación del neonato no será suficientemente considerada y la pena aparecerá, por ende, como insuficiente.

Esto parece sugerir entonces que, en contra de lo sostenido por Merkel, la solución tendría que encontrarse en nivel del injusto de resultado. Pero es innegable que esta vía parece tan problemática como la anterior: ¿por qué la muerte de un neonato habría de ser menos grave que la de cualquier otro ser humano nacido, por el mero hecho de ser ella el resultado de la interrupción del embarazo? El desafío que representan los casos de incidencia prenatal con resultado mortal postnatal consiste, entonces, en dar respuesta a esta pregunta. Que ella haya sido sistemáticamente soslayada por la doctrina, es consecuencia del influjo que ha tenido el criterio del momento de la incidencia. Permitir que ella pueda ser abordada *en sus propios términos*, es el mérito que cabe atribuir al criterio del momento del resultado.

⁸³ Para el problema de la ignorancia de circunstancias que excluyen el injusto, véase KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10.^a ed. 2021, p. 221.

**PROHIBICIÓN PENAL DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO,
PERO NO DE SU PUBLICIDAD (§ 218 STGB, § 219A STGB
VERSIÓN ANTIGUA) ***

Sobre el desvanecimiento de una desaprobación legal

GLORIA BERGHÄUSER **

Con efectos desde el 19 de julio de 2022, el legislador alemán derogó el § 219a StGB, que contenía la prohibición jurídico-penal de hacer publicidad de la interrupción del embarazo¹. El presente trabajo² estudia los objetivos manifiestos y latentes de dicha prohibición, la cual, por una parte, pretendía proteger la vida del no-nacido frente al peligro abstracto de una «normalización» de su destrucción y, por otra, contribuía a una regulación de compromiso dilatoria sobre la interrupción del embarazo. A continuación, el trabajo rastrea las modificaciones que la prohibición sufrió sucesivamente durante los períodos legislativos decimonoveno y vigésimo. La disposición de equiparar el aborto a otras prestaciones sanitarias y la de afirmar la necesidad de una rehabilitación a causa de las condenas dictadas con base en el § 219a StGB, entre otras cosas, reflejan

* Traducción revisada por Javier Contesse y Juan Pablo Montiel.

** Asistente científico y habilitanda en la Universidad de Erlangen-Núremberg.

¹ Ley de 11 de julio de 2022 (Gaceta de Derecho Federal I p. 1082) por la que se modifica el StGB –derogación de la prohibición de la publicidad del aborto (§ 219a StGB), por la que se modifica la Ley sobre la publicidad de medicamentos, la Ley sobre conflictos en el embarazo, la Ley introductoria al StGB y la Ley sobre la rehabilitación penal de las personas condenadas por actos homosexuales consentidos después del 8 de mayo de 1945. Sobre los fundamentos de la ley, véase BT-Drucks. 20/1635 en la versión según BT-Drucks. 20/2404.

² Dedicado al cand. iur. Fabian Meinberger († 10 de noviembre de 2022), con quien me hubiera gustado discutir el tema de esta contribución (y mucho más).

un cambio de actitud del legislador que afecta no sólo a la publicidad del aborto, sino también al aborto mismo. En relación con esto último, el trabajo traza los primeros esbozos de una posible reaparición de la discusión sobre la relevancia jurídico-penal del aborto en Alemania, la que, sin embargo, sigue requiriendo una toma de posición transparente sobre el valor (¿todavía vigente?) de la vida del nonato, así como sobre el contenido de injusto del aborto.

I. LA PROHIBICIÓN DE LA PUBLICIDAD DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

1. Sobre la finalidad manifiesta del antiguo § 219a StGB

Debido a su inclusión sistemática en la Sección 16.^a del StGB, dentro de los delitos contra la vida, a la antigua prohibición de publicidad del § 219a podía atribuírsele la función de dar apoyo al efecto de prevención general positiva de la prohibición alemana del aborto (§ 218 [1] StGB) mediante su amenaza abstracta de pena. El así consagrado delito de peligro abstracto orientado a la protección de la vida del no-nacido³ aparecía de este modo como un anexo a los §§ 218 y ss. StGB, mediante el cual el legislador garantizaba que la desaprobación jurídica fundamental del aborto no se viera menoscabada por medidas publicitarias⁴.

1.1 LA VALORACIÓN JURÍDICA DEL ABORTO COMO EL MATAR A UNA VIDA HUMANA INDIVIDUAL

Ambas disposiciones –la prohibición del aborto en el § 218 (1) StGB y la consiguiente prohibición de su publicidad en el § 219a StGB (versión

³ Para la comprensión del § 219a StGB (versión antigua) como delito de peligro abstracto respecto a la protección de la vida humana no nacida (opinión dominante), véase una selección de la literatura en los principales comentarios ESER/WEISSER, en: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30.^a ed. 2019, art. 219a, n.m. 1; FISCHER, Strafgesetzbuch, 69.^a ed. 2022, § 219a, n.m. 2 ss.; GROPP/WÖRNER, en: Erb/Schäfer (eds.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. IV, 4.^a ed., 2021, § 219a, n.m. 1; KRÖGER, en: Laufhütte et al. (eds.), Leipziger Kommentar StGB, t. 7/1, 12.^a ed. 2019, § 219a n.m. 1; ROGALL, en: Wolter (ed.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. IV, 9.^a ed. 2017, art. 219a, n.m. 1; SAFFERLING, en: Matt/Renzikowski (eds.), Strafgesetzbuch, 2.^a ed. 2020, art. 219a n.m. 1; con crítica MERKEL, en: Kindhäuser et al. (eds.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 6.^a ed. 2023, §§ 218-219b n.m. 22c. Un crítica detallada y fundada en MITSCH, KriPoZ 2019, p. 214 (215 ss.); FROMMEL, NK 2021, p. 474 (484), destacando no la vida del no-nacido, sino la libertad de elección de la persona embarazada como el bien jurídico protegido por § 219a StGB (versión antigua).

⁴ Expuesto en detalle en BERGHÄUSER, JZ 2018, p. 497 (499 s.); *la misma*, KriPoZ 2018, p. 210 (212 s.); *la misma*, KriPoZ 2019, p. 82 (84); ROGALL, en: FS Merkel, t. 2, 2020, p. 1181 (1193 s.).

antigua)– protegían, por lo tanto, la vida humana no nacida desde el momento de su implantación completa en el cuerpo humano (Cfr. § 218 [1] frase 2 StGB)⁵. Según las especificaciones del Tribunal Constitucional de los años 70 y 90⁶, al embrión humano⁷ debe considerársele una vida individual a partir de ese momento⁸. Como tal, debe participar –así se lee en dichas especificaciones– por derecho propio, es decir, independientemente de la persona embarazada a la que se encuentra conectado, en el contenido objetivo de protección de las garantías de los derechos fundamentales a la vida y la dignidad humana (art. 2 párr. 2 frase 1 GG y art. 1 párr. 1 GG). Y debe ser protegido –según la propia jurisprudencia constitucional– incluso de forma equivalente al ser humano nacido⁹. Tales lineamientos son la razón por la que, desde el punto de vista de su ubicación sistemática, la interrupción del embarazo sigue siendo entendida por el ordenamiento jurídico alemán como la destrucción física de una vida humana individual (es decir, como matar a otro). De *lege lata*, el aborto no es, por lo tanto, una prestación sanitaria estándar que habría de afectar exclusivamente los derechos de la paciente que la consiente, así como tampoco un mero componente de una planificación familiar prospectiva que, en cuanto tal –al igual que diversas medidas anticonceptivas¹⁰– no interferiría en derecho ajeno alguno¹¹.

⁵ En relación con el § 218 StGB, en cada caso con referencia a la implantación en el endometrio, ESER/WEISSER, en: Schönke/Schröder StGB (nota 3), § 218, n.m. 6; GROPP/WÖRNER, en: MüKo-StGB (nota 3), § 218, n.m. 5; KRÖGER, en: LK (nota 3), § 218, n.m. 2. 5; razones para una inclusión más amplia de los embarazos ectópicos (por ejemplo, embarazos tubáricos) en BERGHÄUSER, *Das Ungeborene im Widerspruch. Der symbolische Schutz des menschlichen Lebens in vivo und sein Fortwirken in einer allopoietischen Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft*, 2015, pp. 260 ss. Sobre el § 219a StGB versión antigua véanse ya las referencias en nota 3.

⁶ Véanse las sentencias fundamentales BVerfGE 39, 1 y BVerfGE 88, 203. Para más detalles sobre el concepto del deber de protección, formulado en estas sentencias (véase en particular BVerfGE 39, 1 [41 s.]), cfr. MÜLLER-TERPITZ, *Der Schutz des pränatalen Lebens. Eine verfassungs-, völker- und gemeinschaftsrechtliche Statusbetrachtung an der Schwelle zum biomedizinischen Zeitalter*, 2007, pp. 101 ss.

⁷ Hasta el final de la octava semana de desarrollo desde la concepción, el no-nacido se denomina embrión y, posteriormente, feto; MOORE/PERSAUD/TORCHIA, *Embryology*, 6.^a ed. 2013, p. 2.

⁸ Que el BVerfG ha equiparado con al menos el décimocuarto día tras la concepción, BVerfGE 39, 1 (37).

⁹ Sobre la naturaleza del nivel de protección postulado (independiente, individual, equivalente), cfr. por ejemplo BVerfGE 39, 1 (1 y 36, 59); BVerfGE 88, 203 (203 y 252, 267); cfr. BERGHÄUSER, *Das Ungeborene im Widerspruch* (nota 5), p. 117 ss. con ulteriores referencias; posteriormente, *la misma*, JZ 2018, p. 497 (499).

¹⁰ Véase BERGHÄUSER, *Das Ungeborene im Widerspruch* (nota 5), pp. 683 ss. sobre la anticoncepción que está per se exenta de carácter delictivo; a diferencia de la anticoncepción de nidación, que sólo está exenta de dicho carácter en relación con el § 218, ap. 1, frase 2, StGB.

¹¹ Más detallado ya en BERGHÄUSER, JZ 2018, p. 497 (499); *la misma*, KriPoZ 2018, p. 210 (212 s.); *la misma*, KriPoZ 2019, p. 82 (84).

1.2 EL MANDATO DE GENERAR CONCIENCIA SOBRE EL ABORTO COMO DESTRUCCIÓN DE UNA VIDA HUMANA INDIVIDUAL

Se añade a lo anterior un mandato constitucional no sólo para las leyes penales con una orientación preventivo-general positiva, sino también para todo el ordenamiento jurídico, de generar la conciencia sobre el valor de la vida humana en sus distintos estadios prenatales de desarrollo, así como sobre el injusto fundamental de su destrucción¹². A la luz de estas directrices y del mandato anterior, se explica asimismo que la prohibición de la publicidad, antes contenida en el § 219a StGB¹³, haya podido persistir durante tanto tiempo en una sociedad percibida, en último término, como liberal¹⁴. Se trataba de impedir que el aborto «fuera públicamente presentado y comercializado como algo normal»¹⁵. Más exactamente: se trataba de evitar que el aborto fuese presentado como una prestación sanitaria normal que afectaba exclusivamente a los derechos de la paciente que consentía o que fuese entendido como mero componente de una planificación familiar prospectiva que, como tal, no interfería en derecho ajeno alguno. Una impresión semejante, que socava la conciencia del injusto del aborto (el injusto de matar), podría crearla, por ejemplo, la página web del consultorio de un médico si en ella se mencionara indiferenciadamente al aborto junto con otras prestaciones médicas (que no destruyen una vida humana digna de protección)¹⁶ como parte de los servicios ofrecidos

¹² La segunda sentencia sobre el aborto, por ejemplo, afirma que forma parte del deber de protección dirigido al Poder legislativo que éste debe «mantener y reavivar en la conciencia general la pretensión legal de protección de la vida por nacer»; BVerfGE 88, 203 (204 u. 261); igualmente *ibid.* p. 272, «La desaprobación legal del aborto exigida por la Constitución también debe ser claramente evidente en el sistema legal por debajo de la Constitución»; BVerfGE 39, 1 (53); *ibid.* p. 44; BVerfGE 88, 203 (272 ss.). BERGHÄUSER, *Das Ungeborene im Widerspruch* (nota 5), pp. 124 ss., 245 ss. con ulteriores referencias.

¹³ Para más detalles sobre el origen del § 219a StGB, véase ROGALL, en: FS Merkel, t. 2, 2020, p. 1181 (1186 ss.).

¹⁴ Esto se aplica a pesar de que las sentencias fundamentales BVerfGE 39, 1 y BVerfGE 88, 203 no comentan explícitamente la prohibición de la publicidad de la interrupción del embarazo. La finalidad de tal prohibición de publicidad puede explicarse directamente a raíz de los comentarios del BVerfG sobre la prohibición del aborto; así también KAISER/EIBACH, *medstra* 2018, p. 273 (275).

¹⁵ Material legislativo sobre la 5.^a Ley de Reforma del Derecho Penal (StrRG) de 18 de junio de 1974 (BGBl. I, p. 1297); BT-Drucks. 7/1981, pp. 17 s. Sobre esta finalidad de la ley, véanse también las referencias en los comentarios, citados en la nota 3. Para más detalles sobre la función del § 219a StGB (versión antigua), véanse, por ejemplo, HILLENKAMP, HA 2018, p. 92 (93); BERGHÄUSER, JZ 2018, p. 497 (499 s.); KUBICIEL, *Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Dt. Bundestages am 18 de mayo de 2022*, pp. 3 y 6 m., Puntos II.1 y II.2.a. *in fine*; sobre la diferenciación entre abortos aconsejados e indicados SATZGER, ZfL 2018, p. 22 (23). En la medida en que aquí y en las siguientes referencias se alude a una «toma de posición», ésta se encuentra en <https://kripoz.de/Kategorie/stellungnahmen/schwangerschaftsabbruch-stellungnahmen/> y <https://www.bundestag.de/recht?url> (último acceso el 10 de junio de 2023).

¹⁶ Es decir, sin aclaración sobre la relevancia del aborto en el Derecho penal. Sobre la pertinencia de tal aclaración, cfr. BERGHÄUSER, JZ 2018, p. 497 (502 ss.).

por dicho consultorio¹⁷. Al amenazarse con el castigo de tales formas de presentar al aborto, la prohibición de publicidad del § 219a StGB (versión antigua)¹⁸ pretendía proteger entonces la conciencia jurídica asociada a los §§ 218 y ss. StGB frente a influencias que pudieran «normalizar» el aborto en la percepción social, al equipararlo, por ejemplo, con cualquier otro servicio sanitario. Teniendo en cuenta la muerte que provoca, la interrupción del embarazo no debía percibirse como una simple visita al médico¹⁹.

2. Sobre la finalidad latente del antiguo § 219a StGB

Ahora bien, si se quiere comprender el concepto legal de la protección de la vida del que está por nacer en su totalidad, este objetivo ostensible del antiguo § 219a StGB (transmitir o mantener la conciencia del injusto fundamental del aborto subyacente a los §§ 218 y ss. StGB) no puede ser considerado aisladamente. Existe además un objetivo latente. Éste subyace a los §§ 218 y ss. StGB, en la medida en que en ellos el legislador logró una fórmula de compromiso con carácter dilatorio²⁰, con la cual pudo postergar temporalmente la decisión sobre un conflicto considerado irresoluble (entre la protección del no-nacido y los intereses de la persona embarazada, simbióticamente vinculada a éste). En una solución de compromiso —que aquí sólo puede mencionarse—²¹, la ley, por una parte, proclama (al igual que la jurisprudencia constitucional)

¹⁷ Véase ya BERGHÄUSER, JZ 2018, p. 497 (502); *la misma*, KriPoZ 2018, 210 (213); véase también DUTTGE, medstra 2018, p. 129 (130). De hecho, las ofertas médicas se nombran explícitamente como un caso de aplicación de la disposición en los antecedentes de la discusión legislativa; véase BT-Drucks. 7/1981 (nuevo), p. 17 y ss.; BT-Drucks. 7/1983, pp. 19 ss.

¹⁸ La importancia práctica o criminológica de la antigua prohibición jurídico-penal de la publicidad ha seguido siendo marginal a lo largo de las décadas; GROPP/WÖRNER, en: MüKo-StGB (nota 3), § 219a n.m. 3; SAFFERLING, en: Strafgesetzbuch (nota 3), § 219a n.m. 1; con más detalle GÄRDITZ, ZfL 2018, p. 18 nota 2; Goldbeck, ZfL 2005, p. 102 (105) nota. 2; GOLDBECK, ZfL 2005, p. 102 (105). Si se le quería atribuir un efecto preventivo general positivo, había que vincularlo principalmente a la amenaza general abstracta de pena.

¹⁹ Cfr. (sobre la prohibición del aborto, no de la publicidad) BVerfGE 39, I (44): «Debe evitarse la falsa impresión de que el aborto se trata de un proceso social equivalente, por ejemplo, al ir de al médico para curar una enfermedad o que se trata incluso de una alternativa a la anticoncepción jurídicamente irrelevante».

²⁰ Cfr. el hallazgo de una legislación de compromiso simbólica (contradictoria) ya con respecto al § 218a párr. 1 StGB en la versión de la *Schwangeren- und Familienhilfegesetz* (Ley de ayuda al embarazo y a la familia) de 27 de julio de 1992 en F.-. C. SCHROEDER, ZRP 1992, p. 409 (410); en relación a la situación jurídica actual, véase FISCHER, Strafgesetzbuch, 68.ª ed. 2021, Vor §§ 218-219b n.m. 10a; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD/HOYER/MOMSEN, Strafrecht BT, t. 1, 11.ª ed. 2019, § 6 n.m. 1.

²¹ BERGHÄUSER, Das Ungeborene im Widerspruch (nota 5), especialmente pp. 531 ss. (sobre la indicación médico-social conforme al § 218a, ap. 2 StGB) y pp. 667 ss. (sobre la solución del delito conforme al § 218a, ap. 1 StGB), pp. 805 ss. (solución de compromiso simbólico).

que la interrupción del embarazo es la destrucción una vida humana y que, como tal, está prohibida; pero, por otra parte, admite en el § 218a StGB (de nuevo, al igual que la jurisprudencia constitucional) amplias excepciones a dicha prohibición, cuya amplitud es tal que, en los hechos, la excepción se convierte en la regla (y la prohibición de la interrupción del embarazo en la excepción). De este modo, puntos de vista contrapuestos (por un lado, el de los opositores a una legislación liberal sobre el aborto, por otro, el de sus defensores) se reflejan en la misma ley, la que, de esta forma, ofrece a unos su sistemática y a otros su alcance fáctico con el fin de dar sustento a las posiciones de unos y otros²². En este compromiso, sin embargo, son principalmente las así llamadas excepciones a la prohibición del aborto las que inciden sobre la conciencia social acerca del derecho o el injusto del aborto (en 2022 se produjeron 103.927 abortos impunes en Alemania²³). La prohibición fundamental del aborto, en cambio, sólo puede ser transmitida a través de la sistemática legal de los §§ 218 y ss. StGB y de la amenaza abstracta de pena contenida en estos preceptos²⁴. La brecha que esto abrió entre el efecto público de la prohibición legal, por un lado, y el modo en que las excepciones eran efectivamente experimentadas, por el otro, fue parcialmente ocultada por el antiguo § 219a StGB, el cual, en su calidad de anexo al concepto global de los §§ 218 y ss. StGB, limitó la visibilidad de las excepciones tal como eran efectivamente percibidas, al tiempo que complementó la amenaza legal de sanción del aborto con la correspondiente sanción de su publicidad. De este modo, el antiguo § 219a StGB contribuyó a la reconciliación temporal de posturas opuestas, cuya incidencia pública era disímil y cuya contraposición sólo pudo apaciguarse en la medida en que, con arreglo a las reglas de búsqueda de una solución de compromiso exitosa, cada postura consideraba haber «conseguido el trozo más grande del pastel»²⁵ o al menos haber logrado un acuerdo que les permitiera guardar las apariencias.

²² Recientemente recogido de nuevo en BERGHÄUSER, NJW-Editorial 6/2022, p. 3 (Wankt der Kompromiss?), disponible en <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/wankt-der-kompromiss> (consultado por última vez el 10 de junio de 2023).

²³ Destatis, Statistisches Bundesamt, Statistischer Bericht Schwangerschaftsabbrüche 2022 (publicado el 27 de marzo de 2022), disponible en https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/_inhalt.html#_f6rjma89h (último acceso el 10 de junio de 2023). Más datos estadísticos también en este artículo en nota 77.

²⁴ Sobre la amenaza abstracta-general de pena como elemento preventivo positivo-general decisivo para la legislación sobre el aborto (destinada a producir un efecto), cfr. ya supra nota 18.

²⁵ Cita de un dicho común (a menudo atribuido al ex canciller alemán Ludwig Erhard). Según éste, llegar a un compromiso es «el arte de dividir una tarta de tal manera que todo el mundo piense que le ha tocado el trozo más grande». A falta de una fuente rastreable, la frase se marca aquí como atribuida.

II. LA SUPRESIÓN GRADUAL DE LA PROHIBICIÓN DE PUBLICIDAD EN EL STGB

Sin embargo, la naturaleza de un compromiso dilatorio es que sólo aplaza temporalmente el proceso real de toma de decisiones, mientras que las partes de la solución de compromiso (en este caso, las excepciones realmente efectivas) se afianzan en nuestra conciencia y las partes en conflicto (en este caso, la prohibición fundamental) se suprimen en nuestra percepción²⁶. Un indicio de que un desarrollo de este tipo es lo que pudo haberse producido durante las últimas décadas en relación con la legislación alemana sobre el aborto, lo representan las reacciones frente a la condena en primera instancia dictada en 2017 contra la médica generalista Hänel por publicidad del aborto, conforme al § 219a StGB²⁷. Objeto del proceso fue la página web de su consulta, en la que, entre otras cosas, se mencionaba la interrupción del embarazo como parte de la oferta de prestaciones²⁸. En línea con la jurisprudencia correspondiente y de conformidad con la doctrina dominante en los comentarios del StGB²⁹, el LG Gießen consideró que dicha mención realizaba el tipo del § 219a (1) n. 1 StGB, condenando a la médica a una pena de multa (comparativamente moderada) de 40 días-multa. Pese a que, con base en la legislación aplicable, se trataba de una decisión previsible³⁰, que luego fue confirmada en segunda instancia³¹, el proceso desencadenó un debate cuyo telón de fondo era precisamente el cam-

²⁶ Por eso nunca se ha necesitado una capacidad profética para predecir la disminución de conciencia del injusto del aborto. Es más bien la «consecuencia previsible de la ambigüedad»; cita de BERGHÄUSER, NJW-Editorial 6/2022, p. 3 (nota 22).

²⁷ LG Gießen, sentencia de 24 de noviembre de 2017, medstra 2018, p. 126 m.; FISCHER/v. SCHELIHA, MedR 2019, p. 79; KRAATZ, NStZ-RR 2019, p. 101 s.; Sasse, NJ 2018, p. 434; WÖRNER, NStZ 2018, p. 417; discusión detallada en BERGHÄUSER, JZ 2018, p. 497.

²⁸ Al hacer click en el término «aborto», los visitantes de la *home page* también podían descargar un archivo PDF que contenía tanto información general sobre el aborto como información sobre su realización concreta en el consultorio del médico; LG Gießen, medstra 2018, p. 126 n.m. 4 s. Mientras tanto, los visitantes de la página de inicio debían registrarse en un formulario vinculado bajo el término «aborto» para recibir el envío automatizado de un correo electrónico con dicha información; BERGHÄUSER, JZ 2018, p. 497.

²⁹ Cfr. LG Bayreuth, ZfL 2007, p. 16; ESER/WEISSER, en: Schönke/Schröder StGB (nota 3), § 219a n.m. 3; ROGALL, en: SK-StGB (nota 3), § 219a n.m. 4. De otra opinión, MERKEL, en: Kindhäuser et. al. (eds.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 5.ª ed. 2017, § 219a n.m. 3 s. y también *el mismo*, en: Nomos Kommentar (nota 3), §§ 218-219b n.m. 22d (contra la constitucionalidad de la disposición).

³⁰ Pero véase también Hillenkamp, que escribió sobre un «juicio erróneo» que se apoyaba en literatura «falsa»; HILLENKAMP, Ärzteblatt 2018, p. 94 (94). literatura; *el mismo*, HA 2018, p. 92 (94). Esta evaluación se basó en la suposición de que habría sido posible una interpretación restrictiva del antiguo § 219a StGB; en contra ROGALL, en: FS Merkel, t. 2, 2020, p. 1181 (1191 s.); BERGHÄUSER, medstra 2019, p. 123 (126).

³¹ LG Gießen, sentencia de 12 de octubre de 2018 (desestimación del recurso), medstra 2019, p. 119, con comentarios de BERGHÄUSER, medstra 2019, p. 123. Para el curso posterior del procedimiento tras la modificación del § 219a StGB, véase el epílogo de la nota 38.

bio en la percepción social y que sentó las bases para un nuevo posicionamiento del legislador alemán.

1. Modificación del antiguo § 219a StGB en la 19.^a Legislatura

En una cronología de acontecimientos, de la que aquí solo se dará una visión general, se acordó, primero bajo la Gran Coalición que gobernó hasta 2021³², que, si bien se mantendría la prohibición penal de la publicidad (§ 219a párrafo 1 StGB versión antigua), se incorporarían al apartado 4 de la disposición las siguientes dos excepciones («El apartado 1 no se aplica si...»): en primer lugar, una referencia a la actividad abortiva (el «si» del aborto) bajo los requisitos de las disposiciones legales del § 218a párr. 1 a 3 (§ 219a párr. 4 n.º 1 StGB versión antigua)³³, y, en segundo lugar, el enlace a más información sobre el aborto (el «cómo» del aborto), que figura en un lugar más específico, como por ejemplo en las páginas web de las autoridades estatales competentes, los centros de asesoramiento o las asociaciones médicas (§ 219a párr. 4 n. 2 StGB antigua versión). Una adición a la ley sobre conflictos en el embarazo garantizó, además, que se pudiera utilizar una lista facilitada por la Asociación Médica Federal, a la que pudiera accederse libremente por internet y en la que consten aquellos médicos, hospitales y centros que practican abortos, así como los métodos que éstos utilizan (véase el § 13, ap. 3 SchKG [Ley de prevención y gestión de conflictos relacionados con el embarazo])³⁴.

Sin embargo, esta modificación de la ley en su conjunto no mostró el valor suficiente como para salvar las diferencias entre partidarios y detractores de la prohibición de la publicidad y mantener la legislación de compromiso elegida para los §§ 218 y ss. StGB. En particular, al legislador le faltó previsión para exigir a los médicos que, por ejemplo, publicaran información más amplia sobre el procedimiento abortivo. Habría sido aconsejable, y no sólo a la luz de una solución de compromiso —en la que cada una de las partes en conflicto se siente suficientemente representada—, que a quienes ofer-

³² Cfr. el Proyecto de Ley de las antiguas facciones de coalición CDU/CSU y SPD; véase BT-Drucks. 19/7693 en la versión según BT-Drucks. 19/7695 y finalmente la Ley para mejorar la información sobre el aborto de 22 de marzo de 2019 (BGBl. I p. 350). Para el debate jurídico-político precedente, incluidos los proyectos de ley alternativos, véase. BERGHÄUSER, KriPoZ 2018, p. 210; sobre las propuestas de los juristas de este período, véase KRIMINALPOLITISCHER KREIS ZfL 2018, p. 31 (32); BERGHÄUSER, JZ 2018, p. 497 (502 ss.) y aquí nota 33-35.

³³ Cfr. la excepción fáctica propuesta en BERGHÄUSER, JZ 2018, p. 497 (503); seguida por ROGALL, en: FS Merkel, t. 2, 2020, p. 1181 (1199).

³⁴ Cfr. la recomendación de insertar una garantía de información en el § 13 SchKG en BERGHÄUSER, JZ 2018, p. 497 (503 ss.).

taban la realización de abortos, pese a imponérseles la obligación de aclarar de forma clara la amenaza de pena contenida en los §§ 218 y ss. StGB, se les hubiese permitido también proporcionar información objetiva sobre el «si» y el «cómo» del aborto³⁵. Por el contrario, la inserción del párrafo 4 n.º 2 en el § 219a StGB (versión antigua) amenazaba (involuntaria e inadvertidamente en la mayoría de los casos) con ampliar la punibilidad de la entrega de información³⁶. En definitiva, con esto se podía criticar «al nuevo § 219a StGB» por muchas razones³⁷. Por lo demás, la modificación legal no afectó el juzgamiento de la médica antes mencionada (cuya condena fue confirmada por los tribunales de apelación con base en la nueva ley)³⁸ y la disputa continuó sin resolverse.

2. Derogación del § 219a StGB (versión antigua) en la 20.ª Legislatura

2.1 DEROGACIÓN CON MODIFICACIONES SIMULTÁNEAS DE LA SchKG Y LA HWG

Por ello, no es de extrañar que, como consecuencia de las elecciones federales de 2021, con las que una alianza de socialdemócratas, verdes y liberales llegó al gobierno³⁹, la prohibición jurídico-penal de la publicidad volviera

³⁵ Cfr. la propuesta de BERGHÄUSER, JZ 2018, p. 497 (502 ss.). De este modo, los defensores de la prohibición del aborto habrían podido seguir invocando el pronunciamiento penal sobre la ilicitud del aborto, que también se reflejaría en el tipo penal de publicidad. Por el contrario, los detractores de la prohibición del aborto podrían haberse referido a las amplias excepciones a las prohibiciones (tanto en el § 218a StGB como en el § 219a StGB).

³⁶ Véase BERGHÄUSER, KriPoZ 2019, p. 82 (90 s.) en el apartado III.2.b sobre el «Intento de emancipación de una excepción al tipo».

³⁷ Una valoración de la modificación en BERGHÄUSER, KriPoZ 2019, p. 82; MERKEL, en: NK-StGB (nota 3), §§ 218-219b n.m. 22e ss.; ROGALL, en: FS Merkel, t. 2, 2020, p. 1181 (1198 ss.); DORNECK, medstra 2019, p. 137 (139 ss.); FALTERBAUM, medstra 2021, p. 224 (esp. 230 ss.); FROMMEL, jM 2019, p. 165; *el mismo*, medstra 2019, p. 129.

³⁸ Véase OLG de Frankfurt a. M., Sentencia de 26 de junio de 2019 (revocación de la sentencia del LG Giessen y devolución al tribunal sobre la base del § 2 (3) StGB), medstra 2019, p. 309; LG Giessen, sentencia de 12 de diciembre de 2019 (nuevo dictado de la condena con una multa –reducida en el monto– y desestimación del recurso), medstra 2020, p. 315; KIENZERLE, FD-StrafR 2020, 428536; Sentencia del OLG de Frankfurt, de 22 de diciembre de 2020, NSTZ-RR 2021, p. 106 (desestimación del recurso por infundado) con comentario de WÖRNER StV 2021, p. 373; KIENZERLE, FD-StrafR 2020, 436218; LORENZ/TURHAN, medstra 2021, p. 121. (Véase ya supra nota 31). El factor de conexión para la responsabilidad penal era ahora que la médica «también proporciona información y descripciones detalladas sobre el «cómo», es decir, sobre los métodos utilizados y el desarrollo completo de las medidas concretas desde la entrevista de admisión hasta el examen final en la página web de su consulta [...]».

³⁹ Véase el acuerdo de coalición 2021-2025 entre SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN y FDP «Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit», disponible en: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (última consulta: 10 de junio de 2023).

a ser modificada, esta vez derogándose a partir del 19 de julio de 2022⁴⁰. Desde entonces, tanto la oferta pública de realización de abortos por parte, por ejemplo, de un centro médico, como el otorgamiento de información adicional en la respectiva página web están legalmente permitidos. Una modificada Ley de prevención y gestión de conflictos relacionados con el embarazo (SchKG)⁴¹ declara incluso, en su § 13a párr. 3, que tanto las instalaciones para la realización de abortos como los hospitales y los médicos están autorizados a proporcionar información objetiva y profesional relativa a la realización de abortos bajo las condiciones establecidas en el § 218a párrafos 1 a 3 StGB. Además, el ámbito de aplicación de la Ley sobre la Publicidad de Medicamentos (HWG) se amplió, abarcando también la interrupción del embarazo (véanse los § 1, ap. 1, n. 2, letra b, y § 12, ap. 2, 2 HWG)⁴², de modo tal que la publicidad del aborto queda ahora sujeta a las directrices generales sobre publicidad contenidas en dicha ley y en la legislación profesional médica (§ 27 MBO-Ä 1997)⁴³, entre otras. En particular, se prohíbe a los médicos hacer publicidad elogiosa, engañosa o comparativa (§ 27, párr. 3, 1-2 MBO-Ä 1997), así como promover y tolerar dicha publicidad (§ 27, párr. 3, 3 MBO-Ä 1997). Una prohibición de la publicidad engañosa rige también en virtud de Ley sobre la Publicidad de Medicamentos (§ 3 HWG), la cual contempla en su § 11 requisitos generales para la denominada publicidad dirigida al público general.

En cualquier caso, la específica orientación protectora del antiguo § 219a StGB, tal como se expone aquí en el punto I.1.b. ha pasado a la historia. Ni las normas que regulan la profesión de los médicos ni la Ley sobre la Publicidad de Medicamentos pretenden proteger la vida de un embrión o feto humano frente al peligro abstracto de la publicidad del aborto. Por el contrario, al imponer restricciones a las publicaciones externas, ambos cuerpos legales tienen en consideración otros intereses⁴⁴. En efecto, el § 27, párr. 1 MBO-Ä 1997 habla de garantizar la protección del paciente por medio de la entrega de información objetiva y

⁴⁰ Derogación del § 219a StGB según el art. 1 de la Ley de modificación de 11 de julio de 2022 (nota 1).

⁴¹ Modificación del § 13a SchKG según el art. 3 de la Ley de modificación de 11 de julio de 2022 (nota 1).

⁴² Modificación de los § 1, ap. 1, n. 2, y 12, ap. 2, frase 2 HWG con arreglo al § 2 de la Ley de modificación de 11 de julio de 2022 (nota 1).

⁴³ Información permitida y publicidad contrarias a la profesión, según el Código (modelo) de Conducta profesional para médicos que trabajan en Alemania –MBO-Ä 1997– en la versión de la resolución del 124º Dt. Ärztetag de 5 de mayo de 2021 en Berlín, impreso en: Dt. Ärzteblatt 2021, 118 (23): A 8, disponible en: <https://www.bundesaerztekammer.de/themen/recht/berufsrecht> (última consulta: 10 de junio de 2023).

⁴⁴ Véase ya KUBICIEL, Stellungnahme (nota 15), p. 6 s.; PIETSCH, KriPoZ 2022, p. 74 (80); POHLE, KriPoZ JuP 2023, p. 18, disponible en https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/03/Pohle_KriPoZ-JuP_21.03.23.pdf (última consulta: 10 de junio de 2023).

adecuada, así como de evitar la comercialización de la profesión médica en términos que contradigan la autocomprensión de los propios médicos⁴⁵. Por otra parte, la Ley sobre la Publicidad de Medicamentos sirve originalmente a los intereses de la salud de la generalidad y del individuo, quien, al no tener una visión general de los efectos de los medicamentos y de otros medios terapéuticos, es particularmente vulnerable frente a los mensajes publicitarios. Teniendo esto en cuenta, el legislador busca proteger al individuo de los peligros de una automedicación inadecuada o del uso indebido de otros medios terapéuticos⁴⁶. Con base en ese trasfondo, entonces, es natural que las respectivas prohibiciones en materia de publicidad del Derecho profesional médico y de la HWG (aplicables a los abortos) deban estructurarse de una manera distinta a la antigua prohibición de publicidad contenida en el antiguo § 219a StGB. Sin embargo, también cabe recordar que tales prohibiciones tienen un alcance menor de lo que sería deseable, conforme al proyecto gubernamental que estaba en la base de la supresión de la prohibición jurídico-penal de publicidad. Pues este último aseguraba que «el peligro de la publicidad no objetiva o laudatoria [...] podría ser abordado mediante una reglamentación complementaria en la HWG»⁴⁷ y que la publicidad laudatoria, engañosa o comparativa era contraria a la profesión médica⁴⁸. En los hechos, sin embargo, la HWG puede aplicarse a la publicidad promocional del aborto solo bajo determinadas condiciones⁴⁹, por ejemplo ahí donde ésta está diseñada de forma engañosa (véase el § 3 HWG) o donde se utilizan o se hace referencia engñosamente a cartas de agradecimiento, de reconocimiento o de recomendación de terceros (véase el § 11, apartado 1, n. 11 HWG). En todo caso, cuando fuese necesaria para cubrir los casos de abortos que no estén referidos a una enfermedad, está prohibida una analogía con arreglo al § 15 HWG⁵⁰.

⁴⁵ Para explicaciones más detalladas y mayores referencias, véase, por ejemplo, *Lipp*, en: Laufs/Katzenmeier/Lipp (ed.), *Arztrecht*, 8.ª ed. 2021, punto II (Ärztliches Berufsrecht) n.m. 45 ss.; SCHOLZ, en: Spickhoff (ed.), *Medizinrecht*, 4.ª ed. 2022, MBO-Ä 1997 § 27 n.m. 1 ss.

⁴⁶ Cfr. BVerfG, NJW-RR 2007, p. 1048 (1049); BGH, NJW-RR 2003, p. 478 (479); FRITZSCHE, en: Spickhoff (ed.), *Medizinrecht*, 4.ª ed. 2022, HWG Vorbem. § 1 n.m. 1; MAUS, en: Clausen/Schroeder-Printzen (ed.), *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, 3.ª ed. 2020, § 7 n.m. 62.

⁴⁷ BT-Drucks. 20/1635, p. 11; cfr. además BT-Drucks. 20/1635, p. 2, 10.

⁴⁸ BT-Drucks. 20/1635, p. 10. Respecto a la crítica de la integración del Derecho profesional médico en el cumplimiento de un deber legislativo de protección, véase la declaración del propio Colegio de Médicos alemán sobre el proyecto de ley del Ministerio de Justicia Federal (nota 15), p. 4; en referencia a ello, POHLE, *KriPoZ JuP* 2023 (nota 44), p. 19.

⁴⁹ KUBICIEL, Dictamen del 18 de mayo de 2022 (nota 44), p. 7: «No contiene una prohibición general de la publicidad promocional [...]».

⁵⁰ Cfr. FRITZSCHE, en: Spickhoff (ed.), *Medizinrecht*, 4.ª ed. 2022, HWG § 11 n.m. 12. Una aplicación analógica puede ser cuestionable en la medida en que las prohibiciones del § 11 HWG se refieran a medicamentos, enfermedades o historias médicas. POHLE, *KriPoZ JuP* 2023 (nota 44), p. 20, explícitamente sobre la falta de adaptación de las prohibiciones publicitarias de la HWG a los abortos; no tratado en BT-Drucks. 20/1635, p. 11 y (en el contexto del § 11 [1] N.º 3 HWG) en PIETSCH, *KriPoZ* 2022, p. 74 (80).

A su vez, el Derecho profesional médico, que en el § 27, ap. 3, frase 2 MBO-Ä 1997 prohíbe expresamente la publicidad laudatoria, sólo abarca una «forma de publicidad especialmente enfática», como la que utiliza un lenguaje exagerado o «inflado» y se caracteriza por las exageraciones o el uso de superlativos⁵¹. El mero elogio o recomendación de conductas, antes punible bajo el § 219a StGB (versión antigua)⁵², no queda cubierto por ninguna de las leyes que regulan la publicidad del aborto con arreglo al nuevo Derecho vigente⁵³. Puede verse así que, en el contexto de la práctica de realización de abortos, no sólo la información pública con ánimo de lucro, sino también otros comportamientos publicitarios han encontrado la aprobación del legislador.

Adicionalmente, y como cuestión fundamental, no es propio del Derecho profesional médico ni de la Ley sobre la Publicidad de Medicamentos expresar una desaprobación legal de la interrupción del embarazo en los términos del StGB⁵⁴. Aquí cabe recordar una vez más que el Tribunal Constitucional Federal consideró el aborto como un injusto fundamental, por cuanto –a diferencia de otras prestaciones médicas– no sólo afecta bienes jurídicos de la persona embarazada que lo consiente, sino que además afecta o destruye físicamente una vida humana que debe ser diferenciada de la de aquella. Si el legislador quisiera que esta valoración continuara rigiendo (¿lo quiere?), parecería al menos contraintuitivo incluir la publicidad del aborto (un injusto fundamental) en una ley que precisamente regula la publicidad de los medicamentos y que, por ende, tal como sugiere su denominación, está diseñada para reglamentar los aspectos «normales» (en todo caso concernientes a los bienes jurídicos de la paciente) de la asistencia sanitaria preventiva y del tratamiento de enfermedades⁵⁵. A la luz de la exigencia de generar conciencia sobre el injusto del aborto que, conforme al Tribunal Constitucional Federal, recae sobre el legislador, cabría considerar esta

⁵¹ SCHOLZ, en: Spickhoff (ed.), *Medizinrecht*, 4.^a ed. 2022, MBO-Ä 1997 § 27 n.m. 8. En el contexto de la publicidad del aborto, véanse ya los comentarios de KUBICIEL, *Dictamen de 18 de mayo de 2022* (nota 44), p. 7 (con referencia a BÄK, *Bekanntmachung, Arzt - Werbung - Öffentlichkeit*, *Dt. Ärzteblatt* 2017, p. 2); POHLE, *KriPoZ JuP* 2023 (nota 44), pp. 9, 18.

⁵² Por ejemplo, ESCHELBACH, en: v. Heintschel-Heinegg (ed.), *BeckOK-StGB*, 53.^a ed. (actualizado al 1 de mayo de 2022), § 219a n.m. 12; JOECKS/JÄGER, *StGB*, 13.^a ed. 2021, § 219a n.m. 2; ROGALL, en: *SK-StGB* (nota 3), § 219a n.m. 8.

⁵³ Acertadamente resumido en POHLE, *KriPoZ JuP* 2023 (nota 44), p. 18.

⁵⁴ A ello no contribuyen las disposiciones sancionadoras de los §§ 14 y 15 HWG.

⁵⁵ De modo consecuente POHLE, *KriPoZ JuP* 2023 (nota 44), pp. 19 ss.; PIETSCH, *KriPoZ* 2022, p. 74 (80, notas 106 y 81). Rechazo claro en la moción del grupo parlamentario CDU/CSU: «Reforzar los intereses de la mujer, mantener la protección del feto», véase 15 de marzo de 2022 (BT-Drucks. 20/1017, p. 5): «[...] quien equipare la terminación de la vida del no nacido con un tratamiento curativo demuestra que desconoce el concepto y el deber constitucional de proteger la vida del no nacido». De otra opinión, LORENZ/TURHAN, *NK* 2022, p. 129 (137 ss.), que desean que se mantenga una distinción suficientemente clara entre los abortos y otras medidas médicas mediante el § 1, ap. 1, n. 2 HWG, pero al hacerlo probablemente subestimen el efecto externo de la incorporación conjunta a la Ley sobre la Publicidad de Medicamentos.

equiparación sistemática entre medicamentos y abortos (acciones típicas de matar a otro según el § 218 StGB) como contraproducente⁵⁶ (a menos que el legislador persiga un objetivo (latente) diferente y pretenda de esa forma desafiar la valoración del Tribunal Constitucional).

2.2 ANULACIÓN DE SENTENCIAS CON EFECTO RETROACTIVO (ART. 316N LEY DE INTRODUCCIÓN AL StGB-EGStGB)

Sin embargo, el reposicionamiento del legislador se hace especialmente evidente cuando se echa un vistazo al nuevo art. 316n EGStGB⁵⁷. En él se estipula que las condenas previas por publicidad del aborto, dictadas después del 3 de octubre de 1990, quedan «anuladas», es decir, que los procedimientos pierden efectos jurídicos. La consecuencia de ello no es sólo que se ha alcanzado el fin de protección jurídica que perseguían los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por médicos condenados a penas de multa en virtud de la disposición derogada y que se encontraban pendientes, de modo tal que ya no hay necesidad de protección jurídica⁵⁸. Se observa también, y en especial, cómo el legislador actual desautoriza tanto la voluntad del legislador anterior como las resoluciones judiciales previas que han alcanzado fuerza de cosa juzgada⁵⁹.

La razón decisiva para ello –si no se quiere reducir la motivación legislativa a la de impedir la acogida de recursos de inconstitucionalidad pendientes–⁶⁰ se encuentra probablemente en la convicción de que la prohibición jurídico-penal de publicidad, aplicada durante décadas, era fundamentalmente errónea y que las condenas dictadas con base en ella representaban una especie de «injusticia judi-

⁵⁶ Cfr. GÄRDITZ, ZfL 2018, p. 18 (19) sobre cómo la «publicidad dirigida» deforma el aborto «de un trágico conflicto de límites e intereses a un servicio mercantil»; también PIETSCH, KriPoZ 2022, p. 74 (80 s.).

⁵⁷ Introducción del art. 316n EGStGB según el art. 4 de la Ley de modificación de 11 de julio de 2022 (nota 1).

⁵⁸ Cfr. BVerfG, sentencia de 10 de mayo de 2023, 2 BvR 390/21, BeckRS 2023, 12615, n.m. 18 y ss. (no admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad del médico Hänel).

⁵⁹ Crítica aguda en BT-Drucks. 20/1017, p. 5 (nota 55): «El trabajo de los jueces implicados [...] queda desacreditado» y el Estado de Derecho «irremediablemente dañado»; véase también la crítica en KUBICIEL, Declaración de 18 de mayo de 2022 (nota 44), p. 10 s.; PIETSCH, KriPoZ 2022, p. 74 (81); POHLE, KriPoZ JuP 2023 (nota 44), p. 4 en nota 19. De otra opinión, HOVEN, Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Dt. Bundestage v. 18 de mayo de 2022, p. 5 s. (asumiendo que la norma había perdido su «legitimidad»); MANGOLD, Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Dt. Bundestage am 18 de mayo de 2022 (nota 15), p. 5 *in fine* (a raíz de una supuesta inconstitucionalidad de la norma); LORENZ/TURHAN, NK 2022, p. 129 (138 s.).

⁶⁰ Sobre la no admisión a trámite de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad, cfr. ya supra nota 58.

cial legal»⁶¹. El nuevo legislador tendría esta convicción independientemente de que el grupo parlamentario del SPD, que ahora lidera el gobierno, apoyara en su calidad de integrante de la gran coalición la ley todavía en su última versión de 2019, aunque con una resistencia inicial^{62, 63}. En cualquier caso, el legislador no se limita a presentar su modificación de la ley como el producto de un posible cambio de visión social que busca plasmar en el StGB. Al anular retroactivamente las condenas dictadas conforme a la disposición derogada, el legislador formula, por el contrario, una necesidad real de rehabilitación, que –como puede leerse en las declaraciones de los expertos consultados al respecto– forma parte de una muy impresionante serie de anulaciones legales de condenas que ha tenido lugar hasta la actualidad⁶⁴: en primer lugar, la Ley de anulación de sentencias nacional-socialistas injustas en la administración de justicia penal (1998)⁶⁵, en segundo lugar, la Ley de rehabilitación e indemnización de las víctimas de medidas de enjuiciamiento penal contrarias al Estado de Derecho en el territorio reunificado de la República Democrática Alemana (1999)⁶⁶ y, en tercer lugar, la Ley para la rehabilitación penal de las personas condenadas con posterioridad al 8 de mayo de 1945 por conductas homosexuales consentidas (2017)⁶⁷. Al incluir la publicidad del aborto en esta serie, el legislador rechaza un antiguo componente del concepto jurídico de protección de la vida del no-nacido con una claridad difícilmente superable.

III. ¿EN VÍAS DE REVOCAR LA FÓRMULA DE COMPROMISO DILATORIA DE LOS §§ 218 Y SS. STGB?

Hasta ahora, hemos trazado la cronología de los acontecimientos hasta la derogación de la prohibición jurídico-penal de la publicidad, la regulación alter-

⁶¹ Para más detalles, véase KUBICIEL, Declaración de 18 de mayo de 2022 (nota 44), p. 10.

⁶² En favor de la necesaria coordinación de las posiciones de fondo de los socios de la coalición, el grupo parlamentario del SPD retiró su proyecto de ley para derogar el § 219a StGB (BT-Drucks. 19/1046) en la decimonovena Legislatura; véase BERGHÄUSER, KriPoZ 2019, p. 82 (83); *la misma*, KriPoZ 2018, p. 210 ss.

⁶³ Para el proyecto de ley de las antiguas facciones de la coalición CDU/CSU y SPD, véase más arriba nota 32.

⁶⁴ Lista en HOVEN, Stellungnahme (nota 59), p. 5 nota 6; KUBICIEL, Stellungnahme (nota 15), p. 10 nota 6.

⁶⁵ Ley de 25 de agosto de 1998 (NS-AufhG); Gaceta de Derecho Federal I p. 2501, modificada en último lugar por el art. 1 de la Ley de 24 de septiembre de 2009 (Gaceta de Derecho Federal I p. 3150).

⁶⁶ Ley de 17 de diciembre de 1999, Ley de Rehabilitación Penal (StrRehaG); Gaceta de Derecho Federal I p. 2664, modificada en último lugar por el § 12 de la Ley de 2 de junio de 2021 (Gaceta de Derecho Federal I p. 1387).

⁶⁷ Ley de 22 de julio de 2017 (StrRehaHomG); Gaceta de Derecho Federal I p. 2443, modificada por el art. 5 de la Ley de 11 de julio de 2022 (Gaceta de Derecho Federal I p. 1082).

nativa en la Ley sobre la Publicidad de Medicamentos y el Derecho profesional médico y la formulación de una necesidad de rehabilitación. En lo que sigue, se pretende ampliar el debate a la prohibición penal del aborto: sigue creciendo la percepción⁶⁸ de que ya no se pretende discutir sólo sobre la publicidad, sino también sobre el aborto en sí. La postergada pregunta sobre la relevancia jurídico-penal del aborto en Alemania, hasta ahora sólo decidida de forma provisional, vuelve a salir a la luz, o, más bien, la naturaleza dilatoria de la fórmula de compromiso que se encontró en su momento exige su reconsideración, un requerimiento al que el legislador ha atendido primero en relación con el § 219a StGB, y que, según algunos pronunciamientos, también tiene la intención de cumplir en relación con el concepto general de los §§ 218 y ss. StGB⁶⁹.

1. El silencio en la 19.ª Legislatura

En este contexto, se observa –primero en el período legislativo decimonoeno– cómo, en su mayoría, los proyectos de ley que precedieron a la primera modificación del § 219a StGB evitaron posicionarse en torno al valor de la vida del no-nacido y al contenido de injusto del aborto. En tres de los cuatro proyectos presentados (proyectos de los grupos parlamentarios Die Linke, Bündnis 90/ Die Grünen y SPD)⁷⁰, no había discusión alguna sobre la finalidad legal de la prohibición de la publicidad, ni sobre el bien jurídico protegido, el cual ni siquiera era mencionado⁷¹. Esto por supuesto puede resultar sorprendente, como ya se ha explicado en otro lugar⁷². Pues la pretensión de derogar un tipo penal presupone en sí misma que se argumente por qué, en contra de las valoraciones del legislador histórico, no habría necesidad de dar protección al bien jurídico o bien habría que evaluar de forma diferente la ponderación de los bienes jurídicos afectados. Brevemente: cabría suponer que la discusión

⁶⁸ La percepción *se intensifica* (no surge por primera vez) en la medida en que, ciertamente, ya en una fase temprana del debate sobre el § 219 StGB se abogó por una revisión fundamental de los §§ 218 ss. StGB, especialmente del § 218 (1) StGB; véase, por ejemplo, sólo LEMBKE/WAPLER/WERSIG, RuP 2017, p. 505 (507). En la actualidad, sin embargo, cada vez hay más voces a favor.

⁶⁹ Sobre el debate en torno al § 219 StGB como indicio de una posible reactivación de la discusión sobre el concepto general de los §§ 218 ss. StGB, véase BERGHÄUSER, NJW 6/2022, p. 3 (nota 22); GROPP/WÖRNER, en: MüKo-StGB (nota 3), § 219 n.m. 2; PIETSCH, KriPoZ 2022, p. 74 (81).

⁷⁰ BT-Drucks. 19/93 (Die Linke); BT-Drucks. 19/630 (Bündnis 90/ Die Grünen); BT-Drucks. 19/1046 (SPD).

⁷¹ Sobre esto y lo siguiente, BERGHÄUSER, KriPoZ 2018, p. 210 (212); *la misma* (nota 24) continuando también este silencio selectivo en los discursos de la 14.ª sesión de la 19.ª Legislatura del Bundestag alemán.

⁷² Véase el epílogo en la nota 71.

sustantiva acerca del bien jurídico protegido es un requisito central no sólo de la interpretación de un tipo penal, sino también de su derogación. Si esto no sucede⁷³, ello podría deberse a que la conciencia acerca del valor de la protección del bien jurídico respectivo ya no existe o, al menos, ha quedado desplazada. De cara a futuros intentos de modificación legal, el silencio durante la 19.º Legislatura ofrece la perspectiva de que, ante la falta de conciencia o ante una conciencia desplazada, lo que se busque ya no sea un equilibrio entre mandatos de protección contrapuestos, sino solo la protección unilateral de los intereses de las personas embarazadas.

2. Las voces de la 20.ª Legislatura

Estos indicios de una atención unilateral a los intereses de las personas embarazadas se han acentuado aún más con el cambio de gobierno y con el inicio del actual período legislativo. En el transcurso de este último, por primera vez un gobierno federal se ha mostrado dispuesto a reconsiderar la prohibición penal del aborto como tal. Esto es al menos lo que anuncia el acuerdo de coalición del actual gobierno, al señalar que se creará una comisión para la autodeterminación y la medicina reproductivas, la cual, entre otras cosas, deberá «examinar las regulaciones del aborto fuera del Código penal [...]»⁷⁴. Con este proyecto, el gobierno da continuidad al anterior proceso legislativo para derogar el § 219a StGB, en el cual varias opiniones (no siempre libres de intereses sectoriales) se pronunciaron a favor de una revisión de la regulación legal del aborto⁷⁵. En concreto, se pretende revisar el deber de aceptar la oferta de asesoramiento y de mantener un periodo de reflexión de tres días antes de la realización del aborto, incluso cuando este deber no es considerado realista⁷⁶. Esto tocaría al menos un elemento central de la actual solución procesal para

⁷³ DUTTGE, medstra 2018, p. 129, escribe sobre «una manifiesta afectación de terceros (ocultada deliberadamente)» de la vida no nacida.

⁷⁴ Acuerdo de la coalición 2021-2025 (nota 39), p. 92.

⁷⁵ Cfr. *pro familia e. V., Bundesverband*, declaración en la audiencia pública de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Protección del Consumidor del Bundestag alemán de 18 de mayo de 2022 (nota 15), p. 1: «La supresión del § 219a StGB es un buen primer paso, pero no es suficiente. Para *pro familia* es importante que se ponga a prueba la regulación legal del aborto como tal». En detalle sobre *pro familia*, incluyendo sus intereses, BERGHÄUSER, *Das Ungeborene im Widerspruch* (nota 5), pp. 641, 643 y ss; complementado en *la misma*, KriPoZ 2019, p. 82 (90); en cada caso con referencias de los materiales de la asociación.

⁷⁶ Por ejemplo, la Asociación de Abogadas Alemanas, declaración en la audiencia pública de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Protección del Consumidor del Bundestag alemán de 18 de mayo de 2022 (nota 15), p. 10; Valentina Chiofalo para Doctors for Choice Germany e. V., declaración de 18 de mayo de 2022 (nota 15), p. 10, rechaza claramente el asesoramiento obligatorio y los períodos de espera.

el aborto no indicado (§§ 218.^a párrafo 1, 219 StGB), y en virtud de la cual se practica la inmensa mayoría de los abortos en Alemania⁷⁷. Quizás aún más ambiciosa era la moción presentada por la fracción *Die Linke* (La Izquierda), con la cual se instaba a la *Bundestag*, entre otras cosas, a despenalizar totalmente el aborto consentido, eliminando la prohibición del aborto del StGB y suprimiendo la obligación de proporcionar asesoramiento⁷⁸.

También la Ministra Federal alemana de Familia, Tercera Edad, Mujer y Juventud declaró, con ocasión de la derogación de la prohibición de publicidad, que la interrupción del embarazo «no debería ser un tipo penal [...] sino una prestación sanitaria» y que, a su juicio, cabía incluirla en la «planificación familiar autodeterminada»⁷⁹. Esta opinión armoniza ahora con la incorporación de la prohibición de publicidad en la Ley sobre la Publicidad de Medicamentos, así como con la valoración formulada en el proyecto del gobierno, según el cual la derogación del § 219a StGB contribuiría al «acceso general a la asistencia sanitaria sexual y reproductiva»⁸⁰. Al mismo tiempo, sin embargo, se expresa en el lenguaje y probablemente también en los hechos una comprensión de la interrupción del embarazo que ignora que, con ella, tiene lugar la muerte de un embrión o feto humano, y que, en lo tocante al conflicto entre la protección de la vida del no nacido, por un lado, y la salvaguarda de los intereses de la persona embarazada, por el otro, se decide unilateralmente por esta última⁸¹. La vida embrionaria o fetal autónoma, que también (o precisamente por ser autónoma) debe ser protegida por el Estado frente a la persona que le pone a término⁸², parece así estar en proceso de ser olvidada, si es que no ha sido ya negada. La decisión de interrumpir el embarazo está haciendo lo

⁷⁷ De un total de 103.927 abortos practicados en Alemania en 2022, alrededor del 96,2% (número total: 99.968) se realizaron de conformidad con la normativa sobre asesoramiento con arreglo al § 218a, ap. 1 StGB. El 3,8% restante fueron abortos por indicaciones médico-sociales de conformidad con el § 218a (2) StGB (número total: 3.924) y por indicaciones criminológicas de conformidad con el § 218a (3) StGB (número total: 35); véase *Destatis, Oficina Federal de Estadística*, Informe estadístico sobre abortos en 2022 (publicado el 27 de marzo de 2022), disponible en https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/_inhalt.html#_f6rjma89h (último acceso el 10 de junio de 2023).

⁷⁸ BT-Drucks. 20/1736.

⁷⁹ Notificación actual del Ministerio Federal de Familia, Tercera Edad, Mujer y Juventud (BMFSFJ) de 24 de junio de 2022, disponible en <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/bundestag-beschliesst-aufhebung-des-werbeverbots-fuer-schwangerschaftsabbrueche-193830#:~:text=Am%2024.,im%20Juli%20in%20Kraft%20treten%20> (última consulta: 10 de junio de 2023).

⁸⁰ BT-Drucks. 20/1635, p. 13.

⁸¹ Véase también PIETSCH, *KriPoZ* 2022, p. 74 (81).

⁸² Sobre una protección «también frente a la madre» BVerfGE 39, 1; cfr. también BVerfGE 88, 203 Fundamento 3. Explícitamente en contra de una protección de la vida y la dignidad sujeta a una «aceptación por parte de la madre», BVerfGE 88, 203 Fundamento 1 y 203 (252, 256). Al respecto, resumidamente en BERGHÄUSER, *Das Ungeborene im Widerspruch* (nota 5), p. 118.

necesario para ser reacomodada: de la relación triangular entre persona embarazada, vida del no nacido y Estado, la cual todavía delineaba el concepto de deber de protección del BVerfG, se pasa, en el mejor de los casos, a una «relación bilateral» en la que sólo se enfrentarían la mujer embarazada y el Estado⁸³. Pues sólo si se comparte ésta o alguna otra concepción similar que permita dejar sin consideración la vida del embrión o feto afectado que resulta abortado, puede hablarse del aborto como una «prestación sanitaria» habitual que afecta exclusivamente a los derechos de la persona embarazada, o puede considerársele como una medida de «planificación familiar» que no afecta derecho ajeno alguno.

IV. PERSPECTIVAS JURÍDICO-POLÍTICAS Y CONCLUSIÓN PRELIMINAR

Con esto, el presente trabajo, que ha intentado trazar la evolución de la discusión desde el debate sobre la prohibición de la publicidad hasta el debate sobre la prohibición del aborto, llega a su fin. El trabajo ha mostrado que aparentemente existe un renovado intento de repensar la fórmula de compromiso de los §§ 218 y ss. StGB y de superar, en lo posible, el carácter dilatorio de la regulación de compromiso. Esto ya permite distinguir claramente entre la actual disposición al debate y los discursos que todavía en 2009 se escuchaban en el *Bundestag*, con motivo de la modificación de la SchKG, cuando se decía, por ejemplo, que las «batallas de los años ochenta y noventa [...] gracias a Dios no tienen que volver a librarse» y que «nadie [...] quiere cuestionar en modo alguno el compromiso alcanzado sobre el § 218 StGB»⁸⁴. Décadas de agrias discusiones habían llevado al resultado provisional de que nadie quería realmente tocar la regulación penal del aborto en Alemania. Recién ahora la vieja disputa vuelve a aflorar parcialmente, mediada por la previa abolición de la prohibición jurídico-penal de publicidad. Empero, los signos de la disputa han cambiado, algo que ha quedado de manifiesto con el debate sobre la modificación del § 219a StGB en la 19.^a Legislatura, pero sobre todo con la derogación de la prohibición jurídico-penal de publicidad y las consiguientes modificacio-

⁸³ Con cita, a favor de ello, de LEMBKE: «Esto es completamente contradictorio», entrevista sobre la nueva regulación del § 219a StGB (entrevistadora Patricia Hecht), taz de 10 de junio de 2019, disponible en: <https://taz.de/Juristin-ueber-die-Neuregelung-von--219a/!5599084/> (última consulta el 10 de junio de 2023).

⁸⁴ Las citas anteriores proceden del discurso de Renate Schmidt (SPD), con motivo del debate sobre la introducción del § 2a SchKG; BT-PlenProt 16/221, 24208 (seleccionado a modo de ejemplo); ya citado en BERGHÄUSER, *Das Ungeborene im Widerspruch* (nota 5), p. 43.

nes de la Ley sobre Publicidad de Medicamentos y de la Ley de Introducción al Código penal alemán (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*).

Cuán lejos y hacia dónde se dirigirá esta controversia bajo los nuevos signos políticos (o si acaso volverá ella a estancarse), dependerá en gran medida del valor autónomo que la sociedad actual le reconozca al embrión o feto implantado en el cuerpo humano. Pues en la discusión sobre el antiguo § 219a StGB —«no siempre fundamentada jurídicamente, sino más bien con debates políticos acalorados y polémicos»⁸⁵— al parecer todavía podría ignorarse una controversia sobre el punto. En un debate que concierne no sólo a la publicidad, sino también a la prohibición del aborto, los lineamientos constitucionales tendrían que hacer necesario que los partidarios de una modificación más amplia de la ley expusieran de forma transparente lo que piensan sobre el valor de la protección de la vida del no-nacido y hasta qué punto quieren mantener o negar la desaprobación legal del aborto. Tal manifestación podría proporcionar, a su vez, un punto de referencia para la comparación con los requisitos constitucionales, así como para indagar sobre la posibilidad de una eventual corrección del rumbo de la jurisprudencia constitucional sobre el aborto. Pues, si el cambio social fuera a tal punto amplio que el mismo alcanzara unanimidad en la valoración del aborto, un sistema jurídico no podría evitar reflejarlo de una u otra forma. Con todo, el esfuerzo necesario para justificarlo sería probablemente considerable teniendo a la vista la jurisprudencia constitucional anterior.

Un reciente sondeo de opinión del grupo de investigación Wahlen (de fines de mayo de 2023)⁸⁶, encargado por la Revista ZDF-frontal, presenta de momento un panorama diferente: según el estudio, el 54% de los encuestados está a favor de que el aborto siga considerándose un delito, pero que no se sancione en determinadas condiciones. El 36% aboga por la eliminación del precepto legal. El 3% estuvo por que se prohibiera el aborto sin excepciones. En los grupos de edad más jóvenes, como las mujeres de hasta 34 años, las cifras cambian, pero siguen reflejando un desacuerdo considerable (44% a favor de mantener el § 218 StGB, 50% a favor de derogarlo). En el seno del actual gobierno también surgen opiniones divergentes, ya que, por un lado, el SPD y Bündnis 90/Die Grünen están a favor de abolir la prohibición jurídi-

⁸⁵ Valoración y cita de SASSE, NJ 2018, p. 434.

⁸⁶ FORSCHUNGSGRUPPE WAHLEN E. V. (MANNHEIM), Encuesta de población representativa de mayo de 2023, 21.ª semana, Politbarometer. Los resultados detallados de la encuesta pueden consultarse en <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/schwangerschaft-abbruch-abtreibung-umfrage-para-graf-218-100.html> (último acceso: 10 de junio de 2023), véase *el mismo*, On the methodology. Sobre la encuesta informa abiertamente ZDF. La Magazin investigativa con Ilka Brecht, programa del 6 de junio de 2023, 17:13-17:43, disponible en <https://www.zdf.de/politik/frontal> (último acceso el 10 de junio de 2023 y disponible hasta el 6 de junio de 2025).

co-penal del aborto⁸⁷, mientras que el FDP se opone⁸⁸. Si, después de todo esto, el desacuerdo persiste, la fórmula seguiría siendo por el momento solo una fórmula de compromiso y la decisión se aplazaría una vez más hasta nuevo aviso (hasta que se pueda lograr un acuerdo en el futuro).

⁸⁷ «Además, declaramos con respecto a los §§ 218 y ss. que los conflictos del embarazo no pertenecen al Derecho penal» (SPD). «Para garantizar la asistencia a largo plazo, es necesaria la desestigmatización y despenalización de los abortos autodeterminados, así como una asunción general de los costos. Esto sólo es posible si el aborto autodeterminado ya no se regula en el StGB (§ 218 y § 219), sino fuera de él» (Bündnis 90/Die Grünen); en cada caso, ver el programa de los partidos para las elecciones al Bundestag de 2021, p. 43 (SPD) y p. 191 (Bündnis 90/Die Grünen), disponible en <https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Beschluesse/Programm/SPD-Zukunftsprogramm.pdf> y https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUENEN-Bundestagswahl-2021_barrierefrei.pdf (consultado por última vez en cada caso el 10 de junio de 2023).

⁸⁸ Cfr. Wahlprüfsteine zur Bundestagswahl 2021, disponible en <https://www.fdp.de/wahlpruefsteine> (último acceso el 10 de junio de 2023, palabra clave «Schwangerschaftsabbruch»): «Este compromiso es el resultado de una larga discusión social y, desde el punto de vista de los Demócratas Libres, no debería tocarse en su construcción básica».

PARTE III

RESPONSABILIDAD PENAL POR DEFICIENCIAS ORGANIZATIVAS EN CENTROS DE OBSTETRICIA, RESIDENCIAS PARA DISCAPACITADOS Y GERIÁTRICOS

¿VIOLENCIA OBSTÉTRICA COMO HECHO PUNIBLE?

Sobre la necesidad e idoneidad de la intervención jurídico-penal

FERNANDO GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO *

I. INTRODUCCIÓN

1. En una reciente contribución, formulaba Juan Pablo Montiel la siguiente propuesta de *lege ferenda*, para una tipificación específica de la violencia obstétrica en los Códigos penales alemán, argentino y español: «El personal de salud que sin consentimiento válido de la embarazada practicare cesárea o realizare cualquier otra intervención médica sobre el cuerpo de la mujer con el fin de acelerar el proceso natural del parto o con cualquier otra finalidad terapéutica, será reprimido con pena»¹.

Se propone así, un modelo de regulación que fundamenta lo injusto específico de la figura delictiva en la intervención «sobre el cuerpo de la mujer sin contar con un consentimiento real y válido»². Si bien subraya el autor que «lo verdaderamente importante es la efectiva disposición del cuerpo» de esta, por lo que sugiere su ubicación sistemática dentro de los delitos contra la integridad física³. Tutela específica de la integridad que justifica Montiel en la «situa-

* Profesor de la Universidad de La Laguna. El presente trabajo se desarrolla en el marco del proyecto: «#Fakepenal. Impacto de la tuitización de la opinión pública sobre el Derecho penal y consecuencias para el debate en torno a su democratización, PID2021-125730OB-I00», así como: «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPEBIO), PID2022-136743OB-I00», Proyectos de Generación de Conocimiento 2022, MCIN/AEI/FEDER Una manera de hacer Europa.

¹ MONTIEL, en: Kudlich et al. (eds.), Cuestiones actuales del Derecho penal médico, Madrid, 2017, pp. 57 (75); sobre el concepto de violencia obstétrica, *el mismo*, RFD (X-1) 2019, pp. 123 (126 ss.).

² MONTIEL, en: Cuestiones actuales del Derecho penal médico (nota 1), pp. 76, 70 s.

³ MONTIEL, en: Cuestiones actuales del Derecho penal médico (nota 1), pp. 78 s.; *el mismo*, RFD (X-1) 2019, pp. 123 (134 ss., 142).

ción de especial vulnerabilidad» en la que se encuentra la mujer en los procesos de parto⁴, y que argumenta fundamentalmente en el marco de la proporcionalidad en sentido estricto, esto es, señalando los intereses que se tutelan y afectan mediante la citada propuesta de definición legal.

2. A este planteamiento, ha opuesto ya Zimmermann lo extraño que resultan los modelos comparados vigentes desde una perspectiva alemana⁵. Por lo que sugiere, frente a ello, tutelar el derecho a la libre determinación de la mujer en la asistencia al parto mediante una disminución de las exigencias relativas a su capacidad de consentimiento, junto a un correlativo incremento de los deberes de información del personal sanitario sobre las medidas que eventualmente pudieran venir en consideración. En particular, propone Zimmermann una mayor y más temprana definición de estos deberes en interés de la parturienta, pero también del propio profesional sanitario, que vería concretado, en mayor medida, el alcance de sus deberes frente a la anterior⁶.

Planteamiento este que va en la línea del Dictamen de 13 de julio de 2022 del Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer de la ONU (CEDAW/C/82/D/149/2019)⁷ y de la resolución del Consejo de Europa 2306 (2019) de 3 de octubre⁸, para un fortalecimiento de la esfera jurídica de la mujer en el ámbito sanitario, en general, y de la atención obstétrica en particular.

3. En la presente contribución, se pretende profundizar en el problema político-criminal señalado, en particular, en la necesidad e idoneidad de intervención jurídico-penal. Idoneidad que, en el contexto social presente, nos lleva a considerar el propio discurso público, dado el creciente desinterés por la verdad, el rechazo al discurso experto y una preocupante deriva política populista con carácter general⁹. En este sentido, advertía Montiel de que «las pocas manifestaciones legislativas del fenómeno de la violencia obstétrica respond[en] más a espasmos de un populismo punitivo que a polí-

⁴ MONTIEL, en: Cuestiones actuales del Derecho penal médico (nota 1), p. 67.

⁵ ZIMMERMANN, en: Kudlich et al. (eds.), Cuestiones actuales del Derecho penal médico, Madrid, 2017, pp. 81 (81 ss.).

⁶ ZIMMERMANN, en: Cuestiones actuales del Derecho penal médico (nota 5), pp. 101 ss., en particular, sobre los supuestos de renuncia y representación, v. pp. 104 ss.

⁷ Cfr. <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/07/spain-responsible-obstetric-violence-un-womens-rights-committee-finds>, que avanza, en el sentido del anterior de 28 de febrero de 2020 (CEDAW/C/75/D/138/2018), <https://www.ohchr.org/es/2020/03/spain-needs-combat-obstetric-violence-un-experts> [consultados el 18 de febrero de 2023].

⁸ Cfr. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=28236&lang=en> [consultado 18 de mayo de 2023]. Por lo demás, también GONZÁLEZ DARIAS/ESCURIET PEIRÓ, EC (32) 2022, pp. 1 (2 ss.).

⁹ Al respecto MCINTYRE, Posverdad, Madrid, 2018, *pássim*; en relación con nuestra disciplina SÁNCHEZ LÁZARO, Anales de la cátedra Francisco Suárez (1) 2021, pp. 67 (67 ss.).

ticas criminales suficientemente meditadas»¹⁰, señalando así, negativamente, el camino a seguir en la presente contribución: propiciar una política criminal más meditada, profundizando en el problema [*Problemimpuls*] que subyace al presente debate¹¹, en la línea de una dogmática que, de *lege ferenda*, procura anteponer a las leyes un riguroso estudio de la correspondiente cuestión político-criminal¹².

II. LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA EN ESPAÑA: UNA SEGUNDA APROXIMACIÓN

1. En relación con la necesidad de intervención, señala Montiel el notable incremento de las cesáreas médicamente innecesarias. Incremento que entiende consecuencia de una política sanitaria intervencionista que concibe el parto como una patología y determina los tiempos gestacionales del feto, en detrimento de la integridad física y autodeterminación de la mujer¹³. Más concretamente, en relación con España, señala la alta tasa de cesáreas, que «superaba ampliamente en 2007 el 15 por 100», según datos del Ministerio de Sanidad y Consumo¹⁴. Tasa en la línea de otros países como Alemania, donde ascendía al 31,7 por 100 de los partos acontecidos en el año 2012, o en Chile, que rondaba el 40 por 100¹⁵. Tasas que superan el citado límite de hasta el 15 por 100 de los partos que sugiere la OMS como criterio indicativo de calidad en la atención materna y perinatal¹⁶. Pero criterio de calidad que precisamente por ello, no se presta sin más como criterio de intervención político-criminal.

2. Más concretamente, en el Informe sobre la Atención al Parto y Nacimiento en el Sistema Nacional de Salud se sitúa la tasa de cesáreas en el 22,02

¹⁰ MONTIEL, en: Cuestiones actuales del Derecho penal médico (nota 1), p. 79; *el mismo*, RFD (X-1) 2019, pp. 123 (132 ss.).

¹¹ En esta línea ya, criticando, en general, la insuficiente determinación del problema en el proceso de creación de las leyes NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, pp. 80 s., por lo demás, pp. 72 ss.

¹² CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español I*, 6.ª ed., Madrid, 2004, p. 89; NOLL, *Gesetzgebungslehre* (nota 11) pp. 72 ss.; por lo demás ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho penal*, Madrid, 1986, *pássim*.

¹³ MONTIEL, en: Cuestiones actuales del Derecho penal médico (nota 1), pp. 57 ss., 67, señalando asimismo la deshumanización.

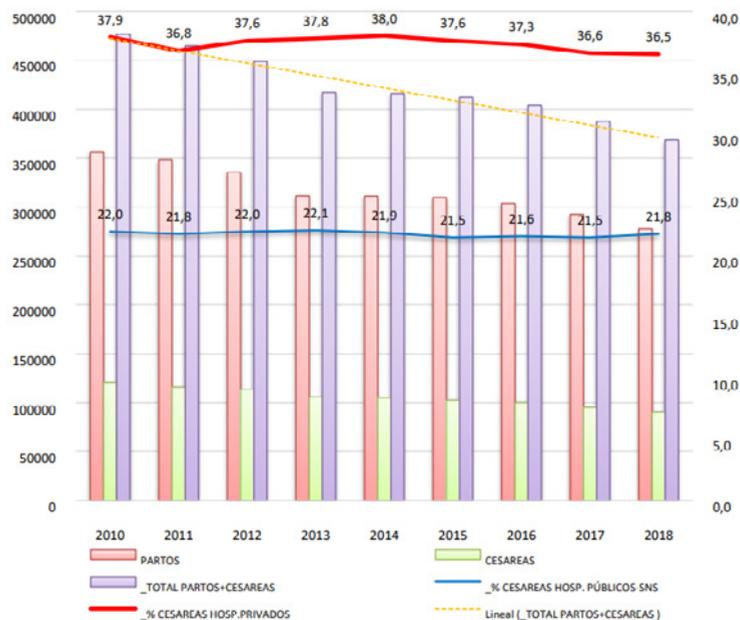
¹⁴ MONTIEL, en: Cuestiones actuales del Derecho penal médico (nota 1), p. 59 n. 1.

¹⁵ MONTIEL, en: Cuestiones actuales del Derecho penal médico (nota 1), p. 59 n. 10; *el mismo*, RFD (X-1) 2019, p. 123 (128 n. 13), con ulteriores referencias.

¹⁶ Informe sobre la Atención al Parto y Nacimiento en el Sistema Nacional de Salud, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Gobierno de España, 2012, p. 34; World Health Organization, *Recommendations non-clinical interventions to reduce unnecessary caesarean sections*, 2018, p. 12.

por 100 en el año de referencia¹⁷. Mientras que, más recientemente, se avanzaban las siguientes cifras desde el Ministerio de Sanidad¹⁸:

Figura 11. Número de partos, partos por cesáreas y porcentaje de cesáreas según dependencia del hospital (público-SNS, privado) 2010-2018



3. Cifras que sitúan en el 24,6 por 100 la tasa de cesáreas en el año 2018, pero que, en particular, reflejan una acentuada divergencia entre los centros hospitalarios públicos y privados, que superan en más de un 70 por 100 a los primeros¹⁹. De modo que mientras en aquellos la tasa de cesáreas ascendía al 21,8 por 100 en ese último año, en los segundos alcanzaba el 36,5 por 100.

4. Divergencias que han despertado el interés de los medios de información: «Parir con bisturí: parir en un hospital privado influye más que la edad de

¹⁷ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Gobierno de España, 2012, p. 34.

¹⁸ Atención perinatal en España: Análisis de los recursos físicos, humanos, actividad y calidad de los servicios hospitalarios 2010-2018. Ministerio de Sanidad, Madrid, 2021, p. 20; sobre la tendencia internacional World Health Organization, Recommendations non-clinical interventions to reduce unnecessary caesarean sections, 2018, p. 12.

¹⁹ RECIO ALCAIDE/ARRANZ MUÑOZ, PT (8) 2020, pp. 1 (6 ss., 12). También véase Atención perinatal en España: Análisis de los recursos físicos, humanos, actividad y calidad de los servicios hospitalarios 2010-2018, p. 20.

las madres en la probabilidad de tener una cesárea»²⁰; «Violencia obstétrica: el abuso silenciado detrás de las cesáreas... en los partos»²¹; «Los hospitales que abusan de los partos quirúrgicos»²²; «La violencia obstétrica en el parto, la gran invisible: infantilización de las mujeres y malas prácticas»²³, etcétera.

Y medios que ya han apuntado la idoneidad de una intervención jurídico-penal: «un abordaje desde la violencia de género abriría la puerta a particularidades como la recepción de ayudas específicas o a encauzar los procedimientos judiciales a través de los juzgados de violencia contra la mujer»²⁴.

5. En relación con las causas, se señala la posibilidad de programación del parto que ello permite a los hospitales privados, así como, en particular, el incremento de ingresos que supone para estos últimos: «Los motivos económicos sobrevuelan las razones que pueden llevar a centros privados a preferir las cesáreas»²⁵. Al ser significativamente mayor el ingreso que genera un parto por cesárea que el que genera un parto vaginal²⁶.

6. Así, con anterioridad a la implantación de la Estrategia de Atención al Parto Normal, en el año 2007, el coste medio de una cesárea sin complicaciones superaba en unos € 1000 al de un parto vaginal sin complicaciones²⁷. Diferencia que aumenta tras la implementación de la Estrategia de Atención al Parto Normal, quedando los costes en € 2.700 y € 1.400 respectivamente, entre los años 2008 y 2009. Pero que vuelve a incrementarse sustancialmente a partir del año 2010, pasando el coste medio de las cesáreas sin complicaciones

²⁰ https://www.eldiario.es/sociedad/parir-hospital-privado-influye-edad-madres-probabilidad-cesarea_1_9581255.html#:~:text=La%20probabilidad%20de%20tener%20un%20parto%20por%20ces%C3%A1rea%20en%20la,superior%20a%20un%20hospital%20p%C3%BAblico [consultado 18 de mayo 2023].

²¹ <https://elpais.com/mamas-papas/2021-07-24/violencia-obstetrica-el-abuso-silenciado-detras-de-las-cesareas-y-de-la-maniobra-kristeller-en-los-partos.html> [consultado 18 de mayo 2023].

²² https://www.eldiario.es/sociedad/mapa-tasa-cesareas-espana-hospitales-abusan-partos-quirurgicos_1_9545161.html [consultado 18 de mayo 2023].

²³ https://www.elespanol.com/mujer/salud-bienestar/20210520/violencia-obstetrica-parto-invisible-infantilizacion-mujeres-practicas/582193383_0.html [consultado 18 de mayo 2023].

²⁴ https://www.infolibre.es/politica/legislar-violencia-obstetrica-reto-apeenas-precedentes-america-latina-lleva-delantera_1_1208855.html [consultado 12 de mayo 2023].

²⁵ https://www.eldiario.es/sociedad/parir-hospital-privado-influye-edad-madres-probabilidad-cesarea_1_9581255.html#:~:text=La%20probabilidad%20de%20tener%20un%20parto%20por%20ces%C3%A1rea%20en%20la,superior%20a%20un%20hospital%20p%C3%BAblico [consultado 8 de mayo 2023].

²⁶ Cfr. RECIO ALCAIDE/ARRANZ MUÑOZ, PT (8) 2020, pp. 1 (5), mientras que, negativamente, señalando la reducción de costes que supuso la implementación de la Estrategia de Atención al Parto Normal en España (27 ss.): «7,2 millones de euros por cada 100.000 partos en 2009, 14,1 millones de euros en 2010 y 13 millones en 2011. Teniendo en cuenta el número de partos de esos años... redujo los costes de los partos en 23,6 millones de euros en 2009, 44,6 millones de euros en 2010 y 39,1 millones de euros en 2011». Por lo demás, v. Atención perinatal en España: Análisis de los recursos físicos, humanos, actividad y calidad de los servicios hospitalarios 2010-2018, p. 20.

²⁷ Cfr. RECIO ALCAIDE/ARRANZ MUÑOZ, PT (8) 2020, pp. 1 (15 ss.).

por encima de los € 3.700 euros, frente a los € 2.000 euros de coste medio que supone un parto vaginal sin complicación²⁸.

Costes anteriores a los que se añaden los derivados de la mayor prolongación de la estancia hospitalaria que requieren los partos por cesárea, que se situaban en una media de 4,41 días, en el año 2018, frente a los 2,75 días de estancia hospitalaria que se precisaban de media tras un parto vaginal²⁹.

7. Se obvia en este discurso la importancia que en tales cifras cobra la propia solicitud de la paciente, así como los problemas subyacentes de desinformación. En este otro sentido, se apunta con carácter general una tasa de preferencia por el parto por cesárea del 15,6 por 100 de las parturientas, tasa que asciende al 29,4 por 100 en el caso de aquellas a las que se ha practicado en anterior ocasión³⁰. Mientras que, en relación con España, se redondea la tasa en el 15 por 100, lo que convierte a la solicitud de la parturienta en la principal causa para la práctica de cesárea en la actualidad³¹. Ello permite explicar la estabilización de las cifras por encima del 20 por 100. Pues tal porcentaje se añade al margen de entre el 10 y el 15 por 100 de indicación médica, que se sugiere por la OMS como criterio de calidad en la atención materna y perinatal³². Tasa, con todo, comparativamente baja, en relación con los países de nuestro entorno, y en particular, con el Reino Unido donde la misma se eleva hasta el 79 por 100³³.

8. En relación con las causas subyacentes, se apunta en particular problemas de desinformación³⁴. En contra de toda evidencia científica se mantiene la creencia de que la cesárea es un procedimiento protector, más moderno, seguro y controlable para la madre y el *nasciturus*³⁵. Pese a que, en relación con la salud de la madre, la cesárea se relaciona, entre otros riesgos, con pre-

²⁸ RECIO ALCAIDE/ARRANZ MUÑOZ, PT (8) 2020, pp. 1 (15 ss.).

²⁹ Cfr. Atención perinatal en España: Análisis de los recursos físicos, humanos, actividad y calidad de los servicios hospitalarios 2010-2018, p. 21; RECIO ALCAIDE/ARRANZ MUÑOZ, PT (8) 2020, pp. 1 (12).

³⁰ MAZZONI/ALTHABE/LIU/BONOTTI/GIBBONS/SÁNCHEZ/BELIZÁN, BJOG (4) 2011, pp. 391 (394 ss.). No obstante, sobre la complejidad de su determinación, también PANDA/BEGLEY/DALY, Midwifery (88) 2020, pp. 1 ss.

³¹ BETRÁN/TEMERMAN/KINGDON/MOHIDDIN/OPIYO/TORLONI/ZHANG/MUSANA/WANYONYI/GÜL-MEZOGLU/DOWNE, The Lancet (392) 2018, pp. 1358 (1360).

³² Cfr. World Health Organization, Recommendations non-clinical interventions to reduce unnecessary caesarean sections, WHO, 2018, p. 12.

³³ BETRÁN/TEMERMAN/KINGDON/MOHIDDIN/OPIYO/TORLONI/ZHANG/MUSANA/WANYONYI/GÜL-MEZOGLU/DOWNE, The Lancet (392) 2018, pp. 1358 (1360).

³⁴ BETRÁN/TEMERMAN/KINGDON/MOHIDDIN/OPIYO/TORLONI/ZHANG/MUSANA/WANYONYI/GÜL-MEZOGLU/DOWNE, The Lancet (392) 2018, pp. 1358 (1359); sobre la desinformación como fenómeno general CORRÊA DA SILVA, in: Pinto et al. (eds.), Data and Information in Online Environments, 2022, pp. 3 (3 ss.).

³⁵ BETRÁN/TEMERMAN/KINGDON/MOHIDDIN/OPIYO/TORLONI/ZHANG/MUSANA/WANYONYI/GÜL-MEZOGLU/DOWNE, The Lancet (392) 2018, pp. 1358 (1359 s.): «Contrary to scientific evidence, most women who prefer CS perceive it to be safer for the baby and for themselves... Contemporary society exposes pregnant women to a wide range of information about pregnancy and childbirth. The media has a growing influence on the decision by women to have an elective CS. Birth by elective CS tends to be

valencia de mortalidad y morbilidad perinatal, de ruptura uterina, de complicaciones relacionadas con la anestesia, lesiones orgánicas, infertilidad, embarazo ectópico o parto prematuro en ulteriores embarazos³⁶. Mientras que en relación con el recién nacido, se relaciona con posibles alteraciones en el desarrollo inmunitario, probabilidad de desarrollar alergias, atopia y asma, mayores problemas respiratorios, de obesidad o muerte fetal³⁷.

Desinformación que debe situarse en el presente contexto comunicativo, de manifiesta desconfianza hacia el discurso científico en general y el médico en particular³⁸. Si bien se apuntan igualmente razones de conveniencia de la madre y/o de los profesionales, así como de organización del hospital³⁹.

9. Tales razones permiten una primera explicación de la divergencia señalada entre los centros sanitarios públicos y privados. Pues «en la pública no está permitido que una mujer programe su fecha de parto o que elija una cesárea si no hay indicación», mientras que «en la sanidad privada «hay pactos para hacer cesáreas a la carta» o bien se programan inducciones que esconden cesáreas»⁴⁰, más allá de los mayores ingresos que supone su realización.

10. En relación con la solicitud, se apunta asimismo el miedo a los procedimientos judiciales por parte de los profesionales sanitarios, como una de las principales razones para acceder a lo solicitado por la paciente. En este sentido, resulta mayor la probabilidad de demanda en caso de complicaciones durante un parto vaginal, aun cuando no haya evidencia de error, que en caso

presented as controllable, convenient, fashionable, and modern», 1360: «Contrary to scientific evidence, it is commonly believed that a CS is a protective procedure».

³⁶ Cfr. World Health Organization, Recommendations non-clinical interventions to reduce unnecessary caesarean sections, pp. 12 s.

³⁷ Cfr. RECIO ALCAIDE/ARRANZ MUÑOZ, PT (8) 2020, pp. 1 (30); con ulteriores referencias MAZZONI/ALHABE/LIU/BONOTTI/GIBBONS/SÁNCHEZ/BELIZÁN, BJOG (4) 2011 118 (4) 2011, pp. 391 (391 s.).

³⁸ Cfr. IYENGAR/MASSEY, PNAS 116 (2019), pp. 7656 (7656 ss.); CHAVES/BISSET ÁLVAREZ, en: Pinto et al. (eds.), Data and Information in Online Environments, 2022, pp. 70 ss.; LAZER/BAUM/BENKLER/BERINSKY/GREENHILL/MENCZER/METZGER/NYHAM/PENNYCOOK/ROTHSCHILD/SCHUDSON/SLOMAN/SUNSTEIN/THORSON/WATTS/ZITTRAIN, Science (359) 2018, pp. 1094 (1094 ss.); VAN DER BLES/VAN DER LINDEN/FREEMAN/SPIEGELHALTER, PNAS 117 (2020), pp. 7672 (7672 ss.). En relación con la reciente pandemia, también v. <https://www.praeventionstag.de/nano.cms/news/details/6431> [consultado 12 de mayo de 2023].

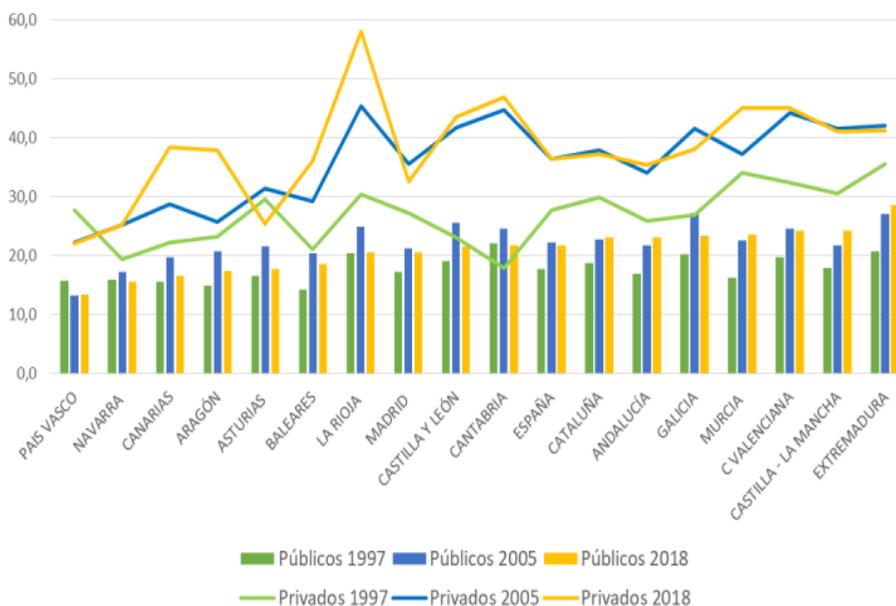
³⁹ BETRÁN/TEMERMAN/KINGDON/MOHIDDIN/OPIYO/TORLONI/ZHANG/MUSANA/WANYONYI/GÜLMEZOGLU/DOWNE, The Lancet (392) 2018, pp. 1358 (1360); con carácter general, también GONZÁLEZ DARIAS/ESCURIET PEIRÓ, EC (32) 2022, pp. 1 (3); ilustrativo, por lo demás MARTÍN-ARRIBAS/ESCURIET/BORRÁS-SANTOS/VILA-CANDEL/GONZÁLEZ-BLÁZQUEZ, IJNS (126) 2022 104129, pp. 1 (1 ss.); DWEIK/GIRASEK/MÉSZÁROS/TÖREKI/KERESZTÚRI/PÁL, AOGS (10) 2014, pp. 1025 (1029, 1031).

⁴⁰ https://www.eldiario.es/sociedad/parir-hospital-privado-influye-edad-madres-probabilidad-cesarea_1_9581255.html#:~:text=La%20probabilidad%20de%20tener%20un%20parto%20por%20ces%C3%A1rea%20en%20la,superior%20a%20un%20hospital%20p%C3%BAblico [consultado 2 de abril 2023]. Con ulteriores referencias, por lo demás BETRÁN/TEMERMAN/KINGDON/MOHIDDIN/OPIYO/TORLONI/ZHANG/MUSANA/WANYONYI/GÜLMEZOGLU/DOWNE, The Lancet (392) 2018, pp. 1358 (1359 s.).

de cesárea innecesaria. Lo que se relaciona con la errónea percepción de la cesárea en el sentido señalado, esto es, como una práctica más segura, moderna y de protección⁴¹.

11. Recientemente, también, se señalan en España las notables diferencias entre Comunidades Autónomas, que van desde el País Vasco, con tasas de cesáreas que no superan el margen del 15 por 100 recomendado por la OMS, a La Rioja que casi lo multiplica por cuatro, superando el 58 por 100 en el año 2018⁴², cfr.:

Figura 3. Tasas de cesáreas por comunidad autónoma y tipo de hospital, año 1997, 2005 y 2018



Fuente: SIAE, Ministerio de Sanidad.

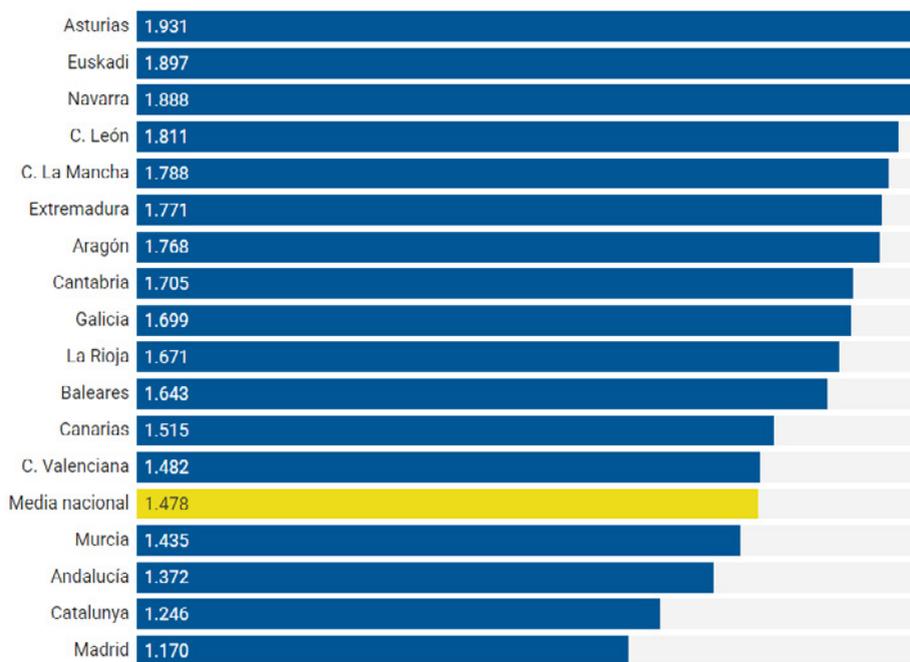
⁴¹ BETRÁN/TEMERMAN/KINGDON/MOHIDDIN/OPIYO/TORLONI/ZHANG/MUSANA/WANYONYI/GÜLMEZOGLU/DOWNE, *The Lancet* (392) 2018, pp. 1358 (1360): «In many countries, legal malpractice lawsuits make providers vulnerable even if they deliver the best evidence-based care. Contrary to scientific evidence, it is commonly believed that a CS is a protective procedure. Consequently, practitioners are more likely to be sued for complications during vaginal delivery than for unnecessary CS, even if there is no evidence of error. Being sued (even if unsuccessfully) can generate negative publicity, damage reputations and professional confidence, and destroy careers. This situation might result in health providers delivering a CS for professional protection, rather than to benefit the mother and the baby».

⁴² RECIO ALCAIDE/ARRANZ MUÑOZ, *PT* (8) 2020, pp. 1 (15).

Tasas más bajas de cesáreas que corresponden a las tres Comunidades Autónomas que más gasto sanitario por habitante realizaron en el año 2021 ⁴³, lo que también se relaciona con su minoración ⁴⁴:

El gasto en Sanidad de cada CCAA en 2021

Gasto autonómico dedicado a la sanidad en 2021. Datos en euros por habitante



12. Estadísticamente, el incremento de las tasas de cesáreas se relaciona asimismo con un mayor número de incubadoras en funcionamiento, de obstetras en el personal sanitario, de partos múltiples y de recién nacidos de bajo peso. Mientras que su reducción, con un mayor número de paritorios en funcionamiento, de matronas en el personal sanitario y de partos atendidos en el hospital ⁴⁵.

⁴³ Cfr. https://www.eldiario.es/sociedad/madrid-andalucia-catalunya-murcia-cola-gasto-habitante-sanidad-servicios-sociales_1_9658136.html#:~: text=consultado 12 de mayo de 2023].

⁴⁴ Cfr. RECIO ALCAIDE/ARRANZ MUÑOZ, PT (8) 2020, pp. 1 (25).

⁴⁵ Cfr. RECIO ALCAIDE/ARRANZ MUÑOZ, PT (8) 2020, pp. 1 (25); con ulteriores referencias, GONZÁLEZ DARIAS/ESCURIET PEIRÓ, EC (32) 2022, pp. 1 (3 s.), señalando, con carácter general, la incidencia de la presión asistencial (2); MARTÍN-ARRIBAS/ESCURIET/BORRÁS-SANTOS/VILA-CANDEL/GONZÁLEZ-BLÁZQUEZ, IJNS (126) 2022 104129, pp. 1 (1 ss.).

13. Con carácter general, se señala igualmente el enfoque de las ciencias de la salud hacia la detección de riesgos y el diagnóstico y tratamiento de patologías, como una de las causas de los excesos de patologización e intervencionismo en los procesos de salud de las mujeres y del parto, en particular⁴⁶. Se cuestiona así, la existencia de «prácticas asistenciales arraigadas... que se practican de forma rutinaria y que, de acuerdo a la evidencia actual, han demostrado su impacto negativo sobre el bienestar de las mujeres, recién nacidos y sobre los costes económicos que conlleva para los agentes públicos de salud»⁴⁷. En este sentido, sólo el 15,5 por 100 de los hospitales recogían en su protocolo la totalidad de las recomendaciones vigentes de atención al parto⁴⁸. Mientras que, con carácter general, se apunta igualmente la ausencia de perspectiva de género en este ámbito, así como el carácter «profundamente hospitalario y cuasi quirúrgico» de los entornos de parto, o la escasa presencia de alternativas en el Sistema Nacional de Salud⁴⁹.

14. Por lo demás, desde un punto de vista estadístico, resultaban más preocupantes los datos que se recogían sobre las episiotomías en el año que toma Montiel de referencia⁵⁰, con una tasa que duplicaba la de cesáreas, y triplicaba la respectiva recomendada, también del <15 por 100, por la OMS. Episiotomía que se relaciona, por su parte, con un incremento de desgarros perineales de tipo III y IV, los que mayor repercusión clínica muestran, y que casi quintuplica la tasa que se presenta en los partos vaginales sin episiotomía, con el 4,7 por 100 y el 1 por 100 respectivamente⁵¹. Con carácter general, también, se apunta una coexistencia de desgarros con episiotomía del 70 por 100, frente a la tasa de desgarros sin episiotomía que ronda el 30 por 100⁵². Más allá de otros efectos adversos con los que se asocia asimismo esta práctica como la disfunción del esfínter anal, incontinencia urinaria o dispareunia⁵³. Tasa particularmente elevada, pese a su tendencia a la baja⁵⁴.

⁴⁶ GONZÁLEZ DARIAS/ESCURIET PEIRÓ, EC (32) 2022, pp. 1 (2); con ulteriores referencias MONTIEL, RFD (X-1) 2019, pp. 123 (127 ss.).

⁴⁷ GONZÁLEZ DARIAS/ESCURIET PEIRÓ, EC (32) 2022, pp. 1 (2).

⁴⁸ Informe sobre la Atención al Parto y Nacimiento en el Sistema Nacional de Salud, p. 29.

⁴⁹ GONZÁLEZ DARIAS/ESCURIET PEIRÓ, EC (32) 2022, pp. 1 (2 s.); sobre la importancia del entorno, sin embargo MONTIEL, RFD (X-1) 2019, pp. 123 (129 n. 18).

⁵⁰ Informe sobre la Atención al Parto y Nacimiento en el Sistema Nacional de Salud, pp. 26 s.

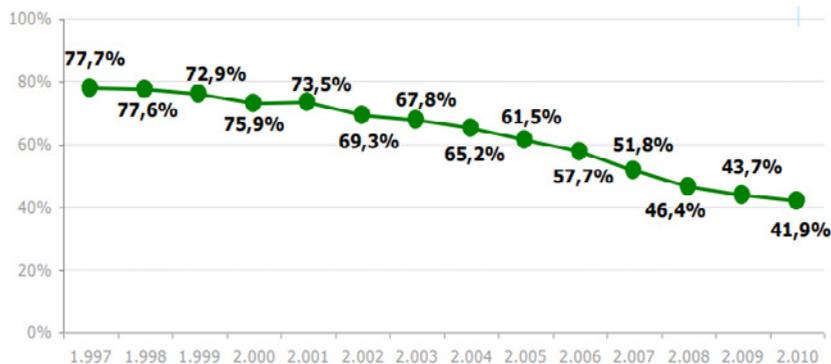
⁵¹ Informe sobre la Atención al Parto y Nacimiento en el Sistema Nacional de Salud, p. 26.

⁵² Informe sobre la Atención al Parto y Nacimiento en el Sistema Nacional de Salud, p. 27; más recientemente Atención perinatal en España: Análisis de los recursos físicos, humanos, actividad y calidad de los servicios hospitalarios 2010-2018, pp. 34 s.

⁵³ Por lo demás WORETAW/TESHOME/ALENE, RH (142) 2021, pp. 1 (2 s.), con ulteriores referencias.

⁵⁴ Informe sobre la Atención al Parto y Nacimiento en el Sistema Nacional de Salud, p. 27.

EPISIOTOMÍAS (en % sobre total partos vaginales)



15. Pero tendencia a la baja que se mantiene desde entonces, suscitando el interés por los factores de corrección⁵⁵:

Figura 24. Episiotomías en partos vaginales. Años 2010-2018



⁵⁵ Atención perinatal en España: Análisis de los recursos físicos, humanos, actividad y calidad de los servicios hospitalarios 2010-2018, p. 33; en relación con el incremento comparativo del número de profesionales sanitarios con especialidad de matrona frente a los de ginecología y obstetricia, cfr. pp. 14 s., pese al descenso de su número como residentes en formación, p. 17; GONZÁLEZ DARIAS/ESCURIET PEIRÓ, EC (32) 2022, pp. 1 (4). Por lo demás, en relación con el incremento de paritorios e incubadoras, v. Atención perinatal en España: Análisis de los recursos físicos, humanos, actividad y calidad de los servicios hospitalarios 2010-2018, pp. 12 s.

16. Se advierte, en particular, una reducción del 12,04 por 100 en los últimos cinco años de referencia, 2013 a 2018. Tendencia que, de mantenerse, nos situaría actualmente en los márgenes de recomendación de la OMS.

17. En relación con la propuesta realizada por Montiel (I.1), ello genera dudas sobre la idoneidad de la específica alusión a la cesárea, en lugar de a esta u otro tipo de intervención médica sobre la parturienta⁵⁶. Entre otras razones, porque en el año de referencia, según se expuso, la tasa de episiotomías duplicaba la de cesáreas (II.1). Dudas que se extienden al carácter abierto de la cláusula «cesárea o... cualquier otra intervención médica sobre el cuerpo de la mujer». Pues no se trata de una cláusula de equivalencia a la primera intervención –cesárea– en términos de desvalor⁵⁷. Sino que se refiere, sin más, a «cualquier otra intervención médica» sobre el cuerpo de aquella, lo que permite la subsunción de intervenciones muy distintas⁵⁸. Sin perjuicio de que a la luz de los datos expuestos, y la complejidad de factores tales como el gasto sanitario por habitante, el aumento de la edad de las madres, la necesidad de actualización de los protocolos de atención al parto, los problemas de desinformación, la tasa de solicitud o el miedo de los profesionales sanitarios a eventuales acciones judiciales en caso de denegación⁵⁹, invitan primeramente a la cautela y a ulterior profundización.

III. SOBRE LA DISPUTA DE PALABRAS EN EL DISCURSO PÚBLICO ACTUAL

1. En una ponencia titulada «Comunicación política en tiempos de crisis»⁶⁰, afirmaba nuestro anterior vicepresidente del gobierno, Pablo Iglesias: «Hay palabras que tienen una carga valorativa positiva y palabras que

⁵⁶ MONTIEL,, en: Cuestiones actuales del Derecho penal médico (nota 1), p. 75.

⁵⁷ Cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda, Granada, 2007, pp. 37 ss.

⁵⁸ Ilustrativo Estrategia de Atención al Parto Normal en el Sistema Nacional de Salud, Ministerio de Sanidad y Consumo, 2007, pp. 35 ss.; Informe sobre la Atención al Parto y Nacimiento en el Sistema Nacional de Salud, p. 17 ss.; Atención perinatal en España: Análisis de los recursos físicos, humanos, actividad y calidad de los servicios hospitalarios 2010-2018, pp. 30 ss.

⁵⁹ Cfr. Atención perinatal en España: Análisis de los recursos físicos, humanos, actividad y calidad de los servicios hospitalarios 2010-2018, p. 40; BETRÁN/TEMERMAN/KINGDON/MOHIDDIN/OPIYO/TORLONI/ ZHANG/MUSANA/WANYONYI/GÜLMEZOGLU/DOWNE, The Lancet (392) 2018, pp. 1358 (1360); GONZÁLEZ DARIAS/ESCURIET PEIRÓ, EC (32) 2022, pp. 1 (2 ss.); MARTÍN-ARRIBAS/ESCURIET/BORRÁS-SANTOS/VILA-CANDEL/GONZÁLEZ-BLÁZQUEZ, IJNS (126) 2022 104129, pp. 1 (1 ss.).

⁶⁰ Organizando la resistencia. III Jornadas de marzo, viernes 1 de marzo de 2013, Unión de Juventudes Comunistas de España-Aragón, <https://www.youtube.com/watch?v=Zh2qWOsRyO0> [consultado 18 de agosto 2022].

tienen una carga valorativa negativa. La palabra democracia mola, por lo tanto habrá que disputársela al enemigo cuando hagamos política. La palabra dictadura no mola, aunque sea dictadura del proletariado, no mola nada, no hay manera de vender eso. Aunque podamos teorizar que la dictadura del proletariado es la máxima expresión de la democracia, en la medida en que aspira a anular unas relaciones de clase injusta que en sí mismas, ontológicamente, anulan la posibilidad de la igualdad que es la base de la democracia. No hay a quien le vendas que la palabra dictadura mola. La palabra que hay que disputar es la palabra democracia»⁶¹.

2. Ello en un marco programático político que se asienta en la distinción entre pueblo y élite, así como en la impugnación de esta –élite, no pueblo, o casta, si se quiere–, en tanto que impide la realización de los valores sobre los que aquel –el pueblo– cimenta su constitución⁶². Se entiende así, que cuando los «adversarios asumen términos» introducidos o disputados por ellos, «como casta, puertas giratorias, [...] desahucios, precariedad, etcétera, están asumiendo que el combate se ha desplazado a un terreno que nos favorece»⁶³. Término casta que «señala a los ladrones que construyen dispositivos políticos para robar la democracia a la gente, [y] que se ha impuesto en el lenguaje po-

⁶¹ <https://www.youtube.com/watch?v=Zh2qWOsRyO0>, minuto 21:19 en adelante [consultado 18 de agosto 2022]. Igualmente, v. IGLESIAS TURIÓN, *Disputar la Democracia. Política para tiempos de crisis*, Madrid, 2014, p. 17, donde ofrece «un compendio de argumentos y de técnicas de combate para una pelea por explicar la realidad en la que no tiene ningún sentido buscar un discurso que nos sitúe siempre a la izquierda del resto, sino el que nos sirva para ser el referente y los defensores de la democracia», por lo demás, en p. 48: «la palabra antisistema tiene una connotación delictiva y la palabra mercado no tiene nada que ver con los golpes de Estado... No es lo mismo hablar de alivio fiscal que de insolidaridad de los ricos para describir que se bajen los impuestos a las grandes fortunas; la palabra alivio, obviamente, tiene una carga valorativa positiva aunque lo esté [sic] ocurriendo que [sic] es que el Estado tenga menos recursos para hacer políticas sociales porque los ricos no pagan impuestos. Por eso nunca se debe asumir el lenguaje del adversario político... sino disputarlo». Igualmente ERREJÓN, *Empiria* (32) 2015, pp. 193 (205). Ilustrativo, también PAREDES CASTAÑÓN, en: Oliver-Lalana (ed.), *Debatiendo leyes. Estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación*, Madrid, 2022, pp. 373 (373 ss.).

⁶² En detalle cfr. LACLAU/MOUFFE, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Ciudad de México, 1987, pp. 105 ss., 141 ss., 167 ss., 178 ss., 198 ss. Más recientemente, también LACLAU, *Debates y combates. Por un nuevo horizonte de la política*, 2008, pp. 13 ss., sobre las nociones de demanda y equivalencia, pp. 24 ss.; ERREJÓN, *Empiria* (32) 2015, pp. 193 (200, 206); con matices ERREJÓN/MOUFFE, *Construir pueblo. Hegemonía y radicalización de la democracia*, Vilassar de Dalt, 2015, pp. 118 ss. Por lo demás GÓMEZ VILLAR, Ernesto Laclau y Chantal Mouffe: *Populismo y hegemonía*, Barcelona, 2021, pp. 32 s., definiendo el populismo como una serie de recursos discursivos, susceptible de instrumentarse por «movimientos de signos ideológicos muy distintos», «el populismo es un modo de construir lo político. Y la operación política por excelencia va a ser siempre, para Laclau, la construcción de pueblo»; sobre la función del antagonismo, v. pp. 58 s.: «sin esa división de la sociedad en dos campos no hay construcción de pueblo. Si la frontera política desaparece, el pueblo como actor histórico se desintegra. El sistema institucional ha de estar fracturado, roto, para que el momento populista resulte efectivo. En una situación de estabilidad institucional no hay posibilidad de construcción de pueblo desde una lógica populista».

⁶³ IGLESIAS TURIÓN, *Disputar la Democracia* (nota 61), p. 48.

lítico español»⁶⁴. De ahí que se entienda como una victoria «la patética imagen de los artífices políticos de la crisis diciendo con lágrimas de cocodrilo «yo no soy casta»»⁶⁵.

3. En este marco, Iglesias y la formación política a la que pertenece –PODEMOS– han mostrado particular interés por la palabra feminismo. Así, se manifestaba el primero, a finales de 2018: «El nuevo republicanismo será feminista o no será», frente a la «virilidad como valor político», advirtiendo igualmente de los riesgos de reacción⁶⁶. Interés que ha venido reiterando en distintos pronunciamientos desde entonces, cfr.: «El feminismo ha llegado para quedarse»⁶⁷, «hay que [...] incorporar buena parte de las propuestas del movimiento de las mujeres a nuestras normas de convivencia y a nuestra política económica [...], lo que está aportando el feminismo es básicamente una manera diferente de entender la economía que se fundamenta en los cuidados y en la necesidad de construir comunidades, que es en última instancia lo que nos permite avanzar como sociedad y lo que nos permite aspirar a una vida digna»⁶⁸, «pensar república como una caja de herramientas identitaria de una España plurinacional me permite augurar que habrá dos elementos claves que definan el frente amplio que hay que construir: el feminismo y la república»⁶⁹.

4. Interés que se refrenda institucionalmente en el pacto de gobierno de 30 de diciembre de 2019 y que se concreta en la asignación para Iglesias de la

⁶⁴ IGLESIAS TURIÓN, *Disputar la Democracia* (nota 61), p. 21.

⁶⁵ IGLESIAS TURIÓN, *Disputar la Democracia* (nota 61), p. 21; en detalle, sobre el concepto casta, v. pp. 154 ss.; igualmente v. ERREJÓN, *Empiria* (32) 2015, pp. 193 (206); GÓMEZ VILLAR, *Populismo y hegemonía* (nota 62), pp. 49 s., señalando en p. 53, «la diferencia «casta/gente» es una concreción, introducida por la formación política Podemos, del esquema pueblo/élites que adoptará diferentes significantes en función de los contextos».

⁶⁶ Cfr. <https://www.europapress.es/videos/video-iglesias-nuevo-republicanismo-sera-feminista-no-sera-20181206191716.html> [consultado 22 de septiembre 2022], señalando asimismo que «las revoluciones siempre tendrán sus expresiones reaccionarias, y hay que tener cuidado porque la reacción a veces, gana [...] Por eso es fundamental que todos entendamos que la mejor vacuna para no volver al pasado, que la mejor vacuna para que las conquistas sociales de la gente trabajadora y de las mujeres, que son conquistas transversales que nos benefician a todos y a todas, tengan en el movimiento de las mujeres, en la revolución de las mujeres, el combustible que alimente un nuevo movimiento republicano que avanza en España, y que tendrá que tener sus propios símbolos. Hoy hemos tratado de señalar uno de esos símbolos, que mira al pasado con respeto, pero que apunta hacia el futuro», concluyendo con la reivindicación del feminismo en los términos expuestos; sobre la función de los significantes en la construcción de la identidad popular, GÓMEZ VILLAR, *Populismo y hegemonía* (nota 62), pp. 67 ss.

⁶⁷ https://www.lasexta.com/noticias/nacional/pablo-iglesias-ganamos-estamos-muy-fuertes-garantiza-gobierno-progresista-izquierda_201903265c9aa17b0cf268682988726b.html [consultado 2 de mayo 2023].

⁶⁸ <https://www.youtube.com/watch?v=9DzuHio2edg> [consultado 2 de mayo 2023].

⁶⁹ <https://www.publico.es/politica/iglesias-habra-elementos-definan-frente-amplio-hay-construir-feminismo-republica.html> [consultado 2 de mayo de 2023], y ello frente a una élite que identifica como sigue: «El elemento identitario que unifica a la derecha política, económica, judicial y mediática en España en términos ideológicos es el ¡viva el rey!».

vicepresidencia de Asuntos Sociales, y en particular, para Irene Montero –militante del partido y pareja– del Ministerio de Igualdad⁷⁰. Pues bien, desde el punto de vista de una política criminal racional, surgen dudas sobre la idoneidad de plantear el presente debate en un momento en el que institucionalmente, desde el gobierno, se asume «la retórica del antagonismo» en los términos expuestos, así como la necesidad de una perenne fractura del espacio político, de modo que «el objetivo fundamental del poder ejecutivo» deja de ser el usar las instituciones para procurar la satisfacción racional de las distintas demandas, «pues... debe mantenerse» la insatisfacción⁷¹. Con otras palabras, nos encontramos en un momento en el que, desde las instituciones programáticamente se entiende que «no puede existir una política radical sin la definición de un adversario, el antagonismo no se puede erradicar», de forma que «el papel crucial otorgado al antagonismo elimina cualquier posibilidad de reconciliación final, de articular un consenso racional»⁷².

5. Ello permite entender los términos en los que Iglesias Turrión defendía el entonces Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que avanzaba una profunda reforma de los delitos contra la libertad sexual, frente a las objeciones técnicas vertidas desde el Ministerio de Justicia. Pues se trataba de la defensa de una palabra institucionalmente conquistada⁷³, y en concreto, de la defensa de su instrumentalización en forma ley: «En las excusas técnicas hay mucho machismo frustrado», matizando seguidamente, «a las mujeres se les ha puesto muchísimas excusas como una manera de limitar y tratar de detener el avance del movimiento feminista»⁷⁴. En la línea de lo manifestado, sobre la ley del aborto, por la Ministra de Igualdad: «Sería raro que el CGPJ, pues, hubiese visto con buenos ojos un avance en derechos feministas; nunca lo ha hecho, siempre los ha cuestionado, siempre ha intentado poner trabas», señalando igualmente, de qué manera se ponen estos derechos «en el punto de mira de los reaccionarios... de la derecha, la extrema derecha, de los

⁷⁰ Cfr. <https://www.psoe.es/actualidad/documentos-de-interes/acuerdo-de-coalicion-progresista-entre-psoe-y-unidas-podemos/> [consultado 2 de mayo de 2023].

⁷¹ GÓMEZ VILLAR, Populismo y hegemonía (nota 62), pp. 60 s. Por lo demás LACLAU/MOUFFE, Hegemonía y estrategia socialista (nota 62), pp. 105 ss., 141 ss., 167 ss., 178 ss. Más recientemente, con matices ERREJÓN/MOUFFE, Construir pueblo (nota 62), pp. 34 s., 46 ss.

⁷² GÓMEZ VILLAR, Populismo y hegemonía (nota 62), p. 62. Ilustrativo, por lo demás ERREJÓN, Empiria (32) 2015, pp. 193 (200 ss.).

⁷³ Ilustrativo, ERREJÓN, Empiria (32) 2015, pp. 193 (205), para quien se trata de «palabras fundamentales sobre las cuales se está produciendo una lucha, una disputa para darles un significado o darles otro [...], como si fueran colinas por tomar por uno u otro».

⁷⁴ https://www.eldiario.es/politica/minuto-politico-gobierno-aprueba-libertad_6_1045762_1000578.htm l [consultado 11 de mayo de 2023]. Al respecto, igualmente v. PAREDES CASTAÑÓN, en: Debatiendo leyes (nota 61), pp. 373 ss., 400 ss.

machistas»⁷⁵. O las críticas de la Secretaria de Estado de este ministerio, Ángela Rodríguez, contra las solicitudes de reducción de condena, al amparo de la reforma anterior: «los abogados que intentan que las penas se rebajen son los abogados de los presuntos [sic] violadores. Son propaganda machista, un intento desesperado de la defensa»⁷⁶.

6. Se manifiesta así la anteposición del antagonismo como principio político a la idoneidad técnica de la reforma o de la ley en cuestión mediante el recurso a razones –descalificativas: «machismo frustado», «propaganda machista»– refragtarias al discurso experto, con carácter general⁷⁷. Se trata de que la conquista institucional de la palabra feminismo, mediante el Ministerio correspondiente, no se está prestando particularmente a concesiones⁷⁸. Si bien aquí no se pretende tanto cuestionar el antagonismo como principio programático político⁷⁹, como señalar su presente manifestación en esta materia en cuanto razón actual de inidoneidad para el planteamiento de la presente cuestión político-criminal.

IV. BREVEMENTE, SOBRE EL PRESENTE CONTEXTO SANITARIO

1. Finalmente, se señala en una reciente investigación la superior incidencia del COVID-19 entre los profesionales sanitarios, frente al resto poblacional. Con carácter general, se apunta una incidencia un 19,9 por 100 superior a la media⁸⁰ y, en particular, su significativa incidencia en la salud mental de este colectivo, en forma de estrés, ansiedad, depresión, alteración del sueño y agotamiento laboral («*burnout*»). Impacto que ha sido especialmente mayor en la primera línea de asistencia, sugiriéndose, con carácter general, la urgente adopción de medidas de ayuda y protección⁸¹.

⁷⁵ <https://www.rtve.es/play/videos/la-hora-de-la-1/montero-carga-cgpj-ley-aborto-raro-visto-buenos-ojos-avance-feminista/6681266> [consultado 11 de junio de 2023].

⁷⁶ https://twitter.com/Pam_Angela_/status/1582648944068526080 [consultado 11 de junio de 2023].

⁷⁷ Ilustrativo ya STRENG, ZStW 111, 1999, pp. 827 (833 ss., 837): «Se trató y se trata de una forma cuestionable de Derecho penal simbólico, es decir de uno que, desde el punto de vista práctico, pone en peligro la practicabilidad del Derecho a favor de las declaraciones políticas a los ciudadanos».

⁷⁸ En un sentido distinto ERREJÓN/MOUFFE, Construir pueblo (nota 62), pp. 34 s., 46 ss.

⁷⁹ Lo que excede con mucho del propósito de esta contribución; por lo demás, en relación con la crisis económica de 2008, ilustrativo ERREJÓN, Encrucijadas (2) 2011, pp. 120 (132): «no se trataba, evidentemente de “decir la verdad” sobre la crisis económica y su gestión. Se trataba de situar la disputa política sobre un terreno más ventajoso para la impugnación del orden existente y sus élites»; más recientemente, también LEVITSKY/ZIBLATT, Cómo mueren las democracias, 2018, *passim*.

⁸⁰ GARCÍA MARTÍNEZ, APRL (2) 2022, pp. 194 (196).

⁸¹ DANET DANET, Med. Clín. (Barc) 156 (9) 2021, pp. 449 (449 ss.).

2. En este último sentido, se señalaba recientemente desde la OMS la importancia de implementar en este sector la compasión como principio orientado a apoyar y retener al personal sanitario, subrayando asimismo las altas tasas de ansiedad y depresión. Se recordaba también, la incidencia negativa de la presión en la praxis, y la necesidad de adoptar políticas que fortalezcan la confianza y autoestima de los trabajadores sanitarios, recompensando y reconociendo su labor⁸². Principio de compasión y política de tutela del personal sanitario que, como razones de idoneidad, hablan igualmente en contra de la oportunidad de una nueva intervención en este específico ámbito, en el sentido expuesto en I.1, a través del Derecho penal.

V. CONCLUSIONES

1. Las notas anteriores se circunscriben a los principios de necesidad e idoneidad, como subprincipios de proporcionalidad, en cuanto herramientas argumentativas que permiten la estructuración de nuestro discurso de lege ferenda, así como de validez constitucional⁸³. En esta línea, en relación con la problemática apuntada⁸⁴, parece que en nuestro país, la superación de la tasa de cesáreas de hasta un 15 por 100 de los partos, que se sugiere por la OMS como indicador de calidad en la atención materna y perinatal, no se relaciona tanto con la conducta cuya tipificación se propone, como con su solicitud por el 15 por 100 de las parturientas, porcentaje que se duplica en caso de práctica previa⁸⁵, así como con los problemas subyacentes de desinformación⁸⁶. A ello

⁸² WORLD HEALTH ORGANIZATION, Supporting the mental health and well-being of the health and care workforce, 2021, pp. 1 (1 ss., 3): «the importance of compassion should not be overlooked [...] as good, responsible and competent management practice. It is also a critical part of efforts to support and retain the health and care workforce [...] Public and national-level displays of compassion can empower managers and employers to demonstrate this themselves and play an active role in ensuring that the health and social care workforce also understand and accept that their mental health can easily be compromised by the work they do [...] People in the workforce, especially during times of crisis, appreciate being told that they are doing a good job. Managers and employers should take time out to praise, encourage and reward. Some workers may make more mistakes under pressure – if so, managers should be kind and not make matters worse by undermining the person’s confidence and self-esteem», disponible en: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/340220/WHO-EURO-2021-2150-41905-57496-eng.pdf> [consultado 11 de junio de 2023].

⁸³ Ilustrativas STC 81/2022, de 27 de junio 6; STC 66/2022, de 6 de junio; STC 25/2022, de 23 de febrero.

⁸⁴ MONTIEL, en: Cuestiones actuales del Derecho penal médico (nota 1), p. 59 n. 1.

⁸⁵ BETRÁN/TEMERMAN/KINGDON/MOHIDDIN/OPIYO/TORLONI/ZHANG/MUSANA/WANYONYI/GÜLMEZOGLU/DOWNE, *The Lancet* (392) 2018, pp. 1358 (1360).

⁸⁶ MAZZONI/ALTHABE/LIU/BONOTTI/GIBBONS/SÁNCHEZ/BELIZÁN, *BJOG* (4) 2011 118 (4) 2011, pp. 391 (394 ss.).

cabe añadir la incidencia de elementos estructurales, a nivel autonómico, dadas las significativas divergencias entre unas comunidades y otras, pero también a nivel de centro hospitalario, dada su relación estadística con el número de paritorios en funcionamiento, su diseño con frecuencia «hospitalario y cuasi quirúrgico»⁸⁷, número de incubadoras, obstetras y matronas o las carencias en los protocolos de atención⁸⁸.

2. En esta línea también cabe señalar la progresiva corrección de la tasa de episiotomías en las últimas décadas, pasando de un 77,6 por 100 del total de partos en el año 1998, a un 46,4 por 100 en el año 2008 y a un 27,52 por 100 en el año 2018, según datos ofrecidos recientemente por el Ministerio de Sanidad⁸⁹. Evolución positiva, con una reducción del 18,88 por 100 en la última década y que habla también a favor de vías de tutela menos lesivas⁹⁰, así como, en particular, de su tratamiento como problema político-sanitario, antes que político-criminal⁹¹.

3. Por lo demás, el entendimiento de la idoneidad como principio –esto es, como instrumento normativo de realización gradual y carácter instrumental– permite la consideración de ulteriores perspectivas de enjuiciamiento de los márgenes de rendimiento de la solución político-criminal⁹². En este sentido, se señalaba cómo el desarrollo antagonista de las políticas impulsadas desde el Ministerio de Igualdad no propicia particularmente una política-criminal racional. Al respecto, resultaba ilustrativa la defensa realizada por el entonces vicepresidente del gobierno del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, ante las críticas técnicas vertidas desde el Ministerio de Justicia: «En las excusas técnicas hay mucho machismo frustrado»⁹³, desplazando con ello, la disputa política desde la idoneidad técnico-jurídica del texto hacia la descalificación personal.

En esta línea, también la incidencia de la reciente pandemia en la salud física y mental de los trabajadores sanitarios ha llevado a la OMS a proponer en este ámbito la implementación de políticas que favorezcan su bienestar fí-

⁸⁷ Cfr. GONZÁLEZ DARIAS/ESCURIET PEIRÓ, EC (32) 2022, pp. 1 (2 ss.).

⁸⁸ Informe sobre la Atención al Parto y Nacimiento en el Sistema Nacional de Salud, p. 29.

⁸⁹ Cfr. Atención perinatal en España: Análisis de los recursos físicos, humanos, actividad y calidad de los servicios hospitalarios 2010-2018, p. 33.

⁹⁰ Cfr. Atención perinatal en España: Análisis de los recursos físicos, humanos, actividad y calidad de los servicios hospitalarios 2010-2018, pp. 12 ss.

⁹¹ Sobre el principio de *ultima ratio*, con carácter general LOPERA MESA, Principio de proporcionalidad y ley penal, 2006, pp. 433 ss.

⁹² Cfr. LOPERA MESA, Principio de proporcionalidad (nota 91), pp. 387 ss.

⁹³ https://www.eldiario.es/politica/minuto-politico-gobierno-aprueba-libertad_6_1045762_1000578.html [consultado 11 de mayo 2023].

sico, mental y laboral⁹⁴. Política de cuidado de los profesionales sanitarios que se compagina igualmente mal con la introducción de una nueva amenaza de sanción jurídico-penal.

4. Con ello, concluyo coincidiendo con Montiel cuando señala la importancia de los bienes jurídicos expuestos en este ámbito, así como la especial vulnerabilidad de la víctima, en definitiva, en las razones de proporcionalidad en sentido estricto⁹⁵. También en la necesidad de visibilizar y prestar atención a estas formas de violencia⁹⁶. Las discrepancias se circunscriben, por tanto, a los dos principios anteriores, a la idoneidad y necesidad de la intervención jurídico-penal. Por lo demás, en relación con su propuesta de *lege ferenda*, los datos anteriores ofrecen igualmente razones para cuestionar la cláusula «o con cualquier otra finalidad terapéutica»⁹⁷. En particular, porque no resulta necesariamente equivalente a la que le precede: «con el fin de acelerar el proceso natural del parto»⁹⁸. Pues según se expuso, la aceleración del parto puede obedecer a razones terapéuticas, pero también a otras bien distintas, como las apuntadas de carácter económico o de organización del centro o el profesional (cfr. II.5 y ss.)⁹⁹. Finalidades estas otras, que sí se mostrarían merecedoras de pena, pero que ya resultan punibles a la luz de nuestro vigente CP¹⁰⁰.

⁹⁴ World Health Organization: «Supporting the mental health and well-being of the health and care workforce», 2021, pp. 1 (1 ss.).

⁹⁵ Cfr. MONTIEL, RFD (X-1) 2019, pp. 123 (134).

⁹⁶ MONTIEL, en: Cuestiones actuales del Derecho penal médico (nota 1), p. 79; *el mismo*, RFD (X-1) 2019, pp. 123 (149 s.).

⁹⁷ MONTIEL, en: Cuestiones actuales del Derecho penal médico (nota 1), p. 75.

⁹⁸ Sobre las cláusulas de desvalor cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, RDPC (16) 2005, pp. 79 ss.

⁹⁹ https://www.eldiario.es/sociedad/parir-hospital-privado-influye-edad-madres-probabilidad-cesarea_1_9581255.html#:~:text=La%20probabilidad%20de%20tener%20un%20parto%20por%20ces%C3%A1rea%20en%20la,superior%20a%20un%20hospital%20p%C3%ABablico [consultado 11 de junio de 2023]. Con ulteriores referencias BETRÁN/TEMERMAN/KINGDON/MOHIDDIN/OPIYO/TORLONI/ZHANG/MUSANA/WANYONYI/GÜLMEZOGLU/DOWNE, *The Lancet* (392) 2018, pp. 1358 (1359 s.).

¹⁰⁰ Por lo demás ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho penal* (nota 12), pássim.

RESPONSABILIDAD PENAL POR DEFICIENCIAS ORGANIZATIVAS EN CENTROS DE MATERNIDAD, RESIDENCIAS PARA DEPENDIENTES Y LA TERCERA EDAD *

MICHAEL LINDEMANN **

I. «EMERGENCIA ASISTENCIAL [PFLEGENOTSTAND]» Y «CRISIS DE PARTERAS» - SOBRE LA IMPORTANCIA DEL TEMA

Un vistazo a la información periodística sobre centros de atención obstétrica, residencias para personas dependientes y de la tercera edad, revela rápidamente que las cuestiones tratadas en este artículo tienen una importancia práctica nada desdeñable: términos como «emergencia asistencial» y «crisis de parteras» se utilizan casi inflacionariamente para describir las condiciones imperantes en tales instituciones, y aun cuando se advierta una cierta tendencia de la prensa a escandalizar (y generar así una atención urgentemente, necesaria en un mercado ferozmente competitivo)¹, queda la sospecha, fundada en numerosas entrevistas a expertos, encuestas e investigaciones *in situ*, de que algo podría estar fallando aquí; hasta el punto de generar preguntas sobre la responsabilidad organizativa por las deficiencias observadas.

* Traducción revisada por Fernando Sánchez Lázaro.

** Profesor de la Universidad de Bielefeld.

¹ Por ejemplo, dos informes publicados en [stern.de](https://www.stern.de): Augenzeugenbericht. Missstände im Pflegeheim: «Ich beobachtete, wie Demenzkranke in den Zimmern eingesperrt wurden» (disponible en internet en <https://www.stern.de/gesundheit/pflegepetition/misstaende-im-pflegeheim---ich-beobachtete--wie-demenzkrankte-in-den-zimmern-eingesperrt-wurden--30364846.html>; último acceso: 1 de agosto de 2023), y Team Wallraff. Vernachlässigte Bewohner, mangelnde Hygiene: Reporter decken schockierende Zustände in Pflegeheimen auf (disponible en internet en <https://www.stern.de/panorama/-team-wallraff--deckt-schockierende-zustaende-in-pflegeheimen-auf-31614232.html>; último acceso: 1 de agosto de 2023).

De hecho, comunicaciones oficiales, como el informe de calidad asistencial que publica periódicamente el Servicio Médico de la Asociación Nacional de Cajas de Seguro por Enfermedad (MDS)², apuntan también a que las quejas sobre la calidad de los centros asistenciales no son un fenómeno en absoluto insignificante. Así, en 2019, los Servicios Médicos de las Cajas de Seguro por Enfermedad (MDK) y el servicio de inspección de la Asociación de Aseguradoras Privadas de Enfermedad (*Verband der privaten Krankenversicherung e. V.*) recibieron un total de 2.523 quejas, de las cuales 1.064 correspondieron al ámbito de la asistencia ambulatoria y 1.418 al ámbito de la asistencia hospitalaria³. Entre los motivos de las reclamaciones, predominaron las medidas de atención relacionadas con el cuerpo (ayuda con la higiene personal, nutrición, movilidad, vestirse y desvestirse, excreciones, con un total de 1.334 menciones), así como la distribución y cualificación del personal (906 menciones), seguidas del comportamiento y liderazgo del personal (444 menciones), así como el manejo de la medicación (377 menciones)⁴. Un estudio publicado en 2012 sobre las experiencias de criminalidad y violencia en la vida de las personas mayores apuntaba serios índices de victimización de este grupo de personas por parte de los cuidadores⁵. En el estudio se pudo incluir a 241 personas encuestadas mayores de 60 años que habían respondido afirmativamente a la pregunta sobre la necesidad de cuidados, ayuda o apoyo en los últimos cinco años⁶. De ellos, alrededor del 15% señalaron comportamientos problemáticos por parte de los cuidadores responsables, incluyendo en particular diversas formas de desprecio a la autonomía y dignidad (13%), así como negligencia en el cuidado (6%)⁷.

² Véase, más recientemente, MDS (ed.), 6th Nursing Care Quality Report pursuant to Section 144a (6) SGB XI. Qualität in der ambulanten und stationären Pflege, 2020 (disponible en internet en https://md-bund.de/fileadmin/dokumente/Publikationen/SPV/MDS-Qualitaetsberichte/6_PflegeQualitaetsbericht_des_MDS.pdf; último acceso: 1 de agosto de 2023).

³ MDS (ed.), 6.º Informe de calidad de la enfermería (nota 2), p. 122. De las reclamaciones restantes, 29 se referían a cuidados parciales en régimen de hospitalización y doce a cuidados de corta duración.

⁴ MDS (ed.), 6.º Informe de calidad de la enfermería (nota 2). Según la evaluación de los servicios, «los motivos de queja se confirmaron en la mayoría de los casos. En otros casos, los motivos de las quejas pudieron refutarse o no se confirmaron» (p. 127).

⁵ GÖRGEN *et al.*, Kriminalitäts- und Gewalterfahrungen im Leben älterer Menschen. Summary of essential results of a study on threats to older people and people in need of care, 2012 (disponible en internet en <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/-kriminalitaets-und-gewalterfahrungen-im-leben-aelterer-menschen--77494>; último acceso: 1 de agosto de 2023).

⁶ Como señalan los autores, se trataba exclusivamente de personas física y mentalmente capaces de participar en un estudio con cuestionario. De este modo, se excluyó desde el principio a la subpoblación especialmente vulnerable, quienes no eran capaces de expresarse o lo hacían de forma muy limitada; cfr. GÖRGEN *et al.*, Kriminalitäts- und Gewalterfahrungen (nota 5), p. 23.

⁷ GÖRGEN *et al.*, Kriminalitäts- und Gewalterfahrungen (nota 5), p. 23.

Un proyecto de investigación sobre la «Atención obstétrica por parteras en Renania del Norte Westfalia», detectaba en su informe final, presentado en 2020, carencias en la atención de las parteras⁸. Las autoras encontraron «claros indicios que apuntan a una carencia en los servicios prestados por las parteras», y señalaron «en la región, carencias y dificultades en las prestaciones, tanto en el entorno clínico como no clínico»⁹. En el trasfondo de estas y otras situaciones problemáticas similares descritas se encuentra, entre otras cosas, el elevado riesgo de responsabilidad civil por lesiones en el parto, que dificulta a los obstetras encontrar un seguro de responsabilidad civil asequible, y que hace que el funcionamiento de las salas de obstetricia sea cada vez menos atractivo para los propietarios de hospitales¹⁰.

Por todo ello, parece justificado someter a un examen más detallado la responsabilidad penal por posibles defectos organizativos en instituciones obstétricas, así como en residencias de ancianos y para la tercera edad. Para ello, en un primer paso, se reflejarán los principios generales de la responsabilidad organizativa en las instituciones médicas tomando como ejemplo el hospital (II.). A continuación, se extrapolarán los conocimientos adquiridos en este contexto, primero, al de las residencias para dependientes y la tercera edad (III.) y después brevemente al de las instituciones obstétricas (IV.). Al final del artículo se encuentra una conclusión sobre las consideraciones precedentes (V.).

II. PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD ORGANIZATIVA EN INSTITUCIONES MÉDICAS, A PARTIR DEL EJEMPLO DEL HOSPITAL

Si echamos un vistazo a las reseñas más pertinentes sobre el Derecho de responsabilidad médica (*Arzthaftungsrecht*)¹¹, se observa un claro predominio cuantitativo de la jurisprudencia de los tribunales civiles y penales sobre daños a pacientes organizativamente condicionados en relación con los hospitales, en comparación con otros contextos de responsabilidad. Esto no es sorprendente,

⁸ BAUER/SCHÄFFERS, Proyecto de investigación «Geburtshilffliche Versorgung durch Hebammen in Nordrhein-Westfalen». Informe final de los subproyectos, encuesta sobre maternidad y encuesta sobre parteras, 2020 (disponible en internet en <https://www.hs-gesundheit.de/forschung/abgeschlossene-projekte/hebabnrw>; último acceso: 1 de agosto de 2023).

⁹ BAUER/SCHÄFFERS, *Geburtshilffliche Versorgung* (nota 8), p. 202.

¹⁰ Sobre los riesgos de responsabilidad, cfr. sólo ULSSENHEIMER/BREZINKA en: Schneider/Husslein/Schneider (eds.), *Die Geburtshilfe*, 5.^a ed. 2016, pp. 1195 ss.

¹¹ Por ejemplo, JUNG/LICHTSCHLAG-TRAUT/RATZEL, en: Ratzel/Luxenburger (eds.), *Handbuch Medizinrecht*, 4.^a ed. 2021, cap. 14, n.m. 47 ss.; TERBILLE/FEIFEL, en: Clausen/Schroeder-Printzen (eds.), *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, 3.^a ed. 2020, n.m. 673 ss.; cfr. también DEUTSCH, *Das Organisationsverschulden des Krankenhausträgers*, NJW 2000, pp. 1745 ss.

ya que el hospital es hasta cierto punto el arquetipo de la institución de asistencia médica organizada jerárquicamente y diversificada estructuralmente¹²; además, el trabajo del médico sobre el paciente –al menos en lo que respecta a las ramas operativas– resulta, sin duda, «propenso al peligro» en todo momento (y, por tanto, cargado de responsabilidad [*haftungsträchtig*])¹³. Por último, pero no menos importante, la función del hospital como modelo inspirador de otras instituciones sanitarias, sugiere que las normas de responsabilidad organizativa desarrolladas para el hospital informen correspondientemente la evaluación de los sucesos lesivos acontecidos en instituciones organizadas siguiendo a aquella¹⁴.

Tradicionalmente, los hospitales muestran la estructura organizativa de tres pilares de la figura 1, que distingue entre asistencia médica, administración y enfermería, y que prevé las correspondientes funciones de gestión (dirección médica, dirección administrativa y del servicio de enfermería o similar), las cuales forman conjuntamente la dirección del hospital. En función de la forma organizativa, puede añadirse una dirección (comercial) de la empresa, que puede coincidir personalmente con la dirección del servicio económico-administrativo y que, debido a su autoridad gestora, basada en el derecho societario, puede ejercer una influencia formativa sobre la estructura y el equipamiento del hospital¹⁵.

Como principios rectores de la relación entre las distintas unidades organizativas, se muestran el principio departamental (*Ressortprinzip*) y el de confianza, estrechamente unido al anterior: la asistencia médica se caracteriza por estructuras organizativas complejas y grados considerables de especialización, de los cuales da cuenta el derecho de daños (*Haftungsrecht*) mediante principios diferenciados de responsabilidad en divisiones horizontales y verticales de trabajo¹⁶. La división horizontal del trabajo –por ejemplo, entre cirugía

¹² Sobre esto, desde una perspectiva sociológico-organizativa, ISERINGHAUSEN/STAENDER, *Das Krankenhaus als Organisation*, en: Apelt/Tacke (ed.), *Handbuch Organisationstypen*, 2012, pp. 185 ss.

¹³ En este contexto, ya HEINZE, *MedR* 1983, pp. 6 ss.

¹⁴ En detalle, sobre la organización y la estructura interna de los centros de asistencia hospitalaria, v. SCHÄDLER, *Strafrechtliche Aspekte des Organisationsverschuldens*, 2010, pp. 7 ss.

¹⁵ Cfr. sobre lo anterior HEHR, *Die Strafbarkeit von Entscheidungsträgern des Krankenhausmanagements wegen Organisationsverschuldens*, 2020, pp. 11 ss; específicamente sobre las estructuras de gestión médica STOLLMANN/WOLLSCHLÄGER, en: Laufs/Kern/Rehborn (eds.), *Handbuch des Arztrechts*, 5.^a ed. 2019, § 84 n.m. 1 ss.

¹⁶ Cfr. FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Arztstrafrecht*, 2011, cap. 1, n.m. 113 ss.; LINDEMANN, *Die strafrechtliche Haftung von Entscheidungsträgern im Krankenhaus*, en: AG *Medizinrecht im DAV/IMR* (eds.), *Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht*, 2015, pp. 35 (43 ss.); además BOCK, en: Ulsenheimer/Gaede (eds.), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6.^a ed. 2021, n.m. 215 y ss; GERCKE/LEIMENSTOLL/STIRNER, *Handbuch Medizinstrafrecht*, 2020, n.m. 259 y ss; HEHR, *Strafbarkeit von Entscheidungsträgern*

(*operierendem Fach*) y anestesia¹⁷ – viene determinada por el principio de igualdad y libertad de instrucciones (*Weisungsfreiheit*) de los y las intervinientes¹⁸. Aquí, en un primer momento, cobra una gran importancia el principio de que se puede confiar en que el colaborador realizará sus tareas conforme a Derecho¹⁹. Este denominado principio de confianza encuentra generalmente su límite en el momento en que resultan reconocibles carencias de cualificación o errores manifiestos por parte del colega de especialidad distinta²⁰; aquí termina la restricción al propio ámbito de responsabilidad (por lo demás, también necesario en interés de una atención óptima al paciente²¹) y surge un deber de intervención²². Incluso cuando las cosas marchan adecuadamente, siempre permanece, por lo demás, el deber de coordinación e información recíproca, para poder evitar precisamente los riesgos que podrían derivarse de una colaboración de los métodos o instrumentos previstos por las distintas disciplinas intervinientes²³. Por el contrario, las relaciones de división vertical del trabajo se caracterizan por una organización jerárquica y un personal subordinado sujeto a instrucciones²⁴. También aquí, en general, se aplica el principio de confianza; si bien en comparación con la división horizontal del trabajo, el superior jerárquico está sujeto a deberes visiblemente más amplios de selección, dirección y control de los empleados sujetos a sus instrucciones²⁵. No obstante, si el superior cumple con estos deberes, puede –hasta que surjan dudas concretas– confiar en que será correcta y completamente informado por el

(nota 15), pp. 27 ss.; KRAATZ, *Arztstrafrecht*, 2.^a ed. 2018, n.m. 128 ss.; WASSMER, *Medizinstrafrecht*, 2022, § 7 n.m. 31 ss.

¹⁷ Cfr. KRAATZ, *Arztstrafrecht* (nota 16), n.m. 128a; WASSMER, *Medizinstrafrecht* (nota 16), § 7, n.m. 38; una mayor casuística en BOCK, en: Ulsenheimer/Gaede (eds.), *Arztstrafrecht in der Praxis* (nota 16), n.m. 225 ss.; FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Arztstrafrecht* (nota 16), cap. 1, n.m. 126 ss.

¹⁸ BOCK, en: Ulsenheimer/Gaede (eds.), *Arztstrafrecht in der Praxis* (nota 16), n.m. 219; HEHR, *Strafbarkeit von Entscheidungsträgern* (nota 15), p. 27.

¹⁹ FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Arztstrafrecht* (nota 16), cap. 1, n.m. 115; HEHR, *Strafbarkeit von Entscheidungsträgern* (nota 15), p. 27.

²⁰ Acertamente KRAATZ, *Arztstrafrecht* (nota 16), n.m. 129 con referencia a KUDLICH, en: v. Heintschel-Heinegg (ed.), *BeckOK-StGB*, 57.^a ed. (actualizado al 1 de mayo de 2023), § 15 n.m. 48: «motivo fundado de desconfianza».

²¹ Así BGH, NJW 1980, p. 649 (650).

²² Para más detalles, cfr. FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Arztstrafrecht* (nota 16), cap. 1, n.m. 115 ss.; WASSMER, *Medizinstrafrecht* (nota 16), § 7, n.m. 35.

²³ BGH, NJW 1999, p. 1779 (en el caso concreto: utilización de un termocauterío por el oftalmólogo que operaba y suministro de oxígeno puro en alta concentración en el contexto de una anestesia ketanest por el anestesista); sobre el deber de informar y coordinar también BOCK, en: Ulsenheimer/Gaede (eds.), *Arztstrafrecht in der Praxis* (nota 16), n.m. 222; DUTTGE/KESSLER, en: Prütting (ed.), *Medizinrecht*, 6.^a ed. 2022, § 222 StGB n.m. 10; HEHR, *Strafbarkeit von Entscheidungsträgern* (nota 15), p. 28; KNAUER/BROSE, en: Spickhoff (ed.), *Medizinstrafrecht*, 4.^a ed. 2022, § 222 StGB n.m. 48.

²⁴ BOCK, en: Ulsenheimer/Gaede (eds.), *Arztstrafrecht in der Praxis* (nota 16), número n.m. 219.

²⁵ FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Arztstrafrecht* (nota 16), cap. 1, n.m. 120; véase también KNAUER/BROSE, en: Spickhoff (ed.), *Medizinstrafrecht* (nota 23), § 222 StGB, n.m. 51.

personal subordinado, y en que éste cumplirá adecuadamente las tareas asignadas²⁶. Por su parte, el personal sujeto a instrucciones puede confiar, con carácter general, en el conocimiento técnico superior de la persona que las imparte y, por lo tanto, también en la corrección técnica de estas instrucciones; pero dentro de su propio ámbito competencial existe el deber de reflexionar críticamente y, si es necesario, también de queja ante el superior²⁷.

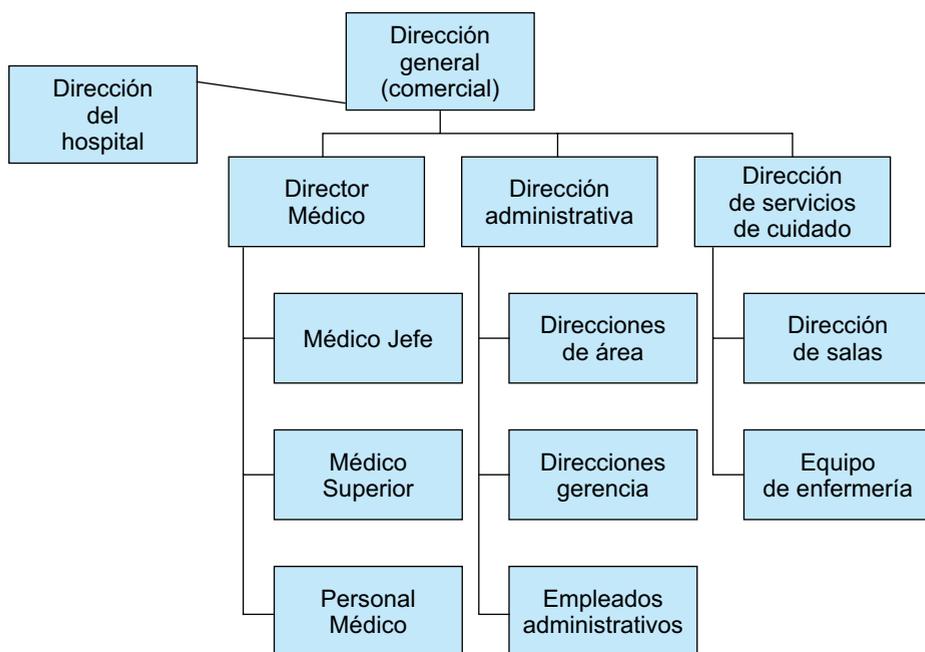


Figura 1. Estructura organizativa del hospital.

Debido al contexto de Derecho comparado en el que se sitúa este artículo, conviene abordar muy brevemente los diferentes parámetros de responsabilidad por conducta imprudente en el Derecho penal y civil alemán. Mientras que la opinión dominante en Derecho penal distingue entre la infracción objetiva y subjetiva del deber de cuidado, en el Derecho civil se parte de una medida de

²⁶ FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Ärztstrafrecht* (nota 16), cap. 1, n.m. 121; KRAATZ, *Arztstrafrecht* (nota 16), n.m. 130.

²⁷ FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Ärztstrafrecht* (nota 16), cap. 1, n.m. 123; KRAATZ, *Arztstrafrecht* (nota 16), n.m. 132.

deber de cuidado estrictamente objetiva²⁸. La existencia de una infracción objetiva del deber de cuidado, relevante así para ambas ramas del Derecho, se afirma en el contexto que aquí interesa, si el tratamiento médico realizado no cumple con los requisitos de calidad que cabe esperar de un médico especialista en la materia correspondiente²⁹. Para concretar este llamado estándar médico de especialización, se hace referencia al estado de los conocimientos de la ciencia médica (cfr. también § 630a ap. 2 BGB), cuyo rendimiento en la práctica es regularmente objeto de debate a través de dictámenes periciales en los procesos penal y civil³⁰. En concreto, se discute aquí, entre otras cosas, la importancia de los factores económicos para la determinación del estándar en cuestión³¹. La infracción subjetiva del deber de cuidado depende seguidamente de la previsibilidad y evitabilidad del error de tratamiento que se reprocha, sobre la base de los conocimientos y capacidades individuales del médico en cuestión³². Sin embargo, frente a la primera impresión que esto genera, los déficits individuales sólo tienen un efecto eximente muy limitado en el Derecho penal, pues la persona que dispensa el tratamiento siempre está sujeta al deber de examinar sus propias competencias en relación con una tarea específicamente asignada o asumida. Desde el punto de vista de la culpa por asunción, una infracción de este deber puede cobrar significado como fundamento de responsabilidad³³.

Las diferencias entre la responsabilidad médica civil y penal también existen –al menos tradicionalmente– en la inclusión del nivel directivo del hospital³⁴. Así, las demandas civiles por responsabilidad médica se dirigen, generalmente, contra todo el personal implicado en el proceso de tratamiento, pero también incluyen al titular del hospital (por lo general, especialmente

²⁸ FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Ärztstrafrecht* (nota 16), cap. 1, n.m. 81; LINDEMANN, en: AG *Medizinrecht im DAV/IMR* (eds.), *Aktuelle Entwicklungen* (nota. 16), p. 35 (42).

²⁹ FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Ärztstrafrecht* (nota 16), cap. 1, n.m. 82; GAEDE, en: Ulsenheimer/Gaede (eds.), *Arztstrafrecht in der Praxis* (nota 16), n.m. 66; KRAATZ, *Arztstrafrecht* (nota 16), n.m. 117; WASSMER, *Medizinstrafrecht* (nota 16), § 7, n.m. 10.

³⁰ Véase sobre los requisitos GROSS/SÜFKE/SCHÜLKE/LINDEMANN, *CME-Fortbildung Medizinische Gutachten, Die Urologie* 3/2023.

³¹ Al respecto FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Arztstrafrecht* (nota 16), cap. 1, n.m. 90 ss.; GAEDE, en: Ulsenheimer/Gaede (eds.), *Arztstrafrecht in der Praxis* (nota 16), n.m. 113 ss.; HEHR, *STRAFBARKEIT VON Entscheidungsträgern* (nota 15), pp. 158 ss.

³² FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Ärztstrafrecht* (nota 16), cap. 1, n.m. 149; KNAUER/BROSE, en: Spickhoff (ed.), *Medizinstrafrecht* (nota 23), § 222 StGB, n.m. 70; KRAATZ, *Arztstrafrecht* (nota 16), n.m. 140; WASSMER, *Medizinstrafrecht* (nota 16), § 7, n.m. 84.

³³ FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Ärztstrafrecht* (nota 16), cap. 1, n.m. 150; LINDEMANN, en: AG *Medizinrecht im DAV/IMR* (eds.), *Aktuelle Entwicklungen* (nota. 16), p. 35 (42 ss.); WASSMER, *Medizinstrafrecht* (nota 16), § 7, n.m. 85.

³⁴ En detalle, LINDEMANN, en: AG *Medizinrecht im DAV/IMR* (eds.), *Aktuelle Entwicklungen* (nota 16), p. 35 (47 ss.).

solventes), que se encuentra representado por los órganos de dirección previstos en los respectivos estatutos de organización³⁵. Aquí, además de la responsabilidad por las propias carencias organizativas (§ 823, Ap. 1 BGB), concurre también respectivamente una responsabilidad por la actuación de los órganos, esto es, por errores de dirección y supervisión (§§ 278, 831, 31 y 89 BGB)³⁶. Los deberes organizativos del titular del hospital constituyen un punto de contacto para el establecimiento de responsabilidad; debe garantizar mediante instrucciones claras y la creación de puestos suficientes que cada fase del tratamiento (diagnóstico, operación, postoperatorio) disponga de personal suficiente, en particular de un médico cualificado (especialista). Esto implica que deben existir normas claras de competencia, de responsabilidad, así como de representación médica, especialmente en lo que respecta a la dirección del tratamiento, documentación e información. La responsabilidad médica civil se caracteriza, después de todo, por una estrecha red de deberes organizativos, frente a los que apenas caben posibilidades de exención³⁷; a los que se añaden facilidades probatorias para la parte del paciente demandante como, por ejemplo, en caso de documentación deficiente, error grave de tratamiento, intervención de personal insuficientemente cualificado, así como la atribución del riesgo realizado al ámbito de peligros plenamente controlables por parte del demandado (cfr. en detalle § 630h BGB)³⁸.

En el Derecho penal médico, en cambio, la formulación del reproche por fallo en el tratamiento se concentra tradicionalmente en el plano del tratamiento (cerca del paciente, incluida la dirección médica, en la medida en que se cuestionen deficiencias de organización)³⁹. Sin embargo, sólo recientemente se ha debatido la responsabilidad penal de la dirección comercial del hospital (bajo el lema acuñado por Kudlich y Sasse de los responsables de la toma de decisiones «alejadas del paciente»⁴⁰)⁴¹. Esto no resulta extraño porque, además de las decisiones médicas originales, las decisiones de la administración

³⁵ Véase para una aclaración de la legitimación pasiva en los procedimientos de responsabilidad médica TERBILLE/FEIFEL, en: Clausen/Schroeder-Printzen (eds.), *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht* (nota 11), n.m. 58 ss.

³⁶ LINDEMANN, en: *AG Medizinrecht im DAV/IMR* (eds.), *Aktuelle Entwicklungen* (nota 16), p. 35 (49).

³⁷ LINDEMANN, en: *AG Medizinrecht im DAV/IMR* (eds.), *Aktuelle Entwicklungen* (nota 16), p. 35 (49).

³⁸ Véase GEISS/GREINER, *Arzthaftpflichtrecht*, 8.^a ed. 2022, cap. B, n.m. 238 ss., con numerosas referencias.

³⁹ LINDEMANN, en: *AG Medizinrecht im DAV/IMR* (eds.), *Aktuelle Entwicklungen* (nota 16), p. 35 (50).

⁴⁰ KUDLICH/SCHULTE-SASSE, *NStZ* 2011, pp. 241 ss.

⁴¹ Cfr. LINDEMANN, en: *AG Medizinrecht im DAV/IMR* (eds.), *Aktuelle Entwicklungen* (nota 16), p. 35 ss. También KUDLICH/NEELMEIER, *NStZ* 2021, pp. 1185 ss., así como las monografías de HEHR, *Strafbarkeit von Entscheidungsträgern* (nota 15) y NEELMEIER, *Organisationsverschulden patientenferner Entscheider und einrichtungbezogene Aufklärung*, 2014.

comercial también pueden adquirir una influencia determinante en la calidad de la atención al paciente. Como ha desarrollado Hehr en un detallado análisis, los potenciales puntos de anclaje dogmático a considerar para el castigo de los miembros de la administración del hospital son, por un lado, la denominada responsabilidad del hombre de negocios (*Geschäftsherrenhaftung*) –es decir, la responsabilidad por incumplimiento del deber de garante de impedir hechos punibles relacionados con la empresa– y, por otro, la responsabilidad por la creación (activa) y el mantenimiento de un sistema que tiende al peligro⁴². Sin embargo, son de esperar problemas de prueba de la causalidad e imputación objetiva (especialmente en el caso de decisiones colegiadas) –sin que esto pueda explicarse con más detalle en el presente contexto–⁴³; además, existe el efecto limitador del principio departamental antes mencionado, que –prescindiendo de los casos de responsabilidad omnímoda de los miembros de órganos colegiados que se basan en el Derecho societario– puede proteger en particular al personal directivo no médico de la responsabilidad por deficiencias presentes en el ámbito de la medicina y la enfermería. Sin embargo, invocar la falta de competencia propia para el enjuiciamiento de cuestiones de detalle, ajenas a la propia especialidad, no suele tener éxito si (por ejemplo, a través de un sistema de notificación de errores o de la función de *compliance*) se han recibido serios indicios que han llegado a conocimiento de la dirección del hospital⁴⁴.

En la realidad jurídica, pueden apreciarse al menos los primeros indicios de que también los «responsables de decisiones alejadas del paciente» se incluyen en las consideraciones sobre la responsabilidad jurídico-penal por daños al paciente condicionados por la organización⁴⁵. Así se pronunciaba la Sala 1 de lo penal del BGH, en una sentencia de 6 de octubre de 2021, confirmando la condena de un antiguo director gerente del Hospital Universitario de Mannheim por infracción dolosa de la Ley de productos sanitarios. Se apuntaba como fundamento que el acusado, durante años, para reducir costes, había permitido que en las actividades clínicas se utilizaran productos sanitarios que

⁴² HEHR, Die Strafbarkeit von Entscheidungsträgern des Krankenhausmanagements wegen Organisationsverschuldens (nota 15), pp. 44 ss.; sobre este último enfoque, cfr. también ya KUDLICH/SCHULTE-SASSE, NSTZ 2011, p. 241 (242), así como LINDEMANN, en: AG Medizinrecht im DAV/IMR (ed.), Aktuelle Entwicklungen (nota 16), p. 35 (51).

⁴³ Para ello HEHR, Strafbarkeit von Entscheidungsträgern (nota 15), pp. 67 ss.

⁴⁴ Cfr. HEHR, Strafbarkeit von Entscheidungsträgern (nota 15), pp. 117 ss.

⁴⁵ En este sentido también GAEDE, en: Saliger/Tsambikakis (eds.), Strafrecht der Medizin, 2022, § 2 n.m. 228 ss., con ulteriores referencias.

ni de lejos cumplían con las normas de higiene vigentes⁴⁶. Ya anteriormente, la sección Segunda de la Segunda Sala del BVerfG, en una sentencia de 23 de marzo de 2020, había criticado la valoración arbitraria de las pruebas en un proceso a instancia de parte (*Klageerzwingungsverfahren*) en el marco del Derecho penal médico⁴⁷. El motivo de la investigación fue la muerte de un niño de nueve años, a causa de una obstrucción de las vías respiratorias tras una operación ambulatoria de nariz en marzo de 2007. La Sala tachó de «incomprensible y arbitraria» la negación de la responsabilidad del cirujano y titular de la consulta por los insuficientes cuidados postoperatorios dados en la sala de reanimación (en perjuicio del anestesista, entretanto imputado y condenado a una multa por homicidio imprudente por omisión)⁴⁸. Las claras palabras con las que la Sala critica la resolución recurrida del OLG resultan aún más comprensibles si se tiene en cuenta que ésta era ya la segunda resolución (afirmativa) que dictaba el BVerfG en este caso⁴⁹. Habrá que ver si los planteamientos reconocibles a favor de una mayor acentuación del aspecto organizativo siguen desarrollándose en la realidad jurídica⁵⁰.

III. RESPONSABILIDAD ORGANIZATIVA EN RESIDENCIAS PARA DEPENDIENTES Y LA TERCERA EDAD

En un recomendable trabajo publicado en 2017, Lubrich abordó los factores organizativos que pueden influir en la producción de daños personales en el cuidado hospitalario de personas mayores, desde la perspectiva de la gestión del compliance⁵¹. Primeramente, el autor atribuye una mayor importancia criminógena a la conocida sobrecarga de trabajo del personal asistencial, así como a la especial relación de cercanía, de estrecho contacto corporal e inten-

⁴⁶ BGH, 6 de octubre de 2021 - 1 StR 335/21. Véase el comunicado de prensa del tribunal de 25 de octubre de 2021, disponible en Internet en <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/2021193.html> (última consulta: 1 de agosto de 2023).

⁴⁷ BVerfG, medstra 2020, pp. 361 ss., con comentario de HEHR y KUDLICH/NEELMEIER, NStZ 2021, pp. 1185 ss.

⁴⁸ BVerfG, medstra 2020, p. 361 (366).

⁴⁹ Cfr. anteriormente BVerfG, medstra 2016, pp. 92 ss., con comentario de KUDLICH/HOVEN, donde se habían objetado excesivas exigencias de presentación a la solicitud de la ejecución de la sentencia (*Klageerzwingungsantrag*).

⁵⁰ Cauto al respecto GAEDE, en: Saliger/Tsambikakis (eds.), *Strafrecht der Medizin*, 2022, § 2 n.m. 228, quien señala complementariamente las posibles consecuencias para el empleo de asistentes «cercanos al paciente» (n.m. 231 ss.).

⁵¹ LUBRICH, *Strafrechtliche Compliance in der stationären Altenpflege. Konzepte und Strategien zur Vermeidung von Straftaten gegen die Person*, 2012.

sa dependencia en muchas de sus necesidades físicas, entre muchas de las personas necesitadas de cuidados y las personas que las cuidan, y que puede mostrarse verdaderamente como «caldo de cultivo» para la aparición de violencia (¡en ambas direcciones!)⁵². En función del diseño de la concreta institución asistencial también incidirían los elementos de la institución total en el sentido de Goffman⁵³, que amenazan la autonomía y que propician el conflicto⁵⁴. Lubrich identifica los siguientes ámbitos problemáticos con potencial relevancia jurídico-penal:

- El cumplimiento de los requisitos de dotación y cualificación del personal, así como los relativos a los límites de las medidas coercitivas y
- La garantía de una adecuada atención médica, de cuidados y supervisión apropiados, de una administración segura y correcta de la medicación, nutrición e hidratación suficientes y profilaxis de caída y de decúbito⁵⁵.

Los paralelismos con el debate en el Derecho penal médico resultan evidentes, por ejemplo, cuando se consideran los requisitos de dotación de personal y su cualificación⁵⁶. Mientras que, desde la perspectiva del Derecho penal médico, se discute sobre la definición para el personal de los requisitos mínimos de la garantía personal del estándar médico de especialización antes mencionado (II.), válido también en épocas de escasez notable de médicos, para guardias nocturnas y de fin de semana, así como en regiones «estructuralmente débiles»⁵⁷, el tema no resulta obviamente menos importante para el ámbito de los cuidados. También aquí los turnos de trabajo están plenamente sometidos a la presión de la escasez de especialistas, lo que lleva a que igualmente –de forma similar a como ocurre, desde hace ya más tiempo, en el hospital⁵⁸–

⁵² LUBRICH, *Strafrechtliche Compliance* (nota 51), pp. 73 ss., 83 ss.

⁵³ Sobre la «pérdida de rol» asociada al ingreso en una institución total, cfr. GOFFMAN, *Asyle - Über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderer Insassen*, 1973, pp. 25 ss.

⁵⁴ LUBRICH, *Strafrechtliche Compliance* (nota 51), pp. 76 ss. («La cuestión de si se debe clasificar a los centros asistenciales como instituciones totales depende también, sin duda, del respectivo período que se tome en consideración. Mientras que en los años sesenta y setenta la clasificación de las residencias de ancianos como instituciones totales seguía siendo correcta, debido a las circunstancias de entonces, esto no puede afirmarse sin reservas para la situación actual... Cuanto más se adapte el proceso en las residencias a los deseos personales de los necesitados de cuidados y cuanta más igualdad exista entre el personal de enfermería y la dirección de la residencia, por un lado, y los residentes, por otro, menos se parecerán tales residencias a las instituciones totales»).

⁵⁵ LUBRICH, *Strafrechtliche Compliance* (nota 51), pp. 151 ss.

⁵⁶ LUBRICH, *Strafrechtliche Compliance* (nota 51), pp. 166 ss.

⁵⁷ Cfr. FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Arztstrafrecht* (nota 16), cap. 1, n.m. 96 ss.; LINDEMANN, en: *AG Medizinrecht im DAV/IMR* (eds.), *Aktuelle Entwicklungen* (nota 16), pp. 35 (44 ss.); sobre los riesgos de responsabilidad en caso de déficit por reducción de plantilla SCHELLING, *Personalabbau in der Klinik und rechtliche Verantwortung*, *Der Anästhesist* 2011, pp. 567 ss.

⁵⁸ Cfr. ULSSENHEIMER, *Der Gynäkologe* 2009, pp. 545 ss.

se busquen fórmulas para transferir trabajo (manteniendo el estándar) a grupos profesionales menos cualificados (y en general, también con menor remuneración). Si en el contexto que aquí nos ocupa, se distingue entre las medidas de asistencia básica (en las que debe ser posible la delegación en auxiliares) y aquellas de tratamiento médico (que, como la administración de medicamentos, están reservadas a personal especializado, es decir, personal geriátrico, sanitario y enfermeros diplomados)⁵⁹, se establece así un muy significativo límite económico para el mantenimiento de la capacidad de funcionamiento del sistema en su conjunto, así como para la garantía de la calidad de la asistencia. Desde el punto de vista de la responsabilidad organizativa, hay que recordar aquí el deber de la dirección del centro y del nivel directivo (de los servicios médicos y de cuidado) de garantizar la observancia de los estándares del personal de cuidado a través de medidas organizativas⁶⁰. También siempre debe tenerse en cuenta, en relación con el delito de estafa, el empleo de personal formalmente infracualificado, a la luz de los principios subyacentes a la perspectiva estrictamente formal de la jurisprudencia⁶¹.

Para el campo temático de la asistencia (*Betreuung*) y la supervisión, se señala con toda la razón⁶², la tensión entre cuidado y libertad, que debe equilibrarse en particular en el ámbito del cuidado hospitalario: por un lado, se encuentra la tarea, asumida con el ingreso en el centro, de velar por la protección de la integridad física de la persona a la que se va a cuidar; y por el otro, el deber de salvaguardar también su derecho a la autodeterminación y a la intimidad en la mayor medida posible⁶³. En la jurisprudencia se refleja al respecto la constatable tendencia general en la legislación y la jurisprudencia (elogiable, en principio) de acentuar la autonomía del paciente, sin que se nieguen en modo alguno los deberes de protección derivados del ingreso⁶⁴. Un ejemplo de ello es una sentencia del OLG de Düsseldorf, que abordó la responsabilidad civil derivada del golpe de un residente de 73 años, que mostraba problemas de

⁵⁹ LUBRICH, *Strafrechtliche Compliance* (nota 51), pp. 175 ss.

⁶⁰ En este sentido, también LUBRICH, *Strafrechtliche Compliance* (nota 51), p. 184.

⁶¹ Cfr. BGH, NJW 2014, pp. 3170 ss. (fraude en la facturación por parte del explotador de un servicio de asistencia ambulatoria, cuyos empleados no poseían las cualificaciones acordadas contractualmente con la caja de seguros de enfermedad y asistencia); anteriormente WELKE, GuP 2011, pp. 139 ss.

⁶² LUBRICH, *Strafrechtliche Compliance* (nota 51), p. 188.

⁶³ A este respecto, véase KLIE, *Rechtskunde. Das Recht der Pflege alter Menschen*, 12.^a ed. 2021, pp. 92 ss. y en detalle GEHRING/SCHERR, *Umgang mit Zwangsmaßnahmen. Rechtsfragen und Praxistipps für die Arbeit in Krankenhäusern, Psychiatrien und Einrichtungen der Pflege und Teilhabeförderung*, 2.^a ed. 2021, pp. 178 ss.; NEUGEBAUER, *Risikomanagement und Patientensicherheit im Kontext von Pflege*, en: Jakobs u.a. (eds.), *Pflege-Report 2018, 2018*, pp. 53 ss.; con respecto al hospital también PAULA, *Patientensicherheit und Risikomanagement in der Pflege. Für Stationsleitungen und PDL*, 2.^a ed. 2017.

⁶⁴ Con ejemplos de medidas de prevención de caídas, recientemente LANG, GuP 2023, pp. 94 ss., con un resumen de la jurisprudencia de los tribunales superiores (95 ss.).

equilibrio debido a una hemiplejía y se le consideraba, por ello, con riesgo de caída⁶⁵. El tribunal afirmó una infracción de deber por parte del operador de la residencia de ancianos, señalando que en el caso de residentes con elevada necesidad de asistencia para las actividades cotidianas, existirían para el operador mayores deberes de protección que aseguran un resultado. En tal situación, si se produjese un caso de daños, se presumiría la responsabilidad (*Verschulden*) del operador (grupo de casos del «ámbito de peligro totalmente controlable»)⁶⁶. No obstante, también merece destacarse que la jurisprudencia limita el alcance de los deberes a las medidas habituales en las residencias de ancianos, que resultan realizables con unos recursos financieros y humanos razonables⁶⁷.

No obstante, y debido en gran medida a las decisiones del BVerfG sobre el tratamiento obligatorio⁶⁸ y la inmovilización⁶⁹, así como a las actividades legislativas subsiguientes (cfr. básicamente §§ 1831, ap. 4 y 1832 BGB, así como los §§ 18 y 20 de la PsychKG NRW), ha surgido una necesidad bastante comprensible de orientación, especialmente entre los profesionales de la asistencia, en forma de «instrucciones de actuación [lo] más seguras posible desde el punto de vista jurídico»⁷⁰. En este marco, Gehring y Scherr subrayan, con razón, la importancia de unas instrucciones de procedimiento y organización lo más claras y comprensibles posibles, que junto con las normas sobre el tratamiento organizativo interno de las medidas coercitivas, también deberían contener las relativas al tratamiento de los tutores y sus apoderados. La responsabilidad última de la dirección por la existencia de los correspondientes reglamentos internos se deriva correctamente como consecuencia del deber de los

⁶⁵ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2012, p. 716.

⁶⁶ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2012, p. 716 (717). Sobre los presupuestos para la aplicación de esta simplificación probatoria, desarrollada inicialmente en el ámbito de la responsabilidad hospitalaria, a los incidentes en residencias de ancianos y geriátricos, también BGH, NJW 2021, p. 1463 (1466), y, en resumen, LANG, GuP 2023, pp. 94 (97 ss.) con ulteriores referencias.

⁶⁷ BGH, NJW 2005, p. 1937 (1938) con ulteriores referencias; véase también LUBRICH, Strafrechtliche Compliance (nota 51), p. 103, así como LANG, GuP 2023, p. 94 (95), señalando que la escasez de personal de cuidado no debiera reducir los estándares.

⁶⁸ Cfr. BVerfG, NJW 2011, pp. 2113 ss.; NJW 2011, pp. 3571 ss.; NJW 2013, pp. 2337 ss.; NJW 2017, pp. 53 ss.; NJW 2021, pp. 3590 ss.; NSiZ-RR 2021, pp. 356 ss.

⁶⁹ Cfr. BVerfG, NJW 2018, 2619 y ss; NJW 2020, 675 ss.

⁷⁰ Según GEHRING/SCHERR, Umgang mit Zwangsmaßnahmen (nota 63), p. 17 («El personal de los hospitales, centros psiquiátricos y centros para personas mayores y de ayuda a la participación [*Teilhabe*] se enfrenta casi a diario a la cuestión de cuándo y qué medidas coercitivas están médicamente indicadas y son jurídicamente admisibles. Por un lado, este personal no quiere tratar inadecuadamente a las personas que les han sido confiadas y, por otro, tampoco exponerse a ser castigado»). Véase también LUBRICH, Strafrechtliche Compliance (nota 51), pp. 225 ss.

órganos de dirección⁷¹ de controlar, esto es, de organizar la legalidad, que se ancla en el Derecho societario⁷². Como ejemplo de una instrucción generalizadora razonable, se menciona aquí la petición al personal del centro de revisar periódicamente la necesidad de las medidas anteriormente ordenadas de restricción de libertad, así como de búsqueda continua de alternativas al uso de la coerción junto con el residente y su representante legal, manifestación del principio constitucional de proporcionalidad⁷³. Naturalmente, los esfuerzos realizados en este sentido y su aceptación por el afectado deben documentarse también de forma accesible a un control jurídico externo⁷⁴. En lo fundamental, parece positivo reducir la necesidad de uso de limitaciones físicas, que se perciben generalmente por los afectados como especialmente invasivas, mediante el recurso a sistemas auxiliares técnicos (por ejemplo, chips transmisores en el zapato o alfombrillas con sensores). Debe considerarse, sin embargo, que también, en tanto que tales medidas pueden llevarse a cabo, en su caso, clandestinamente, pueden considerarse como privativas de libertad, necesitadas de autorización en el sentido del § 1831, ap. 4 BGB⁷⁵.

Especialmente en lo que respecta a la atención médica en régimen de hospitalización, parece que existen ciertos déficits desde hace tiempo, que son objeto de debate también en la literatura especializada. Así, Enders y Schmidt constataban ya, en una publicación del 2008, «graves problemas en la asistencia» y definían estándares mínimos, entre los que se contaban las rondas de visita regulares y coordinadas, la garantía de permanente disponibilidad de los médicos de guardia fuera de las horas de visita y los fines de semana, la participación de un médico en las discusiones de equipo y de casos, así como el uso del sistema de documentación del centro como medio de comunicación de todos los intervinientes⁷⁶. La política ha reaccionado a los correspondientes reclamos con medidas legislativas que se dirigen a mejorar la situación de la asistencia. Por ejemplo, en el § 119b SGB (Libro V), se creó una base jurídica

⁷¹ En detalle, sobre los fundamentos, GRIGOLEIT, en: Festschrift für K. Schmidt, t. II, 2019, pp. 367 (380 ss.).

⁷² GEHRING/SCHERR, Umgang mit Zwangsmaßnahmen (nota 63), pp. 57 ss.

⁷³ GEHRING/SCHERR, Umgang mit Zwangsmaßnahmen (nota 63), p. 179 («¿Se deriva de la historia médica del residente una razón para el comportamiento y puede evitarse mediante atención personal? ¿Se puede persuadir al residente mediante atención personal para que omita tal comportamiento en el futuro? ¿Deben ofrecerse alternativas de actuación, como paseos acompañados, trabajo doméstico, medidas estructuradas durante el día?»).

⁷⁴ Información general sobre los requisitos de documentación para el tratamiento y la inmovilización de carácter obligatorio BVerfG, NJW 2011, 2113, 2117 ss. y BVerfG, NJW 2018, 2619, 2623.

⁷⁵ Cfr. LUBRICH, Strafrechtliche Compliance (nota 51), p. 196 ss., con comentarios sobre la incoherente jurisprudencia de los tribunales tutelares (*Betreuungsgerichte*).

⁷⁶ ENDERS/SCHMIDT, TUP 2008, p. 101 (103); crítico también WEIMER, PKR 2013, pp. 11 ss.

para la celebración de acuerdos de cooperación entre centros de asistencia hospitalaria y médicos residentes en caso de necesidad, con respecto a los cuales la Asociación de Médicos de la Seguridad Social (*Kassenärztliche Vereinigung*) competente debe actuar como mediadora a petición del centro asistencial (§ 119b, ap. 1, 1, 2 SGB, Libro V). Si no se celebra el acuerdo en cuestión en los seis meses siguientes a la recepción de la solicitud, el centro asistencial quedará habilitado por la comisión de autorización para participar en la asistencia médica de sus residentes necesitados mediante la contratación de gerontólogos cualificados (§ 119b, párr. 1, p. 3 SGB, Libro V)⁷⁷. Sin embargo, en la literatura, se constatan «todavía déficits de asistencia con fuerte variación regional»⁷⁸; y se sigue calificando aún de deficitaria a la asistencia especializada⁷⁹.

Por lo demás, también aquí se observan las tendencias antes descritas de transferencia de servicios al sector no médico, por ejemplo, mediante la creación de una base para el cálculo de las visitas a domicilio por auxiliares de consulta no médicos, contratados por consultas especializadas (los denominados NÄPas,) mediante la inclusión de las correspondientes partidas arancelarias en el capítulo 38 de la EBM⁸⁰. En general, al evaluar la delegación de actividades médicas en personal auxiliar (también dentro de la propia institución), habrá que orientarse por los estándares desarrollados para los hospitales⁸¹, pero se deberán considerar también las características especiales de la situación doméstica; al fin y al cabo, debido a las circunstancias organizativas, en caso de complicación, no resultará posible con tan poca antelación una intervención médica, como sí debiera ser el caso en el hospital⁸² (al menos según los principios desarrollados al respecto por la jurisprudencia en el Derecho de daños⁸³).

Es por ello por lo que debe partirse de una responsabilidad general de la dirección del servicio asistencial por la organización de los procesos en el

⁷⁷ El precepto del § 119b párr. 2b SGB V, introducido por la PpSG de 11 de diciembre de 2018 (BGBl. I p. 2394) vigente desde el 1 de enero de 2019, también prevé el uso de servicios médicos *online* y aquí en particular la videoconsulta (con mayor detalle, cfr. LAMOURE, en: BeckOGK, 1 de marzo de 2020, § 119b SGB V n.m. 16).

⁷⁸ RÄKER, GGW (4) 2019, p. 23, quien deriva de ello la exigencia de cuestionar el «statu quo más que nunca (...) y [plantar] soluciones sistemáticas más vinculantes que hasta ahora».

⁷⁹ KLEINA *et al.*, Das Gesundheitswesen 2017, pp. 382 ss.

⁸⁰ Sobre el fundamento de Derecho médico contractual, cfr. SCHOLZ, en: BeckOK-SozR, 68.^a ed., estado al 1 de junio de 2023, Erläuterungen zu BMV-Ä Anlage 8.

⁸¹ Ejemplificativo KLIE, Rechtskunde (nota 63), pp. 73 ss. con numerosos casos.

⁸² Sobre las consecuencias jurídico-penales por omisión de consulta a un médico, ilustrativo LUBRICH, Strafrechtliche Compliance (nota 51), pp. 110 ss.

⁸³ Para una visión general de los requisitos que debe observar la organización de servicios médicos de guardia, cfr. FRISTER/LINDEMANN/PETERS, Arztstrafrecht (nota 16), cap., n.m. 102 ss.

centro, consagrado para el Derecho social en el § 71 párr. 2 núm. 1 SGB, Libro XI⁸⁴. Que esto no debe llevar siempre a una afirmación de responsabilidad en el caso concreto de daños, lo ejemplifica una sentencia en sede penal de 2006 del Juzgado de Primera Instancia de *Tiergarten* referida por Lubrich⁸⁵. El objeto del proceso eran acusaciones por la desatención de un residente de 68 años. En concreto, en el ingreso al hospital, se le diagnosticaron numerosas úlceras de decúbito, un absceso roto en la ingle y una intoxicación sanguínea. La documentación asistencial consultada mostraba deficiencias considerables, en particular en el equilibrio de fluidos, documentación de heridas y posicionamiento. El Juzgado de Primera Instancia de Tiergarten absolvió a la médica generalista que atendía al paciente por el delito de maltrato de persona sujeta a protección (§ 225 StGB) por razones de hecho, pues no se pudo demostrar un conocimiento de las deficiencias o una idea de la deficiente documentación asistencial⁸⁶, pero condenó a la jefa del área residencial por lesiones omisivas imprudentes (§ 229, 13 StGB) ya que no había cumplido con la específica responsabilidad organizativa de su área. La jefa del servicio de asistencia, también acusada, fue absuelta por falta de la infracción objetiva de deber de cuidado, pues no tuvo conocimiento de tales deficiencias, dada la inobjetable distribución de tareas en el centro. Con razón señala Lubrich que, si se hubieran recibido los indicios correspondientes, se habría tenido que juzgar de otro modo, y sobre la base de la responsabilidad general por el funcionamiento asistencial, se tendría que haber partido de un deber de actuación⁸⁷.

En cambio, la responsabilidad de la dirección comercial por los sucesos lesivos que se producen en las residencias para dependientes y la tercera edad se aborda, a nuestro entender, rara vez en la jurisprudencia correspondiente. Una excepción la constituye la sentencia del OLG de Stuttgart, en un proceso a instancia de parte del año 1998⁸⁸. El denunciante era el hijo de un residente de 96 años, que, en un momento en que no era observado, había abandonado la fiesta de Navidad en su silla de ruedas, salió al exterior por una puerta desatendida y se cayó por unas escaleras, habiendo fallecido finalmente como consecuencia de la caída. El OLG negó la existencia de sospecha suficiente,

⁸⁴ Cfr. LUBRICH, *Strafrechtliche Compliance* (nota 51), pp. 167 ss. Sobre la jurisprudencia de la BSG al respecto, cfr. SCHMIDT, en: Rolfs (ed.), *BeckOGK-SGB XI* (actualizado al 15 de mayo de 2023), § 71 n.m. 22 ss.

⁸⁵ AG Tiergarten de 31 de marzo de 2006 - 277 Ds 433/05 (inédita); referida por LUBRICH, *Strafrechtliche Compliance* (nota 51), pp. 167 ss.

⁸⁶ Al respecto, críticamente LUBRICH, *Strafrechtliche Compliance* (nota 51), p. 171, quien subraya que «una visión global del médico en la documentación asistencial debiera darse por supuesta».

⁸⁷ En este sentido LUBRICH, *Strafrechtliche Compliance* (nota 51), p. 172.

⁸⁸ OLG Stuttgart de 30 de enero de 1998 - 1 Ws 6/98, BeckRS 1998, 31210413.

según el § 222 StGB, respecto al director de la residencia, afirmando que era el principal responsable de las cuestiones administrativas y de la gestión del establecimiento. No obstante, no se evidenciaron indicios de que hubiera incumplido los deberes aparejados, por ejemplo, mediante una descuidada selección o supervisión de los jefes de servicio por él nombrados. No se apreciaron errores en la organización de la fiesta de Navidad; al contrario, hubo una buena correlación de personal, a lo que también había contribuido (justificadamente) la intervención puntual de la conserje en tareas de asistencia «en el punto más comprometido del evento –es decir, en el comedor–». Por lo que debió negarse la previsibilidad y evitabilidad del accidente mortal⁸⁹.

IV. RESPONSABILIDAD ORGANIZATIVA EN CENTROS DE MATERNIDAD

Brevemente, debemos hacer algunas consideraciones sobre la responsabilidad organizativa en los centros de maternidad. Una consideración general se ve dificultada aquí por el hecho de que en la realidad jurídica existen distintos modelos de cooperación entre parteras y obstetras. Así, en la obstetricia clínica, hay centros con parteras por turnos y otros con salas de parto dirigidas por parteras, junto con distintas formas de obstetricia extrahospitalaria. En este marco, se acentúa con razón la importancia especial de una elaborada gestión de las interfaces que, además de los límites sectoriales, tenga en cuenta la relación entre los grupos profesionales implicados⁹⁰. Según Schwarz, se prestan a ello, por ejemplo, las discusiones interdisciplinarias de casos, los grupos de debate *Qualitätszirkel*, la formación conjunta, continua o también la supervisión; aunque también son igualmente necesarios acuerdos vinculantes y consensuados sobre la delimitación de competencias y el proceder en los casos de emergencia⁹¹. Que tales precauciones debieran tener sentido desde la perspectiva de los operadores de los denominados centros de maternidad, lo ejemplifica una sentencia de la Sala civil del BGH del año 2004⁹². Se resolvía una demanda por daños y perjuicios a un niño gravemente discapacitado contra la operadora del centro y la partera que intervino en el parto. En el folleto del centro materno se recomendaba la oportunidad de un parto autodeterminado y

⁸⁹ OLG Stuttgart de 30 de enero de 1998 - 1 Ws 6/98, BeckRS 1998, 31210413.

⁹⁰ Así, por ejemplo, SCHWARZ, en: Rath/Gembruch/Schmidt (eds.), Referenz Geburtshilfe und Perinatalmedizin, 2022, pp. 1362 (1363 s.).

⁹¹ Al respecto, también cfr. SCHWARZ, en: Rath/Gembruch/Schmidt (eds.), Referenz Geburtshilfe und Perinatalmedizin (nota 90), pp. 1362 (1364 ss.).

⁹² BGH, NJW 2005, pp. 888 ss.

al mismo tiempo seguro; entonces, al presentarse complicaciones, el médico asistente cometió, en efecto, graves errores durante el parto del demandante. Mientras que el tribunal inferior había negado la responsabilidad del demandado, a partir de señalar la exclusiva responsabilidad del médico por el proceder en el irregular nacimiento, la Sala VI de lo civil del BGH examinó la responsabilidad organizativa de la demandada como operadora del centro de maternidad, sin excluir una asunción de responsabilidad también sobre aspectos de obstetricia médica con base en las afirmaciones realizadas en el folleto⁹³.

V. CONCLUSIÓN

En conclusión, se puede constatar que la responsabilidad jurídico-penal de los órganos de dirección por daños personales organizativamente condicionados también parece constructivamente posible en residencias de ancianos y para personas dependientes, así como en centros de maternidad. Si bien aquí se establecen ciertos límites, en particular mediante los principios de confianza y departamental, éstos en modo alguno excluyen categóricamente el castigo. Por ello se requiere también con urgencia un estudio más intensivo de los componentes de la gestión de la calidad y el riesgo⁹⁴, así como del compliance, desde la perspectiva del Derecho penal médico para el contexto aquí tratado. Esto incluye también, por ejemplo, la implementación de uno de los sistemas de alerta de errores que se han generalizado entretanto en el ámbito hospitalario actual⁹⁵.

⁹³ BGH, NJW 2005, p. 888 (890).

⁹⁴ Cfr. al respecto las referencias de la nota 63.

⁹⁵ Sobre el proyecto modelo «CIRS en enfermería» del MDK Bayern, cfr. LEHMANN *et al*, Das Gesundheitswesen 2016, A 55; complementariamente NEUGEBAUER, Risikomanagement und Patientensicherheit (nota 63), pp. 53 (56 ss.).

PARTE IV

EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y DERECHO A LA AYUDA A MORIR *

Algunas consideraciones respecto de la eutanasia

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO **

I. INTRODUCCIÓN

1. Tanto en el principio como en el fin de la vida los avances científicos afectan al Derecho, en general, y al Derecho penal, en particular. Mientras en el inicio de la vida las técnicas de reproducción asistida, la utilización de los embriones o la reproducción subrogada (STS Pleno (Sala Civil) 277/2022, de 31 de marzo, la considera ilegal) suscitan diversos conflictos éticos y jurídicos, en el fin de la vida los avances de la medicina están provocando un cambio radical en la aplicación de la medicina e incluso en la ética y deontología médica. Ya no se trata únicamente de prohibir prolongar la vida cuando el enfermo no desea un tratamiento –exigencia de consentimiento informado para llevar a efecto cualquier tratamiento–, sino de respetar hasta el final su autonomía. No es válido el llamado juramento hipocrático entendido como deber de prolongar la vida, ya que los profesionales deben perseguir alcanzar el «bienestar físico y psíquico del paciente», en la línea de lo que realmente afirmó Hipócrates y tal y como se concibe la salud por la OMS: «bienestar físico, psíquico y social». La creencia, por parte del personal médico, de que tienen el deber de mantener la vida del enfermo, en virtud del juramento hipo-

* En este artículo se empleará la abreviatura CP para hacer referencia siempre al CP español (Nota de los editores).

** Profesora de la Universidad de Barcelona.

crático, es injustificada por cuanto lo que Hipócrates defendía es el deber de procurar el bienestar del enfermo.

2. Si antiguamente la capacidad de la medicina para mantener la vida de las personas era poca, en la actualidad la situación se invierte y ante los medios cada vez mayores que posibilitan alargar la vida, en la sociedad se hace fuerte la idea de que las personas no sólo tienen derecho a la vida, sino que también tienen derecho a morir dignamente¹. Todo ello ha conducido a la necesidad de reformar las leyes e incluso los códigos deontológicos. En concreto, en el ámbito administrativo se promulgó la primera ley que atiende a la voluntad de la persona para «ordenar», siempre que no esté prohibido, cómo quiere que sea el fin de su vida. En esta línea en Cataluña se promulgó la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els Drets d'Informació Concernent la Salut i l'Autonomia del Pacient i la Documentació Clínica. Ley en la que se hace referencia por vez primera a los «documentos de voluntades anticipadas» y que, en gran medida, fue copiada a nivel del Estado español, por la 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. En el ámbito penal, en el CP de 1995, se introduce un cuarto apartado en el art. 143, relativo a la inducción y auxilio al suicidio, en el que se contempla la exención de responsabilidad penal en los supuestos de la llamada eutanasia pasiva y activa indirecta, atenuando sustancialmente la pena en los supuestos en los que la ayuda a morir se produzca en el contexto de verdaderas situaciones de eutanasia –eutanasia activa directa–.

3. En el año 2001, Holanda fue el primer país europeo en que se reguló la eutanasia y, posteriormente se ha ido legalizando en otros países y normalizando su aplicación, a través de una regulación expresa o de una determinada interpretación del CP, como sucede en Suiza, o de resoluciones de los tribunales constitucionales, como es el caso de Alemania e Italia. Un estudio sociológico de nuestro entorno cultural evidencia que, con el nivel al que ha llegado la medicina, es necesario regular la posibilidad de que las personas que se encuentran en determinadas circunstancias puedan solicitar tanto la eutanasia activa directa como indirecta y, por supuesto, los cuidados paliativos necesarios para aminorar el sufrimiento –eutanasia pasiva–. Los mínimos problemas que se han suscitado en los países donde existe esta regulación y, por el contrario, la paulatina ampliación de los supuestos en los que se aplica se explica por ser una cuestión asumida y aceptada mayoritariamente por la sociedad,

¹ Existen estudios que muestran que aproximadamente un 80% de los europeos están de acuerdo con el derecho a la muerte asistida.

incluida la española. En esta línea deberíamos plantearnos por qué razones, el art. 143.4 CP, en el que se castigaba la eutanasia no fue nunca aplicado, en los más de veinticinco años de vigencia. Es sabido que el conocido *Caso Sampedro* fue realmente orquestado por los responsables de la Asociación al Derecho a Morir Dignamente (ADMD) para comprobar si los supuestos de eutanasia en los que quien tomaba la decisión final era el propio enfermo quedaban abarcados por la prohibición del art. 143.4 CP o no, en base a cómo debería interpretarse el término «directa». Seguimos y seguiremos sin saberlo.

4. La LO 3/2021, introduce un 5.º apartado en el art. 143, despenalizando la eutanasia activa. Ello, no obstante, subsisten dificultades que parecen casi insalvables en cuanto la justificación se fundamenta en el consentimiento del paciente lo que deja fuera de esta regulación un gran número de casos. En particular, todos aquellos en los que el enfermo no tiene capacidad de consentir. Así, por ejemplo ¿qué sucede con los enfermos de Alzheimer o de otras modalidades de demencia? Algunos casos se pueden solucionar a través de los documentos de voluntades anticipadas. Documentos que deberían aconsejarse por el médico cuando se diagnostica una enfermedad degenerativa. En otros supuestos, como sucede con los menores e incapaces, el problema es, si cabe, más complejo.

II. PRESUPUESTO DE LEGITIMIDAD DE LA AYUDA A MORIR

1. La legitimidad de la eutanasia se fundamenta en ser expresión del ejercicio del derecho a la libertad, es decir, en el principio de autonomía de las personas. La cuestión de fondo, que subyace a la problemática de la eutanasia, estriba en la eficacia del consentimiento del titular del derecho a la vida, que debería de ser absoluta en todos los sentidos, es decir, tanto en la posibilidad de renunciar a ese derecho fundamental, como respecto de la decisión sobre la forma o medida en que quiere disfrutar de ese derecho. Este principio no debería ser discutido puesto que la Constitución establece con meridiana claridad que la vida, la salud, la dignidad, la libertad, la seguridad, la intimidad y el honor son derechos fundamentales de la persona que deben de ser protegidos por los poderes públicos. Es decir, respecto del Estado, la Constitución no le otorga un derecho para proteger estos bienes jurídicos fundamentales sino exclusivamente un deber, por lo que debería de entenderse que el mencionado deber de protección no existe cuando el titular no quiere ejercer ese derecho, sino que, por el contrario, renuncia a él. Esta configuración de los derechos fundamentales, exclusivamente, como un deber de los poderes públicos de

proteger los bienes jurídicos de las personas, que no lleva aparejado un derecho sobre ellos, determina que el propio titular del derecho es el único que tiene capacidad de decisión sobre cómo y en qué forma quiere ejercer ese derecho. Esto es así porque no se protege la vida en sí misma sino el interés por la vida que tiene su titular. Por consiguiente, en el supuesto de que este interés por la vida no exista, automáticamente, decae el deber de protegerlo atribuido al Estado.

2. No obstante, la titularidad de derechos como la vida y la salud y el grado de disponibilidad sobre ellos ha sido y es, incluso actualmente, objeto de discusión, propiciada por el llamado juramento hipocrático, así como por creencias religiosas y problemas político-criminales. En general, se parte de la no disponibilidad de la vida y la salud, basando esta interpretación en la regulación que de los delitos de homicidio y lesiones prevé el CP. En el antiguo CP parecía evidente la ineficacia del consentimiento, o al menos la muy limitada eficacia, en relación con el bien jurídico «vida», puesto que se castigaba no sólo la inducción y auxilio ejecutivo al suicidio sino incluso la mera complicidad y no existía referencia alguna al homicidio consentido. En el CP de 1995 se otorgó una mayor eficacia al consentimiento, no sólo porque ya no se castigaba la mera complicidad en el suicidio, sino, especialmente, porque aparece por primera vez una regulación expresa de la eutanasia, donde se prevén penas sustancialmente inferiores a las de la cooperación en el suicidio y en el que, además, se restringen las conductas típicas a la cooperación necesaria activa directa y a la cooperación ejecutiva, siendo discutible que realmente se pudieran castigar todos los supuestos de cooperación necesaria activa, atendiendo al requisito de «directa» que se incluye en el art. 143.4 CP. El concepto de directa no se relaciona con la participación y, sin embargo, lo encontramos respecto de la tentativa, cuando en el art. 16.1, se establece que «...da principio a la ejecución del delito *directamente*... En consecuencia, deberíamos preguntarnos si puede afirmarse que es una cooperación directa aquella en la que la ejecución se inicia «directamente» por la persona que quiere morir. En la tentativa, «directamente» se ha interpretado, tradicionalmente², en el sentido de que no debe de restar ningún paso intermedio entre la conducta realizada por el autor y la conducta ejecutiva³. En los supuestos en los que la intervención

² Por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo/Casabó Ruiz (eds.), Comentarios al Código penal, 1972, p. 117.

³ Cfr. MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 10.ª ed. 2015, p. 340, afirma que el adverbio «directamente», previsto en el art. 16.1 CP para la tentativa, supone la exigencia de que «no falte ninguna fase intermedia entre el acto de que se trate y la estricta realización de alguno o todos los elementos del tipo proyectado».

de terceros requiera de la posterior del autor, en este caso del paciente, que llevaría a efecto la conducta ejecutiva, sería discutible que la conducta de esos terceros sea relevante penalmente puesto que no es «directa» en relación con la conducta de matar. Entre la intervención del tercero y la muerte del paciente existe una fase intermedia consistente precisamente en la realización de una conducta por parte de éste, conducta que sí está directamente relacionada con la causación de la muerte, que requiere de la voluntad expresa del «autor-víctima».

3. Respecto de la protección penal de la salud las modificaciones que se han producido en el CP de 1995, respecto al anterior, en relación con la eficacia del consentimiento, son similares a las previstas respecto de la vida, puesto que frente a una indisponibilidad total de la salud en la regulación anterior⁴, en el actual Código está prevista una disminución de las penas en el supuesto en que medie consentimiento libre por parte del lesionado. La relativa eficacia del consentimiento en relación con la disposición sobre la vida y la salud se ha fundamentado, tradicionalmente, a partir de concebir estos derechos fundamentales como bienes jurídicos en los que existe un componente supraindividual que determina la concurrencia de una obligación del Estado de protegerlo, en contra incluso de la voluntad de su titular⁵. Esta explicación carece de fundamento, por cuanto, si son bienes jurídicos personalísimos, el deber constitucional del Estado de protegerlos decae en el momento en que el titular del derecho declina esa protección⁶. Otro motivo que abunda en la ausencia de fundamentos jurídicos que permitan adscribir un componente supraindividual a determinados bienes jurídicos personales lo encontramos en el hecho de que, careciendo también de base constitucional alguna, este componente supraindividual se predica, únicamente, respecto de la vida y la salud, considerando disponibles por su titular todos los demás bienes jurídicos fundamentales, sin

⁴ Un amplio sector doctrinal sostiene que cuando el art. 15 CE declara que «todos tienen derecho a la vida» no se engendra a favor del individuo la facultad de disposición de su propia vida, sin justificar el por qué de este razonamiento. No obstante, otro sector doctrinal, entre los que podemos citar a, *Queralt Jiménez*, ADPCP 1988, p. 20; *Carbonell Mateu*, CPC 1991, pp. 661 ss., que afirman que el castigo de la eutanasia es inconstitucional por ser incompatible con la libre autonomía individual consagrada en la Constitución.

⁵ No se trata, por tanto, de un problema de justificación, entendiendo que se puede disponer de la vida cuando esta disposición entra en conflicto con el derecho a la libertad, afirmando que al ser a libertad el valor superior del ordenamiento jurídico, en la ponderación de intereses, la libertad prevalece sobre los demás.

⁶ Carece de fundamento la justificación de este diferente trato en base a la distinción entre bienes jurídicos absolutamente espiritualizados (honor o intimidad) respecto de los que tienen un substrato material (vida, salud e integridad corporal), de forma que ello justifica la consideración de los delitos contra la vida y la salud como delitos pluriofensivos, en los que se puede disponer de la parte que se desprende de la dignidad humana y no del substrato material, en este sentido, *Tamarit Sumalla*, en: Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal 2004*, pp. 105 s.

que se ofrezcan razones válidas para este trato diferencial⁷. En definitiva, puede afirmarse que la autonomía del paciente está protegida por la Constitución, garantizando la cooperación o la causación de la muerte por un tercero cuando el paciente no puede valerse por sí mismo para realizar su voluntad de morir⁸

4. Si la indisponibilidad, total o relativa, de la vida o la salud no puede fundamentarse en la Constitución, la razón por la cual en el CP se limita la eficacia del consentimiento se encuentra en la persistencia de valores éticos, o mejor religiosos, en el ámbito del Derecho o/y en razones de política-criminal, derivados de la dificultad de probar en muchos casos, especialmente cuando el bien jurídico del que se dispone es la vida, que el consentimiento del titular haya sido libre y válidamente emitido. Los problemas de prueba sobre la concurrencia de un consentimiento no viciado justifican que en la regulación penal se parta de una presunción *iuris tantum* de ausencia de consentimiento libre. Este planteamiento es el que se adopta en las diversas regulaciones sobre la eutanasia y también en la LO 3/2021, que, consecuente con la problemática del consentimiento, establece los requisitos necesarios para dejar constancia de la concurrencia de la solicitud libre del titular.

5. Problema distinto es la posibilidad de trasladar el ejercicio de la libertad de disposición de la vida o la salud a terceras personas⁹, es decir, de un derecho a morir¹⁰, o mejor, la inexistencia de un deber de vivir¹¹, máxime cuando con ese derecho se pretende ejercer también el derecho a la dignidad en los supuestos en los que el mantenimiento de la vida atenta claramente contra ella¹². Ello determina el deber, por parte de los poderes públicos, de establecer los mecanismos necesarios para que la persona puede ejercer ese dere-

⁷ Cfr. ROMEO CASABONA, RFDUG (13) 1987, p. 107 ss., afirma la ilegitimidad de la intervención de terceros en base a la irrenunciabilidad del derecho a la vida.

⁸ En este sentido, RUIZ MIGUEL, RED (30) 2010, p. 40; *Tomas-Valiente Lanuza*, La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal, 1999, *passim.*; *la misma*, DyS (22) 2011, pp. 119-137, defendiendo la legitimidad de la decisión sobre la propia vida desde la política criminal y la filosofía moral.

⁹ En sentido contrario, las sentencias TC 120/90, de 27 de junio y 137/90, de 19 de junio, niegan que de la Constitución pueda extraerse la existencia de un derecho a morir, dado que la incompatibilidad implícita de los conceptos vida y muerte obliga a interpretar que en la Constitución sólo se protege el ejercicio del derecho a la vida; al respecto vid. Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, 1993, pp. 254 ss., que argumentan las razones por las cuales no puede hablarse de un derecho a morir protegido constitucionalmente.

¹⁰ En este sentido, ROMEO CASABONA, RFDUG (13) 1987, pp. 101 ss., niega la existencia de un deber de vivir.

¹¹ Por ello, los planteamientos aquí defendidos requieren partir de la postura contraria, definida con gran clarividencia por TORÍO LÓPEZ, en AA.VV., Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Algunos problemas específicos, 1983, cuando afirma que el suicidio «es la muerte querida por una persona imputable».

¹² Cfr., RUIZ MIGUEL, RED (30) 2010, pp. 11-43, considerando prioritaria la autonomía individual como límite a la protección positiva que el Estado debe ofrecer del derecho a la vida.

cho lo que, a su vez, implica que los profesionales médicos tengan el deber de practicar la conducta eutanásica solicitada.

6. Presupuesto esencial para la eficacia del consentimiento es su naturaleza. Para que la disposición por su titular de un bien jurídico personal sea eficaz es necesario que se trate de un consentimiento libre y válidamente emitido. La libertad y validez del consentimiento plantean problemas especialmente en tres ámbitos. En primer lugar, en relación con la disposición sobre la propia vida que, junto a los problemas teóricos que se suscitan, especialmente, por quienes defienden que el suicidio nunca es libre¹³, plantea otros de índole práctica de difícil solución, por cuanto, para la valoración sobre la validez de ese consentimiento no se podrá contar con el testimonio del titular. La dificultad de prueba de la libertad del consentimiento en estos casos aconseja que el legislador tenga un especial cuidado a la hora de legislar en materia de suicidio y eutanasia, sin que sea válido optar por una presunción *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento. Otra cuestión problemática en relación con el consentimiento, tanto respecto de la vida como de la salud, es que su validez depende de la información que el titular del derecho tenga sobre el objeto de consentimiento, sólo con una información adecuada podrá el titular prestar un consentimiento válido. En tercer lugar, la validez del consentimiento plantea problemas en relación con cuándo se entiende que una persona tiene capacidad de consentir respecto del ejercicio de sus bienes jurídicos fundamentales. En particular, el problema se plantea respecto de la eficacia del consentimiento prestado por menores e incapaces¹⁴. Una postura simplista nos llevaría a afirmar que la capacidad de consentir debe de sujetarse a las reglas del Derecho civil, sin embargo, cuando están en juego bienes jurídicos tan esenciales como la vida, la salud, la intimidad..., la solución correcta no es tan sencilla. Los menores e incapaces son personas y, en cuanto tales, se les debe dejar ejercer sus derechos en la medida que se pueda constatar su capacidad natural de consentir¹⁵.

7. De acuerdo con los criterios establecidos acerca del fundamento de la disponibilidad de los bienes jurídicos personalísimos, es evidente que presu-

¹³ En cierto sentido similar, DEL ROSAL BLASCO, en: Díez Ripollés/Muñoz Sánchez (coords.), El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada, 1996, pp. 63 ss., entiende que dada la trascendencia y gravedad que reviste la disposición de la propia vida y la obligación del Estado de proteger la vida, se podría exigir que el sujeto para disponer libremente de la vida fuera plenamente consciente.

¹⁴ En Holanda, la Ley sobre la Eutanasia, de 1 de abril de 2002, establece que, respecto los mayores de 16 años, la voluntad de los padres no juega papel alguno, requiriéndose el consentimiento de los padres en los menores de 16 años. En el mismo sentido, el art. 9.3. c) L 4172002, establece que a partir de los 16 años cumplidos, el consentimiento informado no será por representación

¹⁵ A este tema he dedicado otro trabajo titulado «El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento», CDJ 1998 (publicado en noviembre de 1999).

puesto esencial de cualquier actuación que pueda suponer no ya la muerte, sino incluso una disminución de las probabilidades de vida, sólo será legítima cuando su titular así lo desee. Por consiguiente, hay que diferenciar claramente las conductas llevadas a efecto sin el consentimiento del paciente, mucho más contra su voluntad, de aquéllas expresamente solicitadas por éste. Las actuaciones contrarias a la voluntad del paciente en todo caso serán delictivas. Ni tan siquiera es legítimo imponer o retirar un tratamiento porque el facultativo considere que esa conducta es la más adecuada atendiendo a criterios de *lex artis*¹⁶, excepto que exista peligro para la salud pública y en situaciones de urgencia, siempre que no sea posible obtener autorización. Respecto de los llamados tratamientos «fútiles», en cuanto no sirven a una mejoría real del enfermo, no puede negarse sin más su aplicación y, en todo caso, se podrían limitar por razones de distribución de recursos sanitarios en la sanidad pública¹⁷. Cuestión diferente es que, en esos casos, deba explicarse, si cabe con mayor claridad, la situación al enfermo, excepto si se considera como tratamiento fútil aquél que no sólo no puede producir mejoría real sino ni tan siquiera aparente, por enfrentarse el paciente directamente a la muerte, como sucede, por ejemplo, en los casos de fracaso multiorgánico. Esta situación es flagrante en los supuestos de coma vegetativo persistente, en los que realmente sería necesaria una regulación análoga a la prevista en la Ley del Transplante y Donación de Órganos¹⁸, estableciendo cuándo debe declararse la situación de muerte clínica y, en consecuencia, deberían retirarse los tratamientos establecidos.

8. En los casos en los que no hay consentimiento del paciente hay que diferenciar aquellos en los que se puede conocer la voluntad del paciente, ya sea directamente, ya sea a través de un documento de voluntades anticipadas, de los supuestos en que el paciente no tiene capacidad de consentir. En el primer caso el facultativo antes de actuar está obligado a conocer cuál es la voluntad del paciente, expresada directamente o en el documento de voluntades anticipadas. En el segundo la situación es diferente y en la actualidad la única referencia legal con la que contamos, establecida ya en la Ley General de Sanidad de 1985, y confirmada en la Ley 41/2002, sobre los Derechos y la Autonomía del Paciente, es la remisión al consentimiento otorgado por la familia, aun cuando en el art. 9.5 de la Ley 41/2002, se establece una cierta limitación del consentimiento por representación, al afirmar: «La prestación del consen-

¹⁶ Cuestión diferente es que, sobre todo cuando hablamos de sanidad pública, determinado tratamiento no pueda llevarse a efecto por razón de la distribución de recursos.

¹⁷ Art.9, 2. a) y b) Ley 41/2002

¹⁸ Ley 30/1979, de 27 de octubre y Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, sobre los requisitos para autorizar el trasplante de órganos.

timiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario». Siendo discutible que este consentimiento por sustitución sea válido en los casos de retirada de tratamientos o no establecimiento de éstos, es seguro que no puede ser eficaz respecto de la eutanasia, al menos sin la intervención de terceros, profesionales y objetivos, que valoren si con esa decisión realmente se actúa «en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal».

III. REGULACIÓN DE LA EUTANASIA EN NUESTRO ENTORNO Y EN LA LO 3/2021

1. La LO 3/2021, está en la misma línea que las diferentes regulaciones que se han ido estableciendo en nuestro entorno jurídico-cultural. Generalmente nos referimos a Países Bajos como primer referente en la UE, ya que, en la Ley de 28 de noviembre de 2000 (en vigor desde 1 de abril de 2002), sobre la terminación de la vida a petición y el suicidio asistido, permite también la eutanasia activa, afirmando que ni el uso de una medicación cada vez más fuerte que acelere la muerte, ni tampoco la sedación terminal se consideran eutanasia y, por consiguiente, no requieren el procedimiento y los controles de ésta¹⁹. De acuerdo con la ley holandesa, los enfermos incurables pueden pedir a su médico morir, con la condición de que otro médico ratifique que se encuentren en el final de su vida o en una situación de necesidad sin esperanza. Requisitos necesarios son la estrecha vinculación entre el médico y el paciente, la consulta a un médico independiente e informar del caso al médico forense y al Comité de revisión regional. Esta posibilidad de solicitar la muerte se extiende también a los menores, hasta los 16 años, mientras que en el caso de que sean menores de 16 años necesitan el consentimiento de los padres. En

¹⁹ En 1995, en el Territorio del Norte de unos de los Estados Federales de Australia se aprobó el auxilio activo al suicidio por el *Rights of the Terminally Ill Act 1995*. Al año siguiente, sin embargo, la *Euthanasia Laws Bill 1996* del Parlamento federal australiano excluyó expresamente de las competencias de los Estados federados la de permitir «la forma de homicidio intencional llamada eutanasia (que incluye el homicidio por piedad) o la asistencia a una persona para terminar con su vida». En Oregón se aprobó por iniciativa popular, en 1997, la *Death With Dignity Act*, que autoriza a los médicos que cumplan ciertas condiciones a prescribir una medicación que facilite el suicidio a cualquier paciente que así lo solicite y lo confirme por escrito, siempre que sea capaz y mayor de 18 años, resida en Oregón y padezca una enfermedad terminal que le vaya a producir la muerte en seis meses. La constitucionalidad de esta ley terminó siendo implícitamente aceptada por el Tribunal Supremo, en enero de 2006, en *Gonzales, Attorney General, et al. v. Oregon et al.* (546 U. S. [2006]).

todo caso, antes de la entrada en vigor de la ley en Holanda existía ya una práctica normalizada de la eutanasia, basada jurídicamente en la justificación de la conducta por estado de necesidad, y apoyada y promovida por la organización SCEN (*Support and Consultation in Eutanasia in the Netherlands*). En Bélgica, tras un amplio debate social, entró en vigor la Ley de 28 de mayo de 2002, que plantea una situación análoga a la holandesa, al igual que en Luxemburgo. Se define la eutanasia como la muerte a petición de una persona que sufre una enfermedad incurable y se cuenta con una Comisión multidisciplinar (8 médicos, 4 juristas y 4 personas cercanas al paciente) y pluralista para controlar la aplicación de la ley. No obstante, los resultados en Bélgica no son los mismos que en Holanda, presumiblemente, por las características diversas de estas dos sociedades, tan cercanas geográficamente y tan alejadas en otros aspectos. En cierta medida es lógico que, si la regulación holandesa plantea problemas en la propia Holanda, país con tradición de defender la libertad ideológica por encima de todo, sea difícilmente trasladable a Bélgica, como puede suceder en España o en Portugal que también cuenta con una ley reguladora de la eutanasia similar. Ello es así porque el procedimiento es complejo y las decisiones se fundamentan en la concurrencia o no, en el caso concreto, de una situación de necesidad, es decir, se basa en la concurrencia de una causa de justificación, de un conflicto de derechos y deberes sobre el que finalmente tienen más capacidad de decisión los facultativos que el propio paciente.

2. La situación que se ha planteado en Suiza es gran medida diferente²⁰. Suiza es de los pocos países en los que existe una regulación penal de la participación en el suicidio, puesto que, en otros países, la ayuda al suicidio se califica como homicidio, por ejemplo, en Gran Bretaña (*Suicide Act 1961*)²¹, e incluso cualificado como asesinato, como sucede en muchos Estados Norteamericanos o en Francia, por poner dos ejemplos. Desde 1918, en Suiza la posibilidad de ayudar a morir se ha «permitido» a través de una interpretación del

²⁰ La eutanasia no está regulada, sino que se «permite» en base a la redacción del § 115 StGB, que establece que el auxilio al suicidio no será punible cuando se lleve a efecto por motivos altruistas. Sistema que crea una gran inseguridad jurídica, lo que ha sido ratificado por la STEDH de 14 de mayo de 2013 (Caso Gross vs. Suiza). Siendo por lo demás discutible que las asociaciones Exit, Dignitas y Eternal Spirit, que ofrecen la ayuda a morir sean «altruistas». La primera lo ofrece a ciudadanos y residentes en Suiza que paguen una cuota de unos 50 € anuales y las otras dos a cualquiera, por precios que oscilan entre € 7.000 y € 10.000, sin incluir el viaje.

²¹ En el caso *Pretty v. United Kingdom* (2002) el TEDH entendió que la muerte de Pretty estaba justificada en base al art. 8 CEDH, por respeto a la dignidad y a la libertad. En la interesante resolución de la Cámara de los Lores en el caso *Tony Nicklinson* (16 de agosto de 2012), en la que se plantea si una sentencia que considera homicidio la eutanasia voluntaria es incompatible con el CEDH, llegando a la conclusión de que es una decisión que debe tomarse por el Parlamento con una modificación del *Suicide Act 1961*.

art. 115 CP suizo, que castiga la prohibición de la inducción y la ayuda al suicidio, limitándola al mismo tiempo, en el sentido, de que la conducta sólo será típica la conducta cuando se lleve a efecto «por motivos egoístas». A *sensu contrario*, la ayuda a morir, siempre que se haga por motivos altruistas, se ha ido interpretando que estaba permitida, pero no ha sido hasta el 11 de diciembre de 2001 que el Consejo Nacional legitimó esta práctica. Con anterioridad a ello la organización *EXIT* (Ayuda libre a morir, dignidad y éxito) llevaba muchos años practicando la eutanasia. Se considera que en la actualidad colabora en que se produzcan anualmente en Suiza un promedio de 300 ayudas a morir²². Hay que advertir que la regulación suiza sólo permite la ayuda a morir, entendida como eutanasia pasiva y activa indirecta, mientras que la eutanasia activa directa se considera homicidio doloso. Este tratamiento tan desigual de la eutanasia directa e indirecta, que en su fundamento son idénticas, no está justificado.

3. En Alemania, en cierto sentido, la situación es similar a la de Suiza, ya que desde 2020, existen asociaciones dedicadas al suicidio asistido (*Sterbehilfe Deutschland*). Al respecto es relevante la resolución del BGH que derogó, de facto, la prohibición del homicidio a petición (§ 216 ap. 1 StGB) y la sentencia del BVerG, de 2 de febrero de 2020, que suprimió la penalización generalizada del «fomento al suicidio asistido» (§ 217 StGB), afirmando que el castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional, existiendo un derecho general al suicidio, también de las personas física y mentalmente sanas. No obstante, en la misma sentencia, se afirma que ello no excluye que pueda castigarse el auxilio al suicidio siempre que no pueda asegurarse el carácter autónomo de la decisión de quitarse la vida recurriendo al auxilio ajeno²³. No obstante, no existe regulación acerca de la eutanasia²⁴, manteniéndose, como señala Ziegler, el tabú acerca del suicidio asistido²⁵.

4. Una situación diferente, en parte, es la que se plantea en Italia, en la que tampoco existe una regulación específica de la eutanasia y se suscita el debate acerca de su legalidad a partir de resoluciones de su corte constitucional. En Italia, el pronunciamiento de la *Corte di Cassazione*, en el caso Englaro, contribuyó a modificar la situación y está en el origen de la Ley 219/2017, que dedica a la libertad de autodeterminación del paciente el art. 1. y que po-

²² La cantidad de extranjeros que en los últimos años acudían a Suiza para morir ha llevado al Ministro de Justicia a establecer que esa regulación sólo es válida para los habitantes o ciudadanos suizos y no para quienes acuden a Suiza para ser ayudados a morir. En España la LO 3/2021, también establece como requisitos para tener derecho a la ayuda a morir tener la nacionalidad española.

²³ Cfr. COCA VILA, InDret (4) 2020, evidencia las contradicciones de esta resolución.

²⁴ Al respecto, en el Bundestag, se debaten actualmente dos proyectos de ley sobre la eutanasia.

²⁵ Cfr. ZIEGLER, StV 2023, p. 65.

sibilita la interrupción del tratamiento por parte del médico²⁶. Posteriormente, el pronunciamiento de la *Corte costituzionale*, 240/2019, en el caso Antoniani, amplía el horizonte del tratamiento médico de la persona que se encuentra cercana a la muerte, incluyendo el supuesto de la auto administración de un fármaco letal, medicamente asistido, para acelerar la muerte –suicidio medicamente asistido–. Por la doctrina italiana se discute si el criterio de la *Corte costituzionale* equivale a un derecho a poner fin a la propia existencia.

5. En España, tras la entrada en vigor de la LO 3/2021, en línea con las recomendaciones del Documento del Observatorio de Bioética y Derecho *sobre la disposición de la propia vida en determinadas circunstancias: declaración sobre la eutanasia*, publicado originalmente el año 2003, reeditado el año 2010: a) se introduce un marco normativo que autoriza la práctica de la eutanasia como acto médico; b) se precisa con claridad el rol que habrá de desempeñar el médico respecto de la petición y puesta en práctica de la eutanasia; c) se valida la solicitud de eutanasia a través del Documento de Voluntades Anticipadas; y d) la provisión de cuidados especializados específicos (cuidados paliativos) para asegurar que el proceso de morir se desarrolle con dignidad. Por el contrario, no ha sido tomada en consideración la recomendación referente a la autonomía de los menores que formulen una petición de eutanasia, atendiendo a su grado de madurez. Asunto que sí es analizado en el apartado *Retos* de la LO 3/2021, dejándolo abierto, a la espera de una respuesta normativa adecuada.

6. La reforma del CP, prevista en la Disposición final primera de la LO 3/2021, modificando el apartado 4 del art. 143, e introduciendo el párrafo 5, en el que se afirma que «no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia» deja planteadas algunas cuestiones. Por una parte, en el apartado 4, se modifica el presupuesto objetivo, eliminando el supuesto de «enfermedad grave que condujera necesariamente a la muerte» y lo sustituye por «padecimiento grave, crónico e imposibilitante». Con esta modificación se pretende evitar el problema que suscitaba determinar cuánto tiempo era necesario que «faltase» para que se produjera la muerte, lo que es positivo. La cuestión que se plantea con la actual redacción es determinar la diferencia entre un «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» y «una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoporta-

²⁶ Conducta que entiendo es irrelevante penalmente aun cuando, según la doctrina italiana, podría calificarse como suicidio asistido (art. 580 CP español) o homicidio consentido (art. 579 CP)

bles». La única respuesta es entender que un «padecimiento» no es una «enfermedad», para incluir en el primero los supuestos de tetraplejías.

7. El nuevo apartado 5, establece que «no incurrirá en responsabilidad penal», pero no se determina si se trata de una causa de atipicidad, de justificación o de exclusión de la punibilidad. Cuestión que ya se había suscitado respecto del apartado 4, que para algún autor suponía una causa de justificación incompleta²⁷. Pienso que las cláusulas previstas, tanto el apartado 4 como en el 5 del art. 143, son elementos negativos del tipo y suponen una limitación de la tipicidad. En consecuencia, son atípicas, conforme al apartado 4, las conductas de cooperación pasiva y de cooperación activa indirecta a la muerte de una persona que lo ha solicitado y, respecto del apartado 5, la eutanasia activa directa.. Si se entiende que la ausencia de responsabilidad penal implica que cuando el sujeto actúa conforme a la LO 3/2021, la conducta es atípica, y no sólo justificada o no punible, se fundamenta de una forma más idónea que exista un deber de ayudar a morir, como acto sanitario. Problema diferente se suscita respecto de qué sucede cuando se incumple algunos de los requisitos de la LO 3/2021, ¿será típica la conducta conforme al art. 143.4? ¿depende de qué requisitos no se hayan respetado? Por tanto, sería conveniente introducir una regulación análoga a la de la interrupción voluntaria del embarazo, prevista en el art. 145 bis CP.

IV. CONCLUSIONES

1. La regulación de la eutanasia en la LO 3/2021 es equiparable a la de nuestro entorno jurídico-cultural, siendo muy similar a la ley holandesa y supone la introducción del derecho a la ayuda a morir como un acto sanitario²⁸. No obstante, posiblemente persiguiendo la máxima seguridad jurídica, es excesivamente burocrática estableciendo una serie de trámites que pueden alargar, dificultar e incluso impedir que el enfermo consiga efectivamente la ayuda a morir solicitada. En este sentido, mientras que el Comité de Garantías, previsto en Holanda o en Bélgica, interviene a posteriori, para registrar y comprobar la legalidad de los casos en que se realiza la ayuda a morir, en la LO 3/2021 la aprobación por la Comisión de Garantías y Evaluación es previa. Siendo

²⁷ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Manual de Derecho Penal Español. Parte Especial, 2015, pp. 48 s.; CASAMIGLIA, DOXA (14) 1993, p. 338, considera que en determinados supuestos la eutanasia está justificada.

²⁸ La STC (Pleno), de 22 de marzo de 2023, resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el PP, contra la LO 3/2021, afirmando la constitucionalidad de la ley

previa la aprobación, las dificultades para que los enfermos que soliciten la ayuda a morir lo consigan efectivamente disminuyen considerablemente ya que dependen de la diligencia de la Comisión de la correspondiente Comunidad Autónoma. Si a ello se suma que esta ley no establece ni la forma ni los requisitos de acceso a las Comisiones, la decisión va a depender también de su posicionamiento acerca de la eutanasia.

2. Al no establecerse legalmente los requisitos para formar parte de una Comisión de Garantías y Evaluación, y aun cuando no está previsto que puedan objetar, el problema está estrechamente relacionado con la objeción de conciencia, prevista expresamente en la LO 3/2021, que, aun cuando en la definición de objeción de conciencia (art. 3.f), especifica que debe de ser «individual», lo que reitera en el art. 16.1, y conforme a su art. 14, advierte que la objeción de conciencia no puede menoscabar el derecho a la ayuda a morir, en la práctica puede llevar a situaciones análogas a las que ya se han planteado en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, a través de la cual, determinadas Comunidades Autónomas, como Navarra o la Rioja, «objetan». Esperemos que no sea así y que se respete también su art. 16.2, en el que se establece la creación de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir.

EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO (INTERRUPCIÓN DEL TRATAMIENTO, ACELERACIÓN DE LA MUERTE Y SEDACIÓN PALIATIVA) *

HANS KUDLICH **

I. INTRODUCCIÓN

Cuando surgió la idea de este simposio y, por lo tanto, de formular este tema, uno o dos años antes del corona-virus, el § 217 StGB ya había entrado en vigor algún tiempo antes (aunque ya había sido impugnado mediante un recurso de inconstitucionalidad) y para entonces seguía vigente. La formulación del tema en aquel momento se basó, entre otras cosas, en la hipótesis de que el § 217 StGB seguiría aplicándose y que, como consecuencia de ello, podrían surgir diversos problemas, algunos de los cuales se mencionan aquí entre paréntesis en el título.

Afortunadamente, la realidad cambió al momento del seminario de CRIMINT en diciembre de 2022 y a esto lo escribo con gran convicción, al haber sido uno de los dos representantes legales de varios enfermos graves en el recurso de inconstitucionalidad contra el § 217 StGB que finalmente resultó exitoso¹: el § 217 StGB fue declarado inconstitucional y por lo tanto nulo y sin efecto en una sentencia de 26 de febrero de 2020, por lo que las cuestiones derivadas *de la ley* naturalmente juegan un papel subordinado al momento y en su lugar surgen cuestiones derivadas de la *sentencia*. Además, es interesante considerar cómo puede y debe continuar la regulación legal del suicidio asistido; una

* Traducción revisada por Mirentxu Corcoy Bidasolo y Juan Pablo Montiel.

** Profesor de la Universidad de Erlangen-Núremberg.

¹ Recurso de inconstitucionalidad 2 BvR 2347/15, representado por el Prof. Dr. Christoph Knauer y el Prof. Dr. Hans Kudlich.

cuestión que es de la máxima actualidad política, especialmente en el momento de la culminación de este manuscrito (véase sobre esto más adelante III.3.)². Conviene decir algo respecto al curso que tomó este recurso de inconstitucionalidad tan específico, en el que –por lo que se ve– por primera vez en la historia de la Constitución Federal se ha declarado inconstitucional una norma del Derecho penal nuclear del StGB por motivos sustantivos (es decir, de proporcionalidad).

II. LA SITUACIÓN JURÍDICA ANTES –Y AHORA TAMBIÉN DESPUÉS– DEL ANTIGUO § 217 STGB

1. Tradición de la impunidad del suicidio asistido en el Derecho penal alemán

Aunque las reacciones frente a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 26 de febrero de 2020³ han dado a veces la impresión de que se ha producido una revolución (lo que puede ser correcto en cierta medida, pero de menor alcance de lo que a veces se ha sugerido en la prensa), mediante la derogación de una norma penal recientemente creada sólo ha restablecido en última instancia la situación que se aplicaba antes de que norma penal entrara en vigor. La impunidad del suicidio asistido tenía una larga tradición en el Derecho penal alemán y se aplicaba de manera uniforme en todo el Imperio alemán, al menos desde el RStGB de 1871.

Por un lado, existe un fundamento puramente dogmático para ello, a saber, la accesoriedad de la participación. Según los §§ 26 y 27 StGB, la participación criminal requiere un hecho principal antijurídico y doloso. Sin embargo, dado que el suicidio es impune –algo considerado claramente indiscutible, que ni siquiera fue cuestionado en el proceso de creación del § 217 StGB–, su asistencia también debe ser impune (al menos como participación según la generalidad de la dogmática jurídico-penal)⁴.

Por supuesto, centrarse únicamente en el aspecto técnico de la accesoriedad de la participación sería un tanto formalista. Sin embargo, la impunidad

² GÖKEN/OĞLAKCIOĞLU, ZfL (32) 2023, 1; KNAUER/KUDLICH, en: Bobbert (ed.), *Assistierter Suizid und Freiverantwortlichkeit*, 2022, p. 221.

³ BVerfGE 153, 182, con comentarios de DUTTGE, *MedR* 2020, 570; HILLENKAMP, *JZ* 2020, 618; MUCKEL, *JA* 2020, 473; STERNBERG-LIEBEN, *GA* 2021, 161.

⁴ No en vano el § 217 StGB (versión antigua) no fue concebido como un precepto de participación en sentido técnico, sino como un delito de puesta en peligro abstracto en la fase previa a posibles actos suicidas. Cfr. sólo OĞLAKCIOĞLU, en: v. Heintschel-Heinegg (ed.), *BeckOK-StGB*, 45.^a ed. 2020, § 217, n.m. 1.

del suicidio asistido no es el resultado arbitrario de la combinación de la impunidad del suicidio y el principio dogmático de accesoriedad, sino que también tiene un trasfondo sustantivo: de la aceptación del derecho individual a la autodeterminación se deriva el derecho a determinar la cuestión existencial del propio final de la vida sin ser castigado. Sin embargo, las conductas que contribuyen a la realización de este derecho a la autodeterminación tienen a su favor el valor de la «validez del derecho a la autodeterminación». Naturalmente, es posible que tales conductas sean punibles en determinados contextos, pero debe tratarse de una excepción que requiere de una justificación, de modo tal que la solución alcanzada por vía dogmática de la impunidad de la asistencia al suicidio también tenga de su lado una «presunción de corrección» sustantiva.

2. Consideración de la punibilidad del homicidio a petición

Por supuesto, no debe olvidarse –y se volverá sobre ello más adelante– que un límite de esta aceptación del derecho a la autodeterminación *de lege lata* se encuentra en el § 216 StGB, que regula la punibilidad del homicidio a petición y, de este modo (aunque técnicamente expresa una posición privilegiada en comparación con el § 212 StGB), al mismo tiempo deja en claro que, con respecto a la propia muerte, existe una «barrera del consentimiento» que rompe el sistema de la disponibilidad de los intereses jurídicos individuales. La legitimidad de esta disposición completamente paternalista ha sido muy discutida⁵, incluso si uno la acepta, por ejemplo, con vistas a reforzar la prohibición del homicidio, hay que tener en cuenta que, al menos regularmente, en todo el «escenario» intervienen diferentes constelaciones; no es lo mismo apoyar a un tercero para que se suicide bajo su propia responsabilidad, que matar a un tercero, aunque sea de forma consentida.

Por lo tanto, la eutanasia en el sentido de matar activamente a otra persona sigue siendo punible, incluso si la persona da su consentimiento (lo cual es incluso una desventaja en comparación con la petición explícita y grave del § 216 StGB). Es cierto que hace tiempo que se discuten o se reconocen dos excepciones a esto. Una de ellas es que no debería haber homicidio punible únicamente en el caso de la eutanasia indirecta, es decir, en los casos en los que, por ejemplo, una dosis elevada de analgésicos fuertes no está destinada a acortar la vida, sino que al menos se acepta como efecto secundario del efecto

⁵ Por ejemplo, MURMANN, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, p. 488 ss.

analgésico⁶. También debería quedar exenta de pena la denominada eutanasia pasiva⁷, es decir, la inacción del médico, que en principio está obligado a actuar como garante, cuando el proceso de morir se inicia por deseo expreso del paciente, que también se ha manifestado, por ejemplo, en un testamento (cfr. § 1837 I BGB). Esta idea, que puede entenderse como la falta de una equivalencia de modalidades en el § 216 StGB o bien como un límite inmanente de los deberes de garante en el caso de un deseo expreso de morir, ha sido ampliada por la jurisprudencia, a partir de la sentencia BGHSt 55, 191, en el sentido de que la interrupción del tratamiento con la voluntad del paciente debe quedar exenta de pena, con independencia de que se realice como una omisión o como una conducta activa (es decir, por ejemplo: dejando de llenar la sonda gástrica con alimentos o taponándola).

3. Responsabilidad penal por participación en un suicidio no autorresponsable

Por lo tanto, es importante señalar que incluso en la situación jurídica anterior, es decir, antes del § 217 StGB (versión antigua), era punible matar a otra persona –aunque fuera por petición expresa y sería de esa persona (cfr. de nuevo § 216 StGB)– o participar en un suicidio que no pudiera ser reconocido como autorresponsable. Y no menos importante, por supuesto, incluso antes de la entrada en vigor del § 217 StGB (versión antigua), nadie estaba «obligado» a aceptar las correspondientes ofertas de ayuda o incluso a hacerlas. Al considerarse respecto a la primera cuestión –la aceptación de la correspondiente oferta–, que quizás personalidades especialmente vulnerables y psicológicamente susceptibles podrían sentir que «tienen que aceptar» la oferta correspondiente para dejar de ser una «carga» para la generalidad, el personal de cuidado, los familiares, etc., resulta poco convincente la imagen que a veces es traída especialmente por los médicos, de que se estaría sometido a una presión difícilmente aceptable por parte de los pacientes que desean recibir la ayuda correspondiente. El hecho de que determinados comportamientos médicos también dependen de ciertos estándares éticos individuales y de que no todos los médicos ofrecen todos los servicios médicos es conocido a partir de la discusión sobre el aborto y probablemente también podría plantearse de manera

⁶ Cfr. SCHNEIDER, en: Erb/Schäfer (eds.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4.^a ed. 2021, Vor § 211, n.m. 104; RENGIER, Strafrecht Besonderer Teil, t. II, § 7, n.m. 4 s.

⁷ Cfr. SCHNEIDER, en: Erb/Schäfer (eds.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Vor § 211 n.m. 114 ss.; RENGIER, Strafrecht, t. II, § 7, n.m. 7 ss.

similar en relación con determinados procedimientos puramente estéticos. Pero, sobre todo, resulta algo cínico hablar aquí de una «situación de presión», que se utiliza como argumento para que los médicos quieran «esconderse» detrás de una prohibición penal, si se compara esta situación de presión con la carga de una persona que está seriamente dispuesta a morir y a la que ya no se le puede prestar ayuda.

III. EL ANTIGUO § 217 STGB Y LOS RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADOS EN SU CONTRA

Sin embargo, en diciembre de 2015 se introdujo el nuevo § 217 StGB, relativo a la promoción profesional del suicidio. La disposición rezaba así:

«§ 217 StGB

Promoción profesional del suicidio

(1) Toda persona que, con la intención de promover el suicidio de otra, conceda, procure u organice comercialmente la oportunidad de dicho suicidio, podrá ser castigada con una pena privativa de libertad no superior a tres años o a una multa.

(2) En tanto partícipe, quedará exento de pena todo aquel que no actúe comercialmente y sea pariente de la otra persona mencionada en el apartado 1 o sea próximo a ella.»

1. Historia legislativa del § 217 StGB

El antiguo § 217 StGB entró en vigor el 10 de diciembre de 2015 con la Ley sobre la penalización de la promoción profesional del suicidio (Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung)⁸ y, desde el punto de la historia del Derecho, supuso un alejamiento del principio de (al menos) 140 años de impunidad de la participación en un suicidio libremente responsable en el Derecho penal alemán⁹. En consecuencia, el precepto castigaba la mayoría de las intervenciones en un suicidio voluntario que no tuvieran lugar en una situación de conflicto excepcional y única¹⁰. Según la intención ex-

⁸ BGBl. I p. 2177. Cfr. para el consiguiente resumen del proceso también KNAUER/KUDLICH, en: Bobbert (ed.), *Assistierter Suizid und Freiverantwortlichkeit*, 2022, p. 221.

⁹ Sobre este punto SALIGER, *medstra* 2015, 132, 133 ss.

¹⁰ BT-Drs. 18/5373, p. 3.

plícitamente manifestada por el legislador, una persona actuaba profesionalmente en el sentido de la disposición aquel que «hacía de la prestación, la facilitación o la intermediación de la oportunidad de suicidarse una parte permanente o recurrente de su actividad, con independencia de cualquier intención de obtener un beneficio y con independencia de cualquier conexión con una actividad económica o profesional»¹¹. Así pues, no se exigía expresamente una actividad comercial¹². Según la intención del legislador, con ello se pretendía evitar que las asociaciones de eutanasia que trabajan de forma voluntaria eludieran su responsabilidad penal¹³. Al mismo tiempo, el suicidio médico asistido parecía estar prácticamente prohibido, en la medida en que se llevara a cabo en un contexto profesional, ya que difícilmente podía garantizarse seriamente que un acto comparable no se repitiera en algún otro momento.

Por un lado, el precepto penal pretendía proteger el derecho a la autodeterminación de la persona dispuesta a suicidarse frente al peligro abstracto de la manipulación y la influencia, impulsadas por los intereses de los asistentes al suicidio y las organizaciones que operan profesionalmente¹⁴. Por otro lado, debe protegerse en general la vida y a las personas frente al hecho de que una oferta de tipo profesional contribuya a trivializar el suicidio o genere una presión esperable para aceptar dicha oferta en caso de enfermedad o vejez¹⁵.

Los esfuerzos del legislador para legitimar la ley se centraron así en la protección contra un «clima favorable al suicidio». El legislador se remitió a una recomendación del Consejo de Ética alemán del 18 de diciembre de 2014, según la cual «debe prevenirse el peligro de influencias externas en situaciones de autodeterminación precaria»¹⁶. El legislador veía este peligro en el hecho de que muchas personas temen un largo proceso de muerte, así como a ser percibidas como una carga, ser completamente dependientes de la ayuda de terceros y perder su autonomía¹⁷. Debe evitarse que las personas decidan suicidarse por esos miedos y, por tanto, ya no de forma autodeterminada.

La necesidad político-criminal del § 217 StGB ya era muy controvertida antes de su introducción¹⁸. Ello se debía también al hecho de que no existen

¹¹ BT-Drs. 18/5373, 17.

¹² ESER/STERNBERG-LIEBEN, en: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 30.^a ed. 2019, StGB § 217 n.m. 16.

¹³ BT-Drs. 18/5373, 3; BRUNHÖBER, en: Erb/Schäfer (eds.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. 4, 4.^a ed. 2021, § 217, n.m. 5.

¹⁴ BT-Drs. 18/1573, p. 2 y ss., 10, 11, 13, 17.

¹⁵ BT-Drs. 18/1573 p. 2, 8, 11, 13.

¹⁶ BT-Drs. 18/5373, p. 11.

¹⁷ BT-Drs. 18/5373, p. 8.

¹⁸ Por ejemplo, véase BRUNHÖBER, en: Erb/Schäfer (eds.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 217, n.m. 16.

evidencias científicas de que tal clima de miedo pudiera surgir concretamente como consecuencia de la situación jurídica existente durante más de cien años antes del § 217 StGB y de que las decisiones sobre el suicidio ya no se tomaran de forma autorresponsable. Más bien, la suposición del legislador se basa en los peligros para la autodeterminación que, aunque no son excluyentes, sí son puramente abstractos. Sin embargo, un precepto penal que interfiere en los derechos fundamentales tendría que cumplir exigencias de proporcionalidad más estrictas para una protección contra peligros puramente abstractos.

2. El rápido primer recurso de inconstitucionalidad contra el § 217 StGB

El 10 de diciembre de 2015 se presentó de inmediato un recurso de inconstitucionalidad contra el § 217 StGB (véanse los §§ 13 n. 8a, 90 y ss. del BVerfGG). Se trata del primero de varios recursos de inconstitucionalidad contra el precepto y había sido interpuesto en nombre de cuatro enfermos graves que ya habían recibido «luz verde», es decir, la promesa, de una asociación de suicidio asistido de ser ayudados para suicidarse en caso de experimentar un deterioro grave de su estado de salud. A continuación, se tratará con algo más detalle el recorrido de este concreto recurso de inconstitucionalidad, que no sólo fue el primero que se presentó, sino que también ocupó un lugar central en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal; lo que no sólo se pone de manifiesto en un examen cuantitativo de los motivos de la sentencia, en los que aproximadamente 105 de los 140 números marginales sobre el fondo tratan exclusivamente sobre este agravio¹⁹.

Este recurso de inconstitucionalidad también estaba relacionado con una solicitud de medidas cautelares de conformidad con el § 32 I BVerfGG. Éstas podrían haberse concedido –esta apreciación parece al menos imaginable– incluso si el recurso de inconstitucionalidad hubiera estado materialmente infundado²⁰. Una solicitud en virtud del § 32 I BVerfGG implica una «doble hipótesis», es decir, una ponderación de si amenazan consecuencias más graves en caso de que una ley impugnada siguiera aplicándose durante un período transitorio a pesar de su inconstitucionalidad o si, a pesar de que finalmente sea

¹⁹ También llama la atención que los demás recursos de inconstitucionalidad (por ejemplo, de médicos o asociaciones afectadas) deriven en última instancia de una restricción de la libertad de actuación general, lo que no se justifica en relación con el fondo del recurso 2 BvR 2347/15, que se examina con más detalle a continuación, véanse las n.m. 330 ss. de la resolución: no se afectan derechos fundamentales especiales como los arts. 9 o 12 GG, sino únicamente la libertad de actuación general, pero ello a través de una norma inconstitucional.

²⁰ Véase también GÖKEN/OĞLAKCIOĞLU, ZfL (32) 2023, 1 (3).

conforme a la Constitución, no se permitiera aún la aplicación transitoria de la ley durante un determinado período. En esta consideración parece evidente, al menos a primera vista, que el mantenimiento de una situación legal que ha estado vigente durante más de 100 años en un entorno que no ha cambiado significativamente desde el punto de vista legal, sería claramente el caso menos grave, incluso si la ley hubiera sido posteriormente valorada como constitucional; si, por otro lado, el derecho a la autodeterminación fuera restringido pasajeramente para todos de forma contraria a la Constitución, esto sí representaría una usurpación claramente más grave.

No obstante, la solicitud de la medida cautelar no prosperó, lo que puede deberse a que el Tribunal Constitucional Federal se mostró muy reacio a declarar inaplicable una regla legal –tan detalladamente debatida en el Parlamento– en un procedimiento sumario, especialmente en el caso de un recurso de inconstitucionalidad. Naturalmente, esto supuso un duro golpe para las esperanzas de éxito en el caso principal.

Tras un proceso de varios años, durante los cuales dos de los demandantes fallecieron²¹ y, entre otros, el juez Müller (como antiguo Ministro Presidente del Sarre, que ya había participado de forma destacada en un proyecto de ley) había sido recusado con éxito y, en su lugar, se había designado al juez Masing de la Primera Sala, se celebró un intenso juicio oral de dos días (16 y 17 de abril de 2019). Al año siguiente, el 26 de febrero de 2020, se dictó sentencia y el antiguo § 217 StGB fue declarado inconstitucional y, por tanto, nulo.

3. Las expresiones centrales del Tribunal Constitucional Federal

Las expresiones centrales de la sentencia son las siguientes:

En primer lugar, la Sala subraya que el suicidio como tal está comprendido en la libertad general de acción, lo que no era de extrañar, al menos habida cuenta de la apertura del ámbito de protección; lo decisivo, en cambio, es que este derecho comprende también el recurso a la ayuda de terceros:

«El art. 2 (1), en relación con el art. 1 (1) GG, garantiza el derecho a tomar la decisión de forma autodeterminada de poner fin a la propia vida de propia mano y de manera consciente y voluntaria y a recurrir a la asistencia de terceros en la ejecución del suicidio.»

²¹ En este contexto, también parece un poco cínico, en retrospectiva, que la sentencia sobre la medida cautelar señale que el deseado suicidio asistido «todavía podría realizarse en caso de tener éxito los recursos de inconstitucionalidad en la acción principal» (Cfr. BVerfG, NJW 2016, 559 [559]).

En opinión de la Sala, esta conducta, protegida constitucionalmente, queda restringida de forma desproporcionada por el antiguo § 217 StGB:

«La restricción del derecho a la autodeterminación de la muerte, que se deriva del derecho general de la personalidad, que surge del precepto de ninguna manera resulta adecuada. Las restricciones a la libertad individual sólo son adecuadas si el grado de la carga que pesa sobre el individuo guarda una proporción razonable con los beneficios que se derivan para el público en general. Este grado supera la carga impuesta por el § 217 StGB a la persona dispuesta a morir. La punibilidad de la promoción profesional del suicidio tiene como consecuencia que en determinadas constelaciones el derecho al suicidio, como expresión del derecho a la muerte autodeterminada, prácticamente se vacíe significativamente. (...) La prohibición penal de la promoción profesional del suicidio estrecha las posibilidades del suicidio asistido hasta tal punto que el individuo en este ámbito de autodeterminación se queda de facto sin margen para ejercer la libertad constitucionalmente protegida. (...)

La prohibición (...) conduce, en combinación con la situación jurídica existente al momento de su introducción, más bien a que el derecho al suicidio se vacíe ampliamente de hecho (...).

IV. CONSECUENCIAS

1. Restablecimiento de la situación jurídica anterior al § 217 StGB

En lo que respecta al suicidio asistido en su forma clásica –posiblemente también a través de actividades de tipo profesional, es decir, actividades de asociaciones de suicidio asistido orientadas a la reiteración–, por el momento²² se aplica simplemente la situación jurídica previa a la introducción del § 217 StGB. Toda promoción de un suicidio no voluntario puede castigarse como homicidio imprudente o incluso como homicidio en autoría mediata; la asistencia a un suicidio voluntario, en cambio, no es punible. Incluso, después de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, esta impunidad no se extiende más allá de la situación jurídica existente antes del antiguo § 217 StGB, pero puede haber quedado más expuesta y que se tome más consciencia de ella a raíz de la sentencia.

²² «Por el momento» se refiere aquí tanto al momento de la presentación, en diciembre de 2022, como a la finalización del manuscrito, en junio de 2023, aunque ahora una nueva normativa legal sea probablemente inminente.

2. ¿Consecuencias para el § 216 StGB?

Se discute si de la sentencia pueden derivarse también consecuencias directas para el § 216 StGB²³. En la audiencia oral, el propio Tribunal Constitucional otorgó gran importancia al hecho de que sólo tendría que pronunciarse sobre el suicidio asistido, no sobre el asesinato a petición. Aunque el § 216 StGB también parece paternalista e indudablemente restringe el derecho de autodeterminación de una persona dispuesta a morir, el § 216 StGB no puede rechazarse en su totalidad únicamente a la vista de la presente sentencia. En efecto, dentro de la delicada ponderación de los diversos intereses jurídicos en conflicto, la cuestión de si se trata de un suicidio consentido por un tercero o de un suicidio asistido puede tener cierta relevancia.

Por supuesto, son concebibles situaciones en las que la persona dispuesta a morir, a la que no se le permite ser asistida por nadie sin un castigo por homicidio a petición, está tan indefensa y desamparada como el suicida, a quien no se le permite ser asistido por un tercero. Si se imaginan casos en los que la persona dispuesta a morir en realidad ya no es físicamente capaz de llevar a cabo el acto suicida por sí misma –a pesar de la asistencia–, porque padece (por ejemplo) una parálisis de todo el cuerpo, su derecho a quitarse voluntariamente la vida se ve menoscabado por el § 216 StGB de forma similar al del suicida que no puede recibir asistencia. Al menos para estos casos, parece necesario restringir el § 216 StGB de conformidad con la Constitución como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional.

Así lo declaró también la Sala Sexta en lo Penal en el *obiter dictum* de una sentencia de 28 de junio de 2002 que ha sido reiteradamente analizada²⁴. Es cierto que la interpretación restrictiva y fuertemente normativizada del § 216 StGB, que ha resultado decisiva en el caso concreto, no está directamente relacionada con ello. Nos encontramos situados justamente en el «otro extremo del espectro», cuando la Sala Sexta en lo Penal ha partido aquí, desde una perspectiva normativa, de un «escenario de suicidio» y precisamente no de un homicidio a petición de terceros, porque en el caso concreto la persona dispuesta a morir también se medicó a sí misma además de las inyecciones de insulina administradas por su esposa y además –en opinión de la Sala– habría tenido aún la posibilidad de pedir ayuda hasta que se produjera el proceso de agonía, pero se abstuvo voluntariamente de hacerlo: aquí no se trata de que el

²³ Cfr. sobre esta discusión, por ejemplo, GÖKEN/OĞLAKCIOĞLU, ZfL (32) 2023, 1 (13); LEITMEIER, NSiZ 2020, 508; ROSTALSKI, GA 2022, 209 (227 ss.); PIETSCH, KriPoZ 2022, 148 (157).

²⁴ BGH, NJW 2022, 3021, con comentario HOVEN/KUDLICH, NSiZ 2022, 663 y JÄGER, JA 2022, 870.

§ 216 StGB se interprete de forma restrictiva debido a la total indefensión de la persona dispuesta a morir, sino de que no puede aceptarse un caso del § 216 StGB (sino precisamente un suicidio), debido a las diversas actividades o posibilidades de actuación de la persona dispuesta a morir.

3. El posterior desarrollo legislativo

Queda pendiente la pregunta –que aún no ha sido respondida en el momento de terminar el manuscrito– sobre qué ocurrirá después. Posiblemente no en último lugar debido a la pandemia del COVID, que dominó la vida cotidiana durante más de un año inmediatamente después de la decisión de 2020, no llegaron las regulaciones sobre el suicidio asistido que el Tribunal Constitucional Federal había requerido (que, por un lado, podrían efectivamente permitirlo mediante cambios en la legislación sobre estupefacientes, pero por otro lado, que también podrían dificultarlo con la integración de un marco normativo). Mientras tanto, sin embargo, se han debatido durante algún tiempo varios proyectos de ley²⁵, que ahora se han reducido a dos enfoques opuestos: por un lado, el proyecto en torno al diputado Castellucci, que recoge esencialmente el antiguo § 217 StGB y sólo «cancela los aspectos más graves de la inconstitucionalidad» mediante la posibilidad de la impunidad en determinados casos; por otro lado, el proyecto de los diputados Helling-Plahr y Künast, el cual se fusionó recientemente con otros dos proyectos de ley independientes y no tiene previsto el castigo para el suicidio asistido como tal, sino que se centra en el concepto de protección y asesoramiento, al que luego se vincula la posibilidad de la prescripción de un anestésico por parte de un médico.

Este segundo enfoque parece superador en cualquier caso, ya que, por un lado, no parece necesaria un castigo separado del suicidio asistido profesional y, por otro lado, también resulta cuestionable en términos de política jurídica que, a raíz de este tipo de sentencia del Tribunal Constitucional, se pretenda agotar el «máximo permitido» de la constitucionalidad de la intervención, en lugar de aceptar un fuerte derecho a la autodeterminación y desarrollar conceptos regulatorios de protección respecto a peligros posiblemente amenazantes para las personalidades vulnerables.

²⁵ Cfr. de nuevo GÖKEN/OĞLAKCIOĞLU, ZfL (32) 2023, 1 (14 ss.).

4. Cuestiones que surgen de una nueva penalización del suicidio asistido

Si, a pesar de todo, existiera una regulación comparable al antiguo § 217 StGB, se plantea la cuestión de cómo deben tratarse en el futuro las distintas técnicas de asistencia a la muerte. A modo de ejemplo, se mencionan brevemente aquí dos supuestos:

a) Por un lado, se habla aquí de la renuncia voluntaria a alimentos y líquidos, es decir, del llamado ayuno para morir. En teoría, esto puede sostenerse si en primer lugar se logra «perseverar» en este ayuno mediante medidas psicológicas o de enfermería adecuadas. Ya se ha debatido si tal apoyo estaría comprendido en el § 217 StGB en relación con la validez temporal de la antigua disposición²⁶. Desde el punto de vista teleológico, pueden existir argumentos a favor de no considerar punible este tipo de asistencia; por otra parte, el tenor literal de la anterior regulación así lo sugeriría, por lo que existe un riesgo de inseguridad jurídica que difícilmente resulte satisfactoria.

b) El segundo problema es la llamada sedación paliativa, que en el contexto paliativo se entiende como el uso supervisado de medicación con el objetivo de alcanzar un estado de consciencia reducido o suspendido (hasta la inconsciencia) para reducir la carga sintomática, en situaciones que de otro modo serían refractarias a la terapia, de un modo éticamente aceptable para pacientes, familiares y personal. En cualquier caso, si la sedación profunda tiene un objetivo más o menos permanente y el inicio de la muerte no sólo se considera posible durante dicho estado, sino que además la muerte se ve acelerada por la medicación administrada y, sobre todo, por la falta de ingesta de alimentos asociada a la sedación, es probable que se trate de un suceso más cercano a un homicidio (posiblemente) consentido por terceros que a la asistencia al suicidio autorresponsable. Sin que este ejemplo invoque rápidamente aquí el castigo de una forma de muerte asistida, deja en claro que la asistencia a un suicidio responsable está aún más lejos de un comportamiento merecedor de sanción que otras medidas que se perciben espontáneamente como lícitas por estar circunscritas al contexto médico.

V. CONCLUSIÓN

Las regulaciones jurídicas sobre cómo abordar el final de la vida se encuentran en un particular estado de tensión: por un lado, se trata del núcleo del

²⁶ Véase, por ejemplo, DUTTGE/SIMON NStZ 2017, 512; HUBER/LINDNER NJOZ 2019, 1489.

derecho a la autodeterminación, por otro, de un bien jurídico no solo de alto rango, sino también sobre todo irreversible. El Tribunal Constitucional Federal tiene sin duda razón en que aquí no debe menoscabarse la autodeterminación, ni siquiera de quienes están dispuestos a morir, y que la autonomía del individuo debe tener mayor peso que los (¡comprensibles!) escrúpulos sociales sobre todo lo que tiene que ver con el tema de la «muerte».

Sin embargo, queda pendiente la cuestión sobre cómo se puede garantizar que la autonomía supuestamente protegida no sea en realidad una cuestión de decisiones no-libres, sólo temporales y tomadas con demasiada precipitación. Las preguntas sobre las regulaciones jurídicas (jurídico-penales) en torno al suicidio tampoco han sido aclaradas definitivamente por la sentencia de Karlsruhe –algo que, por cierto, también han reconocido los propios jueces–, dejando al legislador una serie de cuestiones por aclarar y dejando –explícitamente abiertas– otras vías. Sin embargo, parece importante que el legislador no pierda de vista aquí el mandato fundamentalmente favorable a la autodeterminación. El objetivo debe ser proteger la autonomía y la libertad y crear un marco normativo para su realización; no, en cambio, explorar el máximo de punibilidad y paternalismo que pueda ser admisible en el Derecho constitucional. Es poco probable que el problema central de la protección de la vida por el Derecho penal en los últimos 150 años aproximadamente haya sido la impunidad de la asistencia al suicidio autorresponsable.

PARTE V

MUERTE CEREBRAL Y DONACIÓN DE ÓRGANOS

CRÓNICA DE UN COMERCIO INFAME

Una aproximación a los delitos de tráfico de órganos humanos en el Código penal español

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN *

I. PLANTEAMIENTO

La relevancia que las terapias de trasplante han adquirido en el actual estado de las disciplinas médicas resulta, tanto cuantitativa como cualitativamente, realmente espectacular¹. Una de las principales consecuencias lógicas de este desarrollo viene representada por un incremento exponencial de la demanda de órganos humanos a trasplantar. Esta creciente necesidad no siempre queda cubierta, sin embargo, por la disponibilidad de unidades trasplantables. Resulta igualmente conocido que, con carácter general, los sistemas sanitarios presentan síntomas de colapso cada vez más preocupantes, con crecientes dificultades para proporcionar a pacientes en situación de grave afectación a la salud individual órganos vitales en un plazo médicamente razonable². La combinación de estos factores acaba constituyendo el inevitable caldo de cultivo de un mercado, el del tráfico ilegal de órgano, que un sector de la doctrina no ha dudado en calificar de «comercio infame»³. La infamia del fenómeno de refe-

* Profesor de la Universidad de Barcelona.

¹ Destacan este extremo CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (2 ss.); CANCIO MELIÁ, RPCP (32) 2018, pp. (297) 297 ss.

² SCHEPER, RAS (14) 2005, pp. (195) 195 ss.; CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (3, 18, 26, 35, 54 y 55).

³ Así, por ejemplo, CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (4); CANCIO MELIÁ, RPCP (32) 2018, p. 297 (308).

rencia contaría con diversos protagonistas de excepción: los donantes, que, apremiados por las circunstancias económicas o sociales extremas, ofrecen sus órganos –en vida o tras el fallecimiento, según el caso– a potenciales receptores que los precisen; los receptores, que en muchos casos condicionados por su situación médica, podrían aprovecharse de la vulnerabilidad de los ofertantes de órganos; y el Estado, cuyo papel regulador en esta ceremonia de la confusión se encuentra más discutido que nunca⁴.

A pesar de que, dada la privilegiada posición de liderazgo mundial en donación de órganos⁵, esta casuística presenta en España números considerablemente inferiores a los que caracterizan a otros países –valga como referencia próxima el grave caso de prácticas ilícitas que dieron lugar al escándalo alemán de la donación de órganos⁶–, la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, incorporó al CP español el delito de tráfico ilegal de órganos por medio del art. 156 bis CP. Dicho precepto constituyó la transposición al ordenamiento jurídico español de buena parte del contenido de la Declaración de Estambul en relación al tráfico de órganos y al turismo de trasplante⁷, así como de la Resolución OMS 63.22 de 21-5-10, relativa a los principios rectores sobre trasplantes de células tejidos y órganos humanos⁸. El artículo fue considerablemente modificado y ampliado por la LO 1/2019, que completó el régimen de prevención y persecución del delito de tráfico de órganos humanos, adaptándolo a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Euro-

⁴ CARRASCO ANDRINO, REPCP (23) 2021, p. 1 (10).

⁵ *Público*, «España continúa a la cabeza en donación y trasplantes: un 12% más en 2023»: «España continúa a la cabeza en materia de donación y trasplantes. Solo en los cinco primeros meses del año 2023 se ha aumentado la actividad un 12% hasta alcanzar los 1.010 donantes fallecidos y los 2.394 pacientes trasplantados, según la Organización Nacional de Trasplantes (ONT) (en línea: <https://www.publico.es/sociedad/espana-situa-cabeza-donacion-trasplantes-12-2023.html>). Llama la atención sobre este extremo *Cancio Meliá*, RPCP (32) 2018, p. 297 (298).

⁶ *El País*, «Un escándalo de corrupción sacude el sistema alemán de trasplante de órganos. Tres médicos, sospechosos de manipular expedientes a cambio de dinero» (en línea: https://elpais.com/sociedad/2012/08/05/actualidad/1344193226_710353.html). Una referencia a este caso se encuentra en *Cancio Meliá*, RPCP (32) 2018, p. 297 (299).

⁷ CARRASCO ANDRINO, REPCP (23) 2021, p. 1 (3).

⁸ Se hacen eco de todo ello BENÍTEZ ORTUZAR, en: Morillas Cueva (coord.), Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial, 3.ª ed., 2020, pp. 109 ss.; CARBONELL MATEU, en: González Cussac (coord.), Derecho penal. Parte Especial, 5 ed. 2016, pp. 101 ss.; CARRASCO ANDRINO, El comercio de órganos humanos para trasplante: análisis penal, 2015, *passim*; *la misma*, REPCP (23) 2021, p. 1 (27); DE LA CUESTA AGUADO, Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías, 2013; DÍAZ-MAROTO, en: el mismo (dir.), Estudios sobre las Reformas del Código penal operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero, 2011, pp. 275 ss.; GARCÍA ALBERO, en: Álvarez García/González Cussac (dirs.), Comentarios a la Reforma de Código penal de 2010, 2010, pp. 183 ss.; GÓMEZ RIVERO, RP (31) 2013, pp. 113 ss.; GÓMEZ TOMILLO, en: el mismo (dir.), Comentarios al Código penal, 2.º ed., 2011, pp. 617 ss.; MOYA GUILLEM, La Protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos. Especial referencia a la tutela penal en España (*art. 156 bis CP*), 2018, *passim*; PUENTE ALBA, RDPP (26) 2011, pp. 135 ss.

pa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos que se abrió a la firma en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015. El Preámbulo de la LO 1/2019 describe las conductas en el mismo tipificadas como una grave violación de los derechos fundamentales de las personas, en concreto de bienes jurídicos como la vida, la integridad física y la dignidad humana, además de suponer una gran amenaza para la salud pública⁹. Las líneas que siguen tienen como principal objetivo analizar algunos aspectos problemáticos de la última versión disponible de esta controvertida norma¹⁰.

II. LAS CONDUCTAS TÍPICAS EN PARTICULAR: EXPOSICIÓN Y BREVE VALORACIÓN CRÍTICA

Constituye un lugar común en la doctrina que la regulación penal española en materia de tráfico de órganos supuestamente tendría como objetivo dar respuesta a dos distintas modalidades de tráfico de órganos: el mercado ilegal interno de órganos, especialmente desarrollado en algunos países y cada vez más potenciado como consecuencia de la generalización de Internet y las redes sociales; y el mercado ilegal externo, cuya principal manifestación viene representada por el preocupante fenómeno del llamado «turismo de trasplante» a clínicas de otros países con el objeto de llevar a cabo trasplantes irrealizables (por ser contrarios a la ley, de tardía realización o de ejecución materialmente imposible) en el país de origen¹¹. Pese a lo encomiable de este propósito, debe advertirse, sin embargo, que en el mismo reside uno de los principales desajustes del art. 156 bis CP: dadas las exigencias técnico-médicas propias de este

⁹ Se ocupan con detalle de esta reforma BENÍTEZ ORTUZAR (nota 8), pp. 115 ss.; 3 ed., 2020, pp. 109 ss.; CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (27 ss.); GARCÍA ALBERO (nota 8), pp. 37 ss.; MOYA GUILLEM, RGDP (31) 2019, pp. 1 ss.

¹⁰ Además de los restantes elementos que se expondrán en el presente trabajo, el precepto prevé diversos tipos agravados por razón de la grave afectación de la víctima (art. 156 bis, 4 CP), la posición del sujeto activo en el sistema de salud pública (art. 156 bis, 5 CP) o su pertenencia a una organización criminal (art. 156 bis, 6 CP); la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 156 bis, 7 CP); los actos preparatorios punibles (art. 156 bis, 8 CP); una regla concursal con los delitos de trata de personas (art. 177 bis CP) y una cláusula final de reincidencia internacional. Sobre todo ello vid. *Carrasco Andrino*, RECPC (23) 2021, p. 1 (49).

¹¹ Esta expresión fue utilizada en la resolución sobre el trasplante de órganos y tejidos humanos adoptada en la Asamblea de la OMS en 2004 (WHA 57.18) para referirse a los trasplantes realizados en el extranjero, en los que el receptor obtiene el órgano, bien a través de tráfico o bien por otros medios que infringen la normativa del país de origen. Lo recuerda *Carrasco Andrino*, RECPC (23) 2021, 2021, p. 1 (3). Se refiere a este fenómeno, como claro ejemplo del llamado «turismo de elusión» o «turismo de circunvalación», CANCIO MELIÁ, RPCP (32) 2018, p. 297 (298 ss.). Sobre el mismo, vid., ampliamente, ROMEO CASABONA, en: el mismo (coord.) *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, 2005, pp. 1 ss.; *el mismo*, RAD (7) 2010, pp. 171 ss.

tipología de conductas, resulta altamente improbable que en un sistema de salud pública como el español, en el que el proceso completo de donación, extracción y trasplante se encuentra completamente monitorizado, alguna de aquellas conductas pueda ser realizada completamente al margen de la intervención del sistema público de sanidad. Esta circunstancia explicaría, de hecho, que la jurisprudencia penal española apenas sí haya tenido ocasión de pronunciarse sobre supuestos acaecidos en territorio español¹². Mayor probabilidad de comisión podría presentar, en cambio, la comisión entre nosotros de alguna de las conductas previstas en el tipo con vistas a completar la ejecución del ciclo en territorio extranjero. Un ejemplo de este *modus operandi* podría ser, por ejemplo, la preparación en España por parte de un paciente (nacional o extranjero), que ha sido considerado por el sistema sanitario español candidato idóneo para un trasplante o que deba esperar para el mismo un considerable período de tiempo por encontrarse postergado en una larga lista de espera, del trasplante en otro país de un órgano que le permita mejorar su calidad de vida o, incluso, salvarla. O, incluso, el supuesto contrario: esto es, que sea un ciudadano español quien proporcione el ansiado órgano al paciente extranjero que emprende su búsqueda en nuestro territorio¹³.

Como ya ha sido reiteradamente puesto de relieve por la doctrina que se ha ocupado del tema, las dificultades de perseguir esta clase de supuestos con empleo del CP español reside fundamentalmente en que el art. 156 bis CP únicamente será aplicable a receptores españoles cuando el hecho sea constitutivo de delito en el país en que se realice el trasplante (art. 23, 3 LOPJ); o, en otra constelación de supuestos, cuando los actos previos al trasplante realizados en territorio español por el receptor (contactos, gestiones, etc.) sean típicamente relevantes como constitutivos de delitos de favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal de órganos¹⁴. En su apartado primero, el art. 156 bis CP tipifica conductas de promoción, favorecimiento, facilitación, publicidad o ejecución

¹² Lo ha hecho concretamente en dos ocasiones. Por un lado, la STS 710/17, 27-10 confirmó la condena impuesta por la SAP Barcelona, 7.ª, 793/16, 13-10 a cuatro individuos por tráfico de órganos, entre ellos, también el receptor. Los hechos refieren como el receptor y sus hermanos ayudados por un tercero contactan con un inmigrante irregular en situación de indigencia, con quien acuerdan que se hará pasar por amigo del receptor, donando uno de sus riñones, a cambio de la entrega de una cantidad de dinero. El donante acaba por no prestar su consentimiento, siendo agredido y coaccionado por ello. Por otro, la SAP Valencia, 2.ª, 482/19, 7-10, condenó a cinco personas que ofrecieron igualmente dinero a inmigrantes irregulares sin recursos para que donaran parte de su hígado a un pudiente paciente libanés. En ambos se trataba de enmascarar el acuerdo comercial con una donación inter-vivos y practicar el trasplante en un hospital español. Se refiere a ambos casos CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (9).

¹³ Se refiere a supuestos parecidos a los planteados CANCIO MELIÁ, RPCP (32) 2018, p. 297 (300 ss.).

¹⁴ Plantea posibles vías alternativas a este respecto CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (62 s.); CANCIO MELIÁ, RPCP (32) 2018, p. 297 (307).

del tráfico de órganos humanos. La pena prevista para estos comportamientos variará en función de si se trata del órgano de una persona viva o de una persona ya fallecida: en el primer supuesto será de prisión de seis a doce años; en el segundo, de prisión de tres a seis años. Ambas respuestas penales resultan claramente desproporcionadas: la primera, porque presupone un menoscabo de la integridad física del donante que ni exige expresamente el tipo ni tiene por qué producirse necesariamente; la segunda porque, tratándose de una persona fallecida, es obvio que ninguna de las conductas típicas podrá atentar contra la salud del donante –el órgano se extrae de un cadáver– sino, a lo sumo, contra el correcto funcionamiento del sistema público de control de donación, extracción y trasplante de órganos, ya protegido administrativamente, o la voluntad en vida del fallecido o la de sus herederos, también protegida civilmente¹⁵. Es posible que nos encontremos, por ello, ante un (nuevo) ejemplo de administrativización (o «civilización») del Derecho penal, esto es, de aplicación de una norma de sanción penal (en este caso, el art. 156 bis, 1, párr. 1.º *in fine*) a la infracción de una norma primaria perteneciente al Derecho administrativo o al Derecho civil. No puede extrañar, por ello, que sobre el precepto que nos ocupa planee la alargada sombra del Derecho penal simbólico, en el peor de los sentidos de la expresión. Máxime considerando que es más que probable que la constelación de supuestos previstos por el tipo no se corresponda en absoluto con la realidad criminológica de nuestro país en la materia¹⁶.

Las cuatro primeras conductas previstas en el art. 156 bis, 1 CP, la promoción, el favorecimiento, la facilitación y la publicidad, se presentan como accesorias –a modo de conductas de participación necesaria– del comportamiento principal que constituye el punto de referencia de aquellas: el tráfico de órganos humanos¹⁷. Constituyen, por ello, claros ejemplos de delitos de preparación (*Vorbereitungsdelikte*) o de emprendimiento (*Unternehmensdelikte*) de actos de tráfico de órganos humanos¹⁸. Pese a constituir una categoría cuya aceptación no se encuentra completamente exenta de controversia¹⁹, un sector

¹⁵ CARRASCO ANDRINO, REPCP (23) 2021, p. 1 (23).

¹⁶ CANCIO MELIÁ, RPCP (32) 2018, p. 311; MENDOZA CALDERÓN, RDPC (11) 2014, p. 147 (186); QUERALT, Derecho Penal Español, Parte Especial, 7 ed., 2015, p. 157.

¹⁷ CARRASCO ANDRINO, REPCP (23) 2021, p. 1 (26 ss. y 28).

¹⁸ CANCIO MELIÁ, RPCP (32) 2018, p. 297 (302).

¹⁹ Según BACIGALUPO ZAPATER, Principios de Derecho penal, Parte General, 4 ed., 1997, pp. 335 s., «es frecuente afirmar que «excepcionalmente» la ley castiga también actos preparatorios. Tal afirmación es, por lo menos, superflua y quizás errónea. Preparación y ejecución son dos conceptos relativos que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico. En consecuencia, no hay «actos preparatorios» en sí, ni «actos de ejecución» en sí. (...) La afirmación de que son punibles «sólo por especiales motivos político-criminales» con que aquella conclusión suele ir acompañada, es la prueba de que en definitiva no hay excepción alguna, pues todos los delitos del código están

de las doctrina alemana²⁰ y española²¹ viene aludiendo a esas dos clases de delitos para referirse a aquellos tipos que se caracterizan por que la realización de la conducta típica representaría el inicio de un *iter criminis* global, cuya fase ejecutiva tendría lugar con la realización de la conducta prevista en otro tipo. O dicho de otro modo: la conducta típica de los delitos de preparación constituye materialmente un acto preparatorio de la ejecución del ciclo completo en qué consisten algunos atentados contra ciertos bienes jurídicos. La conducta típica de los delitos de emprendimiento o de preparación se encontraría, así, preordenada o dirigida a la de otros tipos principales. La primera clase de tipos se distinguiría de la segunda en el grado de ejecución alcanzado por la conducta típica en el ciclo delictivo completo. Desde un punto de vista formal, la conducta típica de los delitos de emprendimiento constituiría, de este modo, un itinerario delictivo acabado²².

Para la técnica legislativa de los delitos de preparación o emprendimiento lo esencial es, por tanto, la selección de conductas que forman parte de un ciclo delictivo más amplio, con independencia de su mayor o menor alejamiento de la lesión del bien jurídico. Comportamientos activos u omisivos, de preparación, tentativa o consumación, o de autoría o participación, se dan cita en un tipo mixto alternativo en el que todos ellos participan de una consecuencia jurídica común. No resulta en absoluto respetuosa del principio de proporcionalidad, en consecuencia, la equiparación penológica operada por el art. 156 bis, 1 CP de conductas con contenido de injusto tan dispar como, por ejemplo, el reclutamiento y selección de donantes o receptores, la organización de viajes de turismo de órganos o el sufragio de las intervenciones²³, por un lado, con los actos de tráfico que a través

incriminados por especiales motivos de política criminal». La opinión de Bacigalupo contradice la de Jescheck, Tratado de Derecho penal. Parte General, 1981, pp. 712 s., quien distinguió en el StGB entonces vigente dos distintos grupos de delitos en los que aquellos especiales motivos político-criminales podrían concurrir: a) supuestos en los que se produce la extensión no autónoma de ciertos tipos, cuya cualidad requiere una intervención especialmente temprana, ya que de lo contrario la pena carecería de toda eficacia [por ejemplo, el delito de preparación de falsificación de moneda (§ 149 StGB) y la venta de medios abortivos (§ 219 c StGB)]; y b) actos preparatorios de típica fisonomía y alta peligrosidad que son castigados como delitos autónomos sin que sea preciso que el autor tenga proyectado un delito totalmente determinado [por ejemplos, los delitos de preparación de alta traición (§ 83 StGB) o de espionaje para revelar secretos de Estado (§ 96 I StGB)].

²⁰ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, 1920, pp. 12 ss., 22, 27 s., 40 s. y *passim*; NAGLER, «*Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation*» *ZakDR*, 1940, p. 345 (365); JESCHECK, Tratado (nota 19), pp. 712 s.

²¹ Vid. CUELLO CONTRERAS, ADPCP 1978, p. 35 (45 ss.). Afirma en abstracto la posibilidad de que determinados actos preparatorios hayan sido elevados por la propia ley al rango de «*delicta sui generis*» RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP, 1968, p. 277 (276 y 299).

²² GÓMEZ MARTÍN, RECPC, 2002, pp. 1 (7 s.)

²³ Son ejemplos de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico de órganos humanos sugeridos por *Felip i Saborit*, en: Silva Sánchez (dir.), *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, 2012, pp. 243 ss.

de las mismas se preparan o emprenden²⁴. Sobre todo teniendo en cuenta que la quinta y última conducta de este tipo mixto alternativo consiste, de hecho, en la ejecución misma del acto de tráfico de órganos humanos, esto es, el comportamiento del que son accesorios los actos de emprendimiento precedentes²⁵.

El párrafo segundo del art. 156 bis, 1 CP contiene un concepto legal de tráfico de órganos humanos. Por tal habrá de entenderse, en primer lugar, la extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos. De esta referencia sorprende, por de pronto, que el legislador trate como un binomio axiológicamente equivalente dos conductas de tan distinta entidad. Así, mientras que la conducta de extracción implicará necesariamente la realización de un acto de acometimiento directo sobre el cuerpo del donante, la conducta de obtención contará con un ámbito de aplicación más amplio, al presuponer lógicamente la recepción del órgano humano a través de un tercero que habría realizado su extracción. No en vano, el art. 3.17 RD 1723/2012 define la obtención como «el proceso por el que los órganos donados quedan disponibles para su trasplante en uno o varios receptores, y que se extiende desde la donación hasta la extracción quirúrgica de los órganos y su preparación»²⁶.

Del referido acometimiento físico para la obtención de un órgano para un tercero que implica la extracción se colige que cuando el mismo tenga lugar sin el consentimiento del sujeto pasivo, dicha extracción implicará necesariamente la comisión de un delito de lesiones. Esta circunstancia obliga a preguntarse, de hecho, si el art. 156 bis CP cuenta auténticamente con un ámbito de aplicación, especialmente teniendo en cuenta que las lesiones que impliquen pérdida o inutilidad de órgano ya se encuentra tipificadas como lesiones en los arts. 149 y 150 CP. La inevitable comparación de la consecuencia jurídica prevista para la extracción de órganos de una persona viva en el art. 156 bis CP, consistente en pena de prisión de seis a doce años, con la asignada para las lesiones que impliquen la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro humano, arroja el siguiente resultado: cuando el órgano afectado merezca la calificación de «principal», la respuesta penal prevista en el art. 156 bis CP equivale exactamente a la del art. 149 CP (recuérdese, pena de prisión de seis a doce años); y, en cambio, para los casos de órgano «no principal», la pena prevista en el art. 156 bis, 1 CP será considerablemente más elevada que la recogida en el art. 150 CP, que es de prisión de tres a seis años²⁷.

²⁴ CANCIO MELIÁ, RPCP (32) 2018, p. 297 (302).

²⁵ CARRASCO ANDRINO, REPCP (23) 2021, p. 1 (27).

²⁶ Lo recuerda CARRASCO ANDRINO, REPCP (23) 2021, p. 1 (29).

²⁷ En un sentido parecido CARRASCO ANDRINO, REPCP (23) 2021, p. 1 (16). Debe recordarse, a ese respecto, que la jurisprudencia interpreta el término «pérdida» como destrucción anatómico-orgánica de

Desde la perspectiva de la protección penal de la salud individual del donante, el balance de esta comparación resulta sin duda sorprendente. Por un lado, la eliminación de la distinción entre órganos principales y no principales para los delito de tráfico de órganos humanos operada por la reforma de 2019 habría conducido en los supuestos de extracciones de órganos de donantes vivos a una evidente contradicción axiológica: se pasarían a castigar con la misma pena dos clases de extracciones –las de órganos principales y las de órganos no principales– de muy distinta afectación funcional en el organismo humano²⁸. En los casos de órgano principal, puesto que la pena prevista en el art. 156 bis, 1 CP es exactamente la misma que la contemplada por el art. 149 CP, cabe preguntarse, de hecho, cuál sería exactamente la necesidad del primero de estos preceptos con respecto al segundo, más allá quizá de la de ampliar el ámbito de aplicación del art. 149 CP fuera del ámbito natural de los actos preparatorios de las lesiones (art. 151 CP). Y en los supuestos de extracción de órgano no principal, surge la duda, no menor, sobre por qué razón la pena de prisión prevista en el art. 156 bis, 1 CP (seis a doce años) es tan superior a la del art. 150 CP (tres a seis años), cuando lo cierto es que las respectivas conductas típicas y objetos materiales serían, en principio, los mismos²⁹.

un órgano o miembro, mientras que la «inutilidad» alude a la pérdida sustancial, no necesariamente completa, de la eficacia funcional de un órgano o miembro (SSTS 1414/19, 29-4; 4190/17, 23-11; STSJ Castilla-La Mancha 28/19, 1-10). El porcentaje de pérdida funcional necesario para devenir inutilidad depende de cada órgano o miembro principal (SSTS 1062/09, 19-10, reducción de la movilidad del tobillo derecho en un 80%; 119/09, 3-2, pérdida de visión de un ojo en un 95%; 715/07, 18-9, pérdida de visión del 84%; 2/07, 16-1, pérdida del cristalino de un ojo, que podrá quedar con una agudeza visual del 50% mediante la colocación de una lente ocular interna; 217/06, 20-2, puñetazo en ojo con perforación del globo ocular izquierdo y pérdida del cristalino con limitación de la visión a un 40%; 1495/05, 7-12, pérdida de visión de un ojo en un 90%; 1299/05, 7-11, cojera permanente, rigidez lumbar superior al 30%). Es «*órgano o miembro principal*» el que desarrolla una actividad funcional independiente y relevante para la vida, la salud o el normal desenvolvimiento del individuo (STS 294/07, 30-3). En los supuestos de órganos o miembros principales pares, jur. distingue entre los que tienen funcionalidad propia e independiente, como los ojos (SSTS 594/20, 11 de noviembre; SAP Sevilla 3.ª, 345/21, 13-10, puñetazos en el rostro a persona que tenía las gafas puestas, sufriendo la pérdida de la visión completa de un ojo), los oídos, los pulmones o las piernas (STS 600/20, 12-11; STSJ Andalucía 34/20, 18-2); y los que no la tienen, como los testículos o los riñones. En el primer grupo de casos aplica el art. 149, en el segundo el art. 150. Un sector de la doctrina y la jurisprudencia considera que son órganos o miembros principales todos aquellos que, aunque carezcan de autonomía funcional, su menoscabo supondría un acortamiento de la vida o una grave afectación del nivel de vida del sujeto pasivo (STS 1696/02, 14-10). Y debe considerarse «*órgano o miembro no principal*», por su parte, aquél cuya actividad funcional carece de autonomía por hallarse al servicio de otros miembros u órganos principales, y que no resulta plenamente indispensable para la vida o para la salud completa del individuo, aunque su pérdida representa una minusvalía anatómico-fisiológica. Lo son, por ejemplo, los dedos de la mano (STSJ Madrid 257/22, 28-6; SAP Vizcaya 1.ª, 29/19, 18-3), la vesícula biliar, el bazo (STS 1642/01, 20-9) o un hombro (STS 810/00, 17-5).

²⁸ Llama la atención sobre este extremo CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (25).

²⁹ Sobre todas estas incongruencias axiológicas vid., entre otros, CANCIO MELIÁ, RPCP (32) 2018, p. 297 (309).

Tres son, al menos, las vías que cabe transitar para evitar las aparentes contradicciones valorativas que acaban de ser expuestas. La primera consistiría en entender que los respectivos ámbitos de aplicación del art. 156 bis, 1 CP, por un lado, y los arts. 149 y 150 CP, por el otro, no resultan del todo coincidentes, por constituir aquél un delito de peligro contra la salud individual y éstos, en cambio, delitos de lesión de tal objeto jurídico de protección. Esta solución resulta, no obstante, altamente problemática, al menos por una evidente razón penológica: no soporta el más elemental test de proporcionalidad asignar a una conducta que supuestamente representaría un adelantamiento de la barrera de protección de la salud individual pena idéntica o superior a la prevista para la lesión efectiva del bien jurídico³⁰. La segunda alternativa argumentativa pasaría por entender que a través del art. 156 bis CP se habría tratado de ampliar el ámbito de aplicación de los arts. 149 y 150 CP más allá del que corresponde a los actos preparatorios de las lesiones (art. 151 CP)³¹. Y, por último, se encuentra ampliamente extendida en la literatura penal la idea de que la auténtica explicación de la discrepancia penológica entre los arts. 156 bis y delitos de lesiones paralelos residiría en la disparidad de bienes jurídicos protegidos entre unos y otros delitos. Así, mientras que en los arts. 149 y 150 CP se protegería, como es obvio, la salud individual, el art. 156 bis CP daría cobertura, en realidad, a un delito pluriofensivo, en el que no sólo se lesionaría la salud individual del donante, sino también, y en particular, el sistema de salud pública, representado por el correspondiente modelo sanitario público de donación, extracción y trasplante de órganos humanos³².

Este punto de vista nos permite abordar, siquiera brevemente, una de las cuestiones menos pacíficas de la regulación española de los delitos de tráfico de órganos humanos: el bien jurídico protegido. La doctrina suele distinguir, a este respecto, entre la regulación anterior a la LO 1/2019 y la derivada de esta reforma³³. Con anterioridad a aquella reforma, dos argumentos servían para fundamentar la tesis de que el legislador español se centraba exclusivamente en la protección de ciertos derechos subjetivos del donante, en particular su salud individual, la incolumidad de su cuerpo, su libertad e, incluso, su dignidad como ser humano. Por una parte, la ubicación sistemática del art. 156 bis CP entre los delitos contra la salud individual, de la que se inferiría lógicamente que para la relevancia típica de cualquiera de las conductas recogidas en el

³⁰ CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (16).

³¹ CANCIO MELIÁ, RPCP (32) 2018, p. 297 (309).

³² CANCIO MELIÁ, RPCP (32) 2018, p. 297 (310 ss.).

³³ Aborda la cuestión desde ambas perspectivas temporales ALASTUEY DOBÓN, RP (32) 2013, pp. 3 ss.; *la misma*, DLL (9558) 2020, pp. 1 ss.

precepto habría de exigirse su idoneidad objetiva para poner en peligro la salud individual de alguna persona³⁴. Y, por otra, que la gravedad de la pena prevista para estos delitos se hiciera depender, entre otros factores, del grado de afectación de la conducta en la salud individual del donante³⁵.

Como consecuencia de la LO 1/2019, el conjunto de delitos recogido en el art. 156 bis CP habría pasado a tener, en cambio, un objeto de protección mixto, compuesto, por un lado, por los intereses individuales antes referidos del donante, y, por otro, por la salud pública en su conjunto, concretamente en su dimensión de correcto funcionamiento del sistema de trasplantes³⁶. Además del ya referido excedente penológico del art. 156 bis CP con respecto a los arts. 149 y 150 CP, un ulterior dato del que cabría extraer esta conclusión sería la incorporación al objeto material de las conductas de tráfico, junto al órganos de personas vivas, de los pertenecientes a sujetos ya fallecidos, a los que la legislación anterior a 2019 no hacía, en cambio, referencia alguna³⁷.

Partiendo entonces de la idea de que el art. 156 bis CP tendría por objeto también –o incluso fundamentalmente– la protección del sistema público de trasplante de órganos humanos, no es tarea sencilla conocer cuál es, exactamente, la constelación de supuestos de hechos que a criterio del legislador español podrían llegar a incidir con relevancia penal en el sistema sanitario público de donación, extracción y trasplante de órganos humanos. Descartada prácticamente de plano –como ya se adelantó *supra*– la posibilidad de que la extracción tenga lugar en territorio español, la aplicación del tipo parecería reservarse, entonces, al mercado negro interno, esto es, a la captación de donantes españoles para extracciones practicadas en el extranjero, y al turismo de trasplante emprendido por nacionales españoles al extranjero. Resulta obligado preguntarse, a este respecto, si para este último viaje –protección de sistemas extranjeros de sanidad pública frente a conductas de nacionales españoles– eran precisas las alforjas penales del art. 156 bis, 1 CP, con su destacada severidad penológica³⁸.

En lo que respecta al objeto material de la conducta de extracción, el «órgano humano», por tal debe entenderse aquella parte diferenciable del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante

³⁴ CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (13 ss.).

³⁵ CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (13 ss.).

³⁶ CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (13 ss.).

³⁷ CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (13).

³⁸ CANCIO MELIÁ, RPCP (32) 2018, p. 297 (306 ss.); MENDOZA CALDERÓN, RDPC (11) 2014, p. 147 (179); ALEMÁN LÓPEZ, RLLP (94-95) 2012, pp. 1 ss.

de autonomía y suficiencia. Se considerarán órganos, en este sentido, los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y cuantos otros con similar criterio puedan ser extraídos y trasplantados de acuerdo con los avances científico-técnicos³⁹. El precepto no excluye los órganos de embriones y fetos. Sí quedan fuera del tipo, en cambio, los tejidos humanos (nervioso, adiposo, muscular, conectivo, epitelial, e los huesos, etc.) y los productos humanos de desecho (cordón umbilical, placenta, etc.), sin perjuicio de que su tráfico o trasplante ilegal pueda dar lugar a un delito contra la salud pública⁴⁰. Es discutible, finalmente, si por «órgano humano» debe entenderse uno necesariamente completo o también cabe interpretar como tal una de sus partes en aquéllos que son regenerables una vez trasplantados, como sucede, por ejemplo, con el páncreas o el pulmón. Un sector doctrinal considera, con razón, que la conducta será típica cuando el trasplante parcial, esto es, el de una parte del órgano regenerable, se trasplante con la vocación de que la misma sea utilizada en el cuerpo humano con la misma función que desempeñaría el órgano completo⁴¹. Tampoco debe pasar inadvertida la exigencia típica de que el órgano extraído u obtenido deba ser necesariamente «ajeno», que obliga a excluir al donante vivo del círculo de posibles sujetos activos del delito⁴².

Según el precepto, dicha extracción u obtención de órgano humano ajeno será típica en tres supuestos: que se haya realizado sin el consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo en la forma y con los requisitos previstos legalmente (1.^a); que se haya realizado sin la necesaria autorización exigida por la ley en el caso del donante fallecido (2.^a); o que, a cambio de la extracción u obtención, en provecho propio o ajeno, se solicite o recibiére por el donante o un tercero, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase o se aceptare ofrecimiento o promesa (3.^a).

Con el objeto de eludir la insatisfactoria consecuencia de que los dos primeros supuestos puedan permitir la subsunción (nuevamente) de meras infracciones administrativas de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, y del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, que la desarrolla, las expresiones «en la forma y con los requisitos previstos legalmente» (1.^a) o «exigida por la ley» (2.^a) habrán de ser interpretadas de forma necesariamente restrictiva, de tal modo que únicamente resul-

³⁹ Art. 3.19 RD 1723/2012.

⁴⁰ CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (24).

⁴¹ Así lo dispone el art. 1. c) RDL 9/14, 4-7, 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. En este sentido *Felip i Saborit*, en: El nuevo Código penal (nota 23), pp. 243 ss.

⁴² CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (28).

ten aplicables a supuestos de hecho que impliquen un enfrentamiento directo a los elementos esenciales del sistema público español de trasplante de órganos humanos: esto es, la gratuidad, la necesaria observancia de criterios exclusivamente médicos y la ausencia de consideración de la identidad de la persona⁴³. Esta interpretación es coherente, además, con el fundamento de la prohibición de solicitud o recepción por el donante o un tercero, por sí o por persona interpuesta, de dádiva o retribución de cualquier clase, o de aceptación de ofrecimiento o promesa (3.^a)⁴⁴ y, en correspondencia, en la preconcepción de que el ofrecimiento o la aceptación de contraprestación económica podría viciar de falta de libertad el consentimiento del donante⁴⁵. El tipo aclara que «no se entenderá por dádiva o retribución el resarcimiento de los gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación». También serán considerados comportamientos de tráfico otros actos relacionados con la extracción u obtención ilícita de órganos, como su preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación [art. 156 bis, párr. II, b) CP], así como el uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines [art. 156 bis, párr. II, c) CP].

El art. 156 bis, párr. II CP también define como actos de tráfico de órganos humanos la preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos (b), así como el uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines (c). La ya referida técnica legislativa de los delitos de preparación o emprendimiento vuelve a cobrar en este punto máxima carta de naturaleza.

III. SOBRE LA RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL RECEPTOR

En el art. 156 bis, 3 CP se castiga la conducta del receptor que consiente la realización del trasplante conociendo su origen ilícito. Teniendo cuenta que

⁴³ CANCIO MELIÁ, RPCP (32) 2018, p. 297 (303).

⁴⁴ CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (29).

⁴⁵ CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (28). Solo partiendo de estos principios se entiende que el art. 156 bis, 2 CP disponga que «[d]el mismo modo se castigará a los que, en provecho propio o ajeno: a) solicitaren o recibieren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase, o aceptaren ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos; b) ofrecieren o entregaren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase a personal facultativo, funcionario público o particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos».

la pena señalada para esta conducta es la prevista para las conductas del art. 156 bis, 1 CP, un sector de la doctrina propone una sugerente interpretación restrictiva del precepto: su ámbito de aplicación habrá de quedar circunscrito a aquellos supuestos en los que el receptor no se limite a estar de acuerdo con el ofrecimiento del donante, ya que dicho comportamiento difícilmente sería adecuado desde una perspectiva objetiva para atentar contra el bien jurídico protegido, sino que a través de su comportamiento condicione o limite significativamente la libertad del ofertante del órgano⁴⁶. Frente a esta exégesis quizá quepa objetar, no obstante, que la misma podría dejar vacío de contenido el art. 156 bis, 2 CP, que castiga a los que, en provecho propio o ajeno, solicitaren o recibieren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase, o aceptaren ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos (a); y a los que ofrecieren o entregaren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase a personal facultativo, funcionario público o particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos (b).

Sea como fuere, el legislador penal español no se muestra completamente insensible a la realidad que suele llevar al receptor del órgano a realizar alguna de las conductas previstas en el tipo para conseguir un órgano humano ajeno, al disponer que las penas previstas en el mismo *«podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable»*. Resultan perfectamente imaginables, en este contexto, situaciones de excepcionalidad del receptor-enfermo equiparables a una eximente incompleta de estado de necesidad o miedo insuperable, una atenuante de arrebato, obcecación o estado pasional de entidad semejante o una atenuante analógica a alguna de las anteriores. Tres rasgos significativos de la atenuación de la responsabilidad penal establecida por el art. 156 bis, 3 CP son su carácter facultativo (*«podrán»*), la posibilidad de reducir la pena en mayor o menor medida (en concreto, *«en uno o dos grados»*) y la referencia a las *«circunstancias del hecho y del culpable»* como criterios rectores de la decisión. Ciertamente, la combinación de estos tres factores permitirá una considerable adaptación judicial al caso concreto. Sería imaginable desestimar la atenuación de la responsabilidad penal, por ejemplo, cuando la realización de la conducta típica venga motivada por la voluntad de evitar una ligera demora en la lista de espera y el trasplante perseguido únicamente sirva para proporcionar una modesta mejora

⁴⁶ CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (20).

en su calidad de vida. En el otro extremo se encontraría el paciente en situación de urgente riesgo vital al que el sistema sanitario doméstico no proporciona solución alguna⁴⁷.

IV. COROLARIO

Con base en cuanto se ha expuesto a través del presente trabajo, puede concluirse, a modo de corolario final, que España viene desempeñando en el contexto comparado un papel decididamente protagónico en materia de órganos humanos. Lo hace, no obstante, en un sentido diametralmente opuesto. Por un lado, para seguir liderando, un año más, la clasificación mundial en donaciones, en el marco de un sistema sanitario público de donación, extracción y trasplante de órganos que constituye auténtico objeto de envidia en el contexto internacional, ante el creciente escasez de donantes en muchos territorios. Y, por otro –en este caso ya de modo muy atendible–, para encabezar la lucha contra el tráfico ilegal de órganos con una durísima Política criminal caracterizada por la amplitud de conductas penalmente perseguidas; por lo extremadamente elevado de las consecuencias jurídicas previstas para las mismas; por la escasa condescendencia con la figura del receptor del órgano objeto de tráfico; y, finalmente, por la limitación aplicativa de la legislación penal española ante los supuestos –aunque escasamente habituales– más graves. Si, ciertamente, el comercio ilegal de carne humana, en condiciones de precariedad social del donante y de opulencia económica del receptor, bien puede merecer las etiquetas de indigno o inhumano, un empleo del Derecho penal tan poco digno o humano como el exhibido por el art. 156 bis CP quizá no constituya precisamente el mejor modo de luchar eficazmente contra el mismo.

⁴⁷ CARRASCO ANDRINO, RECPC (23) 2021, p. 1 (55 ss.), analizando y descartando en ambos casos la posibilidad de aplicar las eximentes de estado de necesidad y de miedo insuperable, por el efecto oclusivo que el art. 156 bis CP provocaría sobre las mismas.

DONACIÓN DE ÓRGANOS Y MUERTE CEREBRAL*

SUSANNE BECK**

INTRODUCCIÓN

«(...) El Bundestag (debería) impulsar nuevamente el voto de la solución de la objeción»¹ ***. Así se refería recientemente el actual ministro federal de Sanidad, Karl Lauterbach a la situación actual de la donación *post mortem* de órganos en Alemania².

En 2021 el número de órganos donados *post mortem* en Alemania fue de 2905³. Al 31 de diciembre de 2021 había 8738 pacientes en lista de espera activa para recibir el órgano de un donante⁴. Esto significa que existe una diferencia enorme entre cantidad de órganos donados necesarios y los disponibles en Alemania. La situación es diferente en otros países europeos: en España, donde se aplica la solución de la objeción y el criterio de muerte cardíaca también se considera constitucional, se donaron 1800 órganos *post mortem* en 2021; España es, por tanto, el país con más donaciones de órganos

* Traducción revisada por Víctor Gómez Martín.

** Profesora de la Universidad de Hannover.

*** NE: La autora se refiere aquí al sistema regulatorio de la donación de órganos, según el cual todas las personas son donantes potenciales, salvo que expresamente hayan manifestado su oposición.

¹ Gesundheit - Lauterbach für neuen Anlauf für Organspendereform - Gesundheit - SZ.de (sueddeutsche.de), Süddeutsche Zeitung (último acceso: 08.03.2023).

² <https://www.tagesschau.de/inland/lauterbach-organspendereform-101.html>, Tagesschau (último acceso: 23 de enero de 2023).

³ Informe anual de la DSO: Informe anual sobre donación de órganos a partir de 2021, p. 6.

⁴ Informe anual de la DSO (nota 3), p. 66.

en una comparación europea⁵. Austria también aplica la solución de la objeción y tiene comparativamente más donaciones de órganos: aquí se registraron 611 órganos donados *post mortem* en 2021⁶. Había 829 personas en lista de espera activa⁷. Solo Bulgaria –el único país con la solución de la emergencia– tiene una cifra baja de 0,57 donaciones por millón de habitantes⁸. En los últimos años se ha debatido repetidamente sobre la donación *post mortem* de órganos y sobre la cuestión de que la escasez de órganos y donantes de órganos en Alemania debía contrarrestarse con reformas. Sin embargo, en la actualidad sigue habiendo escasez de órganos, por lo que hay que seguir preguntándose cómo contrarrestarla. Esto se examinará a continuación. Pero antes se cuestionará críticamente si los presupuestos de la donación *post mortem* de órganos que se reconocen en Alemania, especialmente el de la muerte cerebral, están justificadas. También si la solución de la objeción u otro enfoque pueden conducir a solucionar el problema de la escasez de órganos. Y, como ya se ha mencionado, también echaremos un vistazo a nuestros países europeos vecinos.

I. LA LEY ALEMANA DE TRASPLANTES (TPG) Y LOS PRESUPUESTOS VIGENTES PARA LA DONACIÓN *POST MORTEM* DE ÓRGANOS

1. Ley alemana de trasplantes (TPG)

La normativa sobre donación de órganos, tanto en vida como *post mortem*, se encuentra en la Ley de Trasplantes.

El TPG entró en vigor en 1997 y ha sufrido numerosas modificaciones en los últimos 25 años, como la denominada solución de la «decisión» o «declaración» introducida en 2012⁹, que más adelante se analizará en detalle. Ésta complementa la solución del consentimiento ampliado¹⁰. A pesar de las modificaciones posteriores de la TPG en 2016 y 2019, la ley ha sido objeto de cre-

⁵ Estadísticas sobre donación de órganos en Alemania y Europa (organspende-info.de) (último acceso: 8 de marzo de 2023)

⁶ GÖG/ÖBIG: Transplant-Jahresbericht 2021: p. VIII.

⁷ GÖG/ÖBIG, (nota 6), P. VIII.

⁸ Estadísticas sobre donación de órganos en Alemania y Europa (organspende-info.de), (último acceso: 08.03.2023).

⁹ SCHÄFER, NJ 2019, 45 (49).

¹⁰ KRESS, MedR 2019, 192 (192-197).

cientes críticas desde 2018, que a su vez deberán contrarrestarse en 2022 con la «Ley para reforzar el poder de decisión»¹¹.

El objetivo del TPG es promover la disposición a donar y extraer órganos para contrarrestar de la manera más eficaz posible la escasez permanente de órganos y de donantes de órganos¹².

La donación y la extracción de órganos humanos se regulan en el § 1, ap. 2 TPG; para la donación *post mortem* de órganos, en la que nos centraremos a continuación, existen regulaciones más detalladas en los §§ 3 y ss. TPG.

2. Requisitos formales para la donación *post mortem* de órganos

Según la solución del consentimiento ampliado actualmente aplicable, la donación de órganos sólo es admisible si el donante de órganos dio su consentimiento en vida o si el consentimiento fue dado por familiares cercanos tras su fallecimiento¹³: Según el § 3, ap. 1, N.º 1-3 TPG, el consentimiento del paciente es generalmente un requisito previo para la extracción *post mortem* de órganos. Para que sea efectivo, el paciente debe tener tanto la capacidad de consentir como la de comprender¹⁴. Con ello se pretende proteger el derecho de autodeterminación de los posibles donantes¹⁵. Por ejemplo, el § 7 del Código de Conducta Profesional del Colegio de Médicos de Baja Sajonia establece que los médicos están obligados a respetar el derecho de autodeterminación del paciente; esto se aplica tanto a la voluntad declarada como a la presunta del paciente¹⁶.

En principio, el consentimiento jurídicamente válido para la donación *post mortem* de órganos es posible a partir de los 16 años, siempre que exista la capacidad necesaria para consentir¹⁷. Según los principios generalmente reconocidos, la capacidad queda excluida en casos individuales si el donante

¹¹ TAG, en: Erb/Schäfer (eds.), MüKo-StGB, Vor § 1 TPG, n.m. 1.

¹² LIPP en: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, VI. Rechtsfragen der Transplantation, Transfusion, Sektion und der Intensivmedizin, marginal no. 10; DSO-Jahresbericht: Jahresbericht zur Organspende aus 2021, p. 6.

¹³ SCHROTH en: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Transplantationsgesetz (TPG), Vor §§ 3 y 4, n.m. 44.

¹⁴ TAG, (nota 11), § 4 TPG, n.m. 7.

¹⁵ Dictamen de la Nationaler Ethikrat, Die Zahl der Organspenden erhöhen - Zu einem drängenden Problem der Transplantationsmedizin in Deutschland (Stellungnahme), 2007, p. 24.

¹⁶ WOLLERSHEIM en: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2020, § 6, n.m. 127, 128.

¹⁷ ULSENHEIMER en: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 2019, § 152, n.m. 21.

es incapaz de comprender el significado y las implicaciones de su declaración o de decidir en consecuencia debido a su estado mental¹⁸.

Según el § 2, ap. 2, inc. 2 TPG, el consentimiento también puede limitarse a determinados órganos. El consentimiento expreso se acredita mediante el documento de identidad del donante de órganos o en un testamento vital¹⁹.

La oposición a la extracción de órganos de conformidad con el § 3, ap. 2, N.º 1 y 2 TPG es posible incluso a partir de los 14 años²⁰.

En caso de que el médico que trata al donante de órganos no ha recibido su consentimiento ni su oposición antes del fallecimiento, según el derecho subsidiario de decisión debe consultarse al «pariente más próximo», conforme al § 4, ap. 2 TPG, o al representante designado por el posible donante de órganos, conforme al § 1896, ap. 2, 2 BGB²¹. En esta indagación debe observarse una secuencia determinada²². En primer lugar, debe preguntarse si se tiene constancia de que el fallecido se haya pronunciado sobre la donación *post mortem* de órganos²³. Si no es así, se determina la voluntad presunta²⁴ sobre la base de las anteriores declaraciones generales orales y escritas del difunto sobre el tema, sus convicciones religiosas y otros valores²⁵. Si el médico que lleva adelante el tratamiento no llega a una conclusión sobre la voluntad presunta basándose en estas indicaciones, el familiar tiene derecho a decidir «según su propio criterio ético»²⁶.

Si no se puede localizar al pariente más próximo en un plazo razonable, el pariente de mayor rango según el § 4, ap. 2 TPG está autorizado a tomar la decisión²⁷. Las personas que tuvieran una relación personal especial con el difunto y que, en consecuencia, conocieran o pudieran haber conocido la voluntad declarada o presunta del difunto, pueden considerarse equivalentes al pariente con mayor rango según el § 4, ap. 2, inc. 5 TPG.

La extracción de órganos debe realizarla un médico cualificado²⁸. Los médicos que participen en el examen y la determinación de la muerte encefá-

¹⁸ LIPP, en: *Arztrecht* (nota 12), n.m. 21.

¹⁹ Informe anual de la DSO (nota 3), p. 62.

²⁰ ULSENHEIMER, en: *Handbuch des Arztrechts* (nota 17), § 152, n.m. 21.

²¹ ULSENHEIMER, en: *Handbuch des Arztrechts* (nota 17), § 132, n.m. 20; TAG, *Transplantationsgesetz* (nota 13), § 4 TPG, n.m. 5.

²² ULSENHEIMER, en: *Handbuch des Arztrechts* (nota 17), § 152, n.m. 22.

²³ ULSENHEIMER, en: *Handbuch des Arztrechts* (nota 17), § 152, n.m. 22.

²⁴ ULSENHEIMER, en: *Handbuch des Arztrechts* (nota 17), § 152, n.m. 22.

²⁵ TAG (nota 11), § 4 TPG, n.m. 10.

²⁶ Höfling, *ZRP* 2019, 2 (3).

²⁷ TAG (nota 11), § 4 TPG, n.m. 16.

²⁸ TAG (nota 11), § 3 TPG, n.m. 20.

lica no deben intervenir en la extracción o el traslado de los órganos para evitar conflictos de intereses²⁹.

La donación *post mortem* de órganos puede realizarse en cualquier hospital de recogida de órganos, según el § 9, ap. 1, ap. 2, inc. 1 TPG, pero la transferencia debe realizarse en un centro de trasplantes. Tanto los hospitales de extracción como los centros de trasplante deben cumplir determinados requisitos según los §§ 9a y 10 TPG y estar registrados y autorizados como tales.

3. El criterio de la muerte cerebral

La extracción de órganos en el contexto de la donación *post mortem* de órganos sólo es admisible si se constata la muerte cerebral del donante. Este criterio, que ahora también suele marcar el momento de la muerte para el StGB, probablemente se basa en última instancia en la consideración funcional de que sólo la aceptación de este criterio abre la posibilidad de la donación *post mortem* de órganos, algo que tendría cierta relevancia social (cfr. sobre esto en detalle más adelante).

La muerte cerebral es determinada por dos médicos diferentes de acuerdo con el § 5 p. 1 TPG³⁰.

A continuación, el hospital informa sobre el posible donante de órganos a uno de los centros de la organización en las siete regiones alemanas de la organización³¹. Posteriormente, se informa directamente a los familiares para generar transparencia y confianza en la construcción de la donación de órganos³². Se aclara entonces –en su caso, mediante una conversación con los familiares– si han dado su consentimiento a la donación de órganos³³. Si es así, se mantiene el sistema cardiovascular del donante para garantizar la trasplantabilidad de los órganos³⁴. A continuación se realizan otros exámenes de los órganos para determinar la posibilidad de trasplante³⁵. Cuando se examinan los órganos y se comparan los posibles daños con los posibles beneficios para el receptor, no es raro que surjan dudas sobre la trasplantabilidad, razón por la cual los posibles donantes no son reconocidos como tales y no se informa de

²⁹ ULSSENHEIMER, en: Handbuch des Arztrechts (nota 17), § 132, n.m. 23.

³⁰ Cfr. la directriz conforme al § 16 párr. 1 inc. 1 núm. 3 TPG sobre la evaluación médica conforme al § 9a párr. 2 núm. 1 TPG, p. A2; Informe anual de la DSO, (nota 3), p. 53.

³¹ ODUNCU, en: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG, Einleitung, n.m. 24.

³² ODUNCU, en: TPG (nota 31), n.m. 26.

³³ SCHOLZ/MIDDEL en: Spickhoff, Medizinrecht, TPG Vor § 1, n.m. 14.

³⁴ ODUNCU, en: TPG (nota 31), n.m. 28.

³⁵ ODUNCU, en: TPG (nota 31), n.m. 29.

ellos³⁶. Estas dudas surgen porque incluso las múltiples comorbilidades inter-nistas y neurológicas no son «contraindicaciones absolutas»³⁷ para la donación de órganos, como tampoco lo es la edad avanzada, aunque ésta suele valorarse de forma diferente³⁸. Por ello, muchos hospitales no cumplen la obligación de informar con arreglo al § 11, ap. 4 TPG, lo que podría ser una de las razones (entre muchas otras) de la escasez de órganos existente³⁹.

Los datos sobre los donantes y sus órganos que resultan de la indagación son comunicados por el coordinador al centro de coordinación *Eurotransplant* (ET)⁴⁰. A continuación, el ET selecciona a los receptores adecuados y lo notifica a los centros de trasplante⁴¹. La elección de un receptor viene determinada por una lista de espera uniforme para garantizar la igualdad de oportunidades⁴².

Una vez seleccionado el receptor del órgano, la comisión de seguimiento comprueba el cumplimiento de las obligaciones contractuales y las tareas del centro de coordinación, definidas sobre la base de la TPG, de conformidad con el § 11, ap. 3 TPG. La Comisión de Seguimiento (*Überwachungskommission*) está compuesta por representantes de la Asociación Médica Alemana (*Bundesärztekammer*), la Asociación Nacional de Cajas de Seguros de Enfermedad (GKV-Spitzenverbandes), la Federación Alemana de Hospitales (*Deutschen Krankenhausgesellschaft*) y los Länder⁴³.

Las infracciones de los §§ 3 y 4 TPG, entre otras, pueden tener consecuencias en el ámbito del Derecho profesional, que son determinadas periódicamente por el Colegio de Médicos⁴⁴. Las posibles consecuencias incluyen, en particular, amonestaciones, multas, retirada de matrículas profesionales y declaración de incompetencia profesional⁴⁵. Caben, además, otras consecuencias jurídicas ajenas a la TPG, que no serán abordadas, sin embargo, en el presente trabajo.

II. MOMENTO DE LA MUERTE Y MUERTE CEREBRAL

Como se ha indicado, la TPG se refiere indirectamente al concepto de muerte cerebral: el § 3, ap. 1, N.º 2 TPG establece que la extracción de órganos

³⁶ ODUNCU, en: TPG (nota 31), n.m. 20.

³⁷ ODUNCU, en: TPG (nota 31), n.m. 20.

³⁸ ODUNCU, en: TPG (nota 31), n.m. 20.

³⁹ ODUNCU, en: TPG (nota 31), n.m. 20.

⁴⁰ SCHOLZ/MIDDEL, en: *Medizinrecht* (nota 33), Vor § 1, n.m. 18.

⁴¹ ODUNCU, *Transplantationsgesetz* (nota 35), Einleitung, n.m. 30.

⁴² ODUNCU, *Transplantationsgesetz* (nota 35), Einleitung, n.m. 30.

⁴³ Informe anual de la DSO, (nota 3), p. 38.

⁴⁴ SCHOLZ/MIDDEL, en: *Medizinrecht* (nota 33), § 19 TPG, n.m. 1.

⁴⁵ SCHOLZ, en: *Medizinrecht* (nota 33), MBO-Ä, Vor § 1, Vorbemerkung, n.m. 5.

o tejidos sólo es admisible si se ha constatado la muerte del donante de órganos según las normas correspondientes al estado actual de la ciencia médica. Ya en los años sesenta, el «concepto de muerte cardíaca» fue sustituido en medicina por el «concepto de muerte cerebral»⁴⁶. El concepto de muerte cerebral tiene su origen en el informe del Comité Ashoc de Harvard de 1968 y fue reconocido por la Asociación Médica Alemana en la década de los 80' como criterio admisible de muerte⁴⁷. El § 16, ap. 1, inc. 1, N.º 1 TPG establece que el Colegio Federal de Médicos determina en sus directrices el estado de los conocimientos científicos en medicina. En última instancia, esto significa que el legislador utiliza como base el criterio de la muerte cerebral total⁴⁸, es decir, la pérdida definitiva e irreversible de la función total del cerebro, el cerebelo y el tronco encefálico (con mantenimiento de la función circulatoria mediante respiración artificial)⁴⁹. Sólo así sigue siendo posible la donación *post mortem* de órganos.

Sin embargo, el criterio de la muerte cerebral es bastante controvertido.

1. ¿La muerte cerebral es realmente «muerte»?

Para determinar la muerte, resulta útil seguir un procedimiento basado en tres pasos: en primer lugar, hay que preguntarse qué significa «muerte»⁵⁰. El segundo paso consiste en determinar su existencia o no en cada caso. Tres son los criterios utilizados para decidir si se dan o no las características requeridas en la respectiva interpretación de la muerte⁵¹. Por un lado, un criterio proposicional, que permite describir hechos⁵²; por el otro, un criterio operativo, mediante el cual se realiza una calificación normativa⁵³; y, finalmente, debe determinarse mediante qué procedimiento puede probarse la existencia de los criterios determinados⁵⁴.

Como se ha indicado, no es indiscutible que el concepto de muerte cerebral sea adecuado para determinar el fallecimiento.

⁴⁶ BECKMANN, NJ (7) 2020, 298 (299).

⁴⁷ TAG, (nota 11), § 3 TPG, n.m. 17; Cfr. BT-Drs. 18/4256; BECKMANN, NJ (7) 2020, 298 (299); SCHROTH, Transplantationsgesetz (nota 35), nota preliminar sobre los §§ 3 y 4, número marginal 3; HÖFLING, Transplantation medicine and dead donor rule, MedR 2013, 407-412, 408.

⁴⁸ SCHROTH, TPG (nota 31), observaciones preliminares sobre los §§ 3 y 4, n.m. 37.

⁴⁹ TAG, (nota 11), § 3 TPG, n.m. 16-17.

⁵⁰ Dictamen del *Deutscher Ethikrat, Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, pp. 51 ss.

⁵¹ Dictamen (nota 50), pp. 51 ss.

⁵² Dictamen (nota 50), p. 51.

⁵³ Dictamen (nota 50), p. 51.

⁵⁴ Dictamen (nota 50), pp. 51 ss.

La especial importancia del cerebro para todo el organismo habla en favor de la clasificación de la muerte cerebral como «muerte»⁵⁵. Esto se corresponde con una concepción «orgánica» de la muerte, según la cual ésta debe equipararse al fallo irreversible de los órganos que controlan el organismo en su conjunto⁵⁶. En este sentido, puede afirmarse que el autocontrol es una característica vital esencial que deja de existir con la muerte cerebral⁵⁷. La muerte cerebral equivale a la pérdida de todas las capacidades cognitivas⁵⁸. Tras la pérdida de todo el cerebro, éste también se disuelve al cabo de unos días. Ello no puede evitarse ni siquiera proporcionando al cuerpo cuidados médicos intensivos y permanentes⁵⁹. Algunas voces consideran que el funcionamiento del cerebro es un requisito indispensable para mantener la unidad de cuerpo y alma del ser humano⁶⁰. Además, con la incapacidad de interactuar con el entorno se extingue una de las muchas funciones fundamentales de la vida humana⁶¹.

Otras voces no identifican el fallo irreversible de la función general del cerebro con la muerte del ser humano, pero asumen que aquel criterio sirve para establecer la muerte⁶². Ello es revelador de los problemas asociados al concepto de muerte cerebral: por un lado, a la identificación de muerte cerebral como la «muerte» de un ser humano se objeta que un cuerpo con muerte cerebral podría llegar a realizar funciones complejas⁶³, como curar heridas o combatir infecciones⁶⁴. Según los críticos del concepto de muerte cerebral, no tiene sentido atribuir un papel más decisivo a la función cerebral que a los latidos del corazón⁶⁵. Sin embargo, contra esto cabe argumentar que aquellas funciones únicamente podrán realizarse cuando el cuerpo se mantenga vivo mediante cuidados intensivos⁶⁶. En otras palabras, el cuerpo nunca podría realizar estas funciones sin ayuda⁶⁷. Debe distinguirse, por tanto, entre la actividad autónoma del cuerpo y el mantenimiento artificial de las funciones⁶⁸.

⁵⁵ WEILERT, MedR (38) 2020, 814 (816).

⁵⁶ Höfling, MedR 2013, 407 (408); WEILERT, MedR (38) 2020, 814 (816); SCHROTH, TPG (nota 31), Vor §§ 3 und 4, n.m. 9; a. A.: BECKMANN, NJ (7) 2020, 298 (300).

⁵⁷ HESS, MedR (2013), 719 (719); HÖFLING, MedR (2013), 407 (408); Dictamen (nota 50), p. 74.

⁵⁸ WEILERT, MedR 2020, 814 (818); BECKMANN, NJ (7) 2020, 298 (300).

⁵⁹ SCHÄFER, NJ (2) 2020, 58 (59).

⁶⁰ Dictamen (nota 15), p. 10.

⁶¹ Dictamen (nota 51), p. 94.

⁶² Dictamen (nota 51), p. 72.

⁶³ HÖFLING, MedR 2020, 14 (15); WEILERT, MedR 2020, 814 (816); BECKMANN, NJ (7) 2020, 298 (301); Dictamen (nota 55), p. 84; de otra opinión, SCHROTH, TPG (nota 31), Vor §§ 3 y 4, n.m. 19.

⁶⁴ WEILERT, MedR 2020, 814 (816).

⁶⁵ WEILERT, MedR 2020, 814 (816).

⁶⁶ WEILERT, MedR 2020, 814 (816).

⁶⁷ Dictamen (nota 51), p. 91.

⁶⁸ Dictamen (nota 51), p. 91.

Otro argumento crítico en relación con el concepto de muerte cerebral es el de que resulta dudoso que una persona deba ser reducida únicamente a sus capacidades cognitivas⁶⁹.

Basándose en estas observaciones, algunas opiniones entienden más apropiado considerar a una persona con muerte cerebral más como un «mori-bundo» que como un cadáver⁷⁰. De acuerdo con esta postura, aunque la muerte cerebral establezca la irreversibilidad del proceso de morir, esto no es lo mismo que la muerte definitiva⁷¹. En consecuencia, sería problemático concluir directamente del fallo de la función cerebral que una persona haya muerto⁷². Otro argumento es que las medidas para preparar la extracción de órganos de personas con muerte cerebral se describen como «medidas para prolongar la vida»⁷³. Frente a ello puede decirse que desde el momento en el que se toma la decisión de donar órganos *post mortem*, tales medidas también se denominan «medidas centradas en el donante» o «medidas de protección de órganos»⁷⁴.

En muchos aspectos, la controversia descrita puede considerarse un enfrentamiento entre las voces que argumentan proposicionalmente y las que buscan un criterio operativo para determinar el momento de la muerte. Dado que el objetivo aquí no puede ser aclarar cuestiones filosóficas fundamentales ni considerar todos los argumentos proposicionales, lo que sigue se centrará en consideraciones de carácter funcional⁷⁵.

2. Definición funcional del concepto de muerte

Si se examina el debate desde la perspectiva de la medicina de trasplantes, puede llegarse en cualquier caso a la conclusión de que su mejor funcionamiento posible requiera probablemente equiparar la muerte encefálica con el momento legal del fallecimiento. Por tanto, la orientación hacia el concepto de muerte cerebral no puede separarse fácilmente del interés social o del interés de los receptores de órganos⁷⁶.

En general, una definición jurídica del comienzo y el final de la vida humana es tan necesaria como problemática, ya que se trata de una cuestión metafísi-

⁶⁹ BECKMANN, NJ (7) 2020, 298 (300).

⁷⁰ WEILERT, MedR 2020, 814 (817); BECKMANN, NJ (7) 2020, 298 (301).

⁷¹ WEILERT, MedR 2020, 814 (817); BECKMANN, NJ (7) 2020, 298 (302 ss.).

⁷² BECKMANN, NJ (7) 2020, 298 (302 s.); WEILERT, MedR 2020, 814 (817).

⁷³ BECKMANN, NJ (7) 2020, 298 (301).

⁷⁴ Dictamen (nota 55), p. 26.

⁷⁵ Dictamen (nota 51), p. 52.

⁷⁶ WEILERT, MedR 2020, 814 (817).

ca y, al mismo tiempo, de una pregunta sin cuya respuesta numerosos aspectos jurídicos tendrían que quedar sin resolver. Así pues, el Derecho no tiene más remedio que definir un concepto de muerte como punto de referencia para una determinada consecuencia jurídica⁷⁷. Esta definición está determinada de forma decisiva por las consecuencias jurídicas y sociales, que implican una comprensión más restrictiva o más amplia de la muerte⁷⁸. Además de los intereses de los posibles receptores de órganos, también habrán de tenerse en cuenta los intereses de los moribundos como posibles donantes⁷⁹. El fallecido se encuentra protegido por el art. 1, ap. 1 GG, ya que la protección de la dignidad humana no termina con la muerte⁸⁰. Sin embargo, la determinación de la muerte cerebral no significa una objetivación *per se*. Por este motivo, y en atención a los requisitos funcionales, tiene sentido considerarla como subyacente al Derecho.

III. SITUACIÓN ACTUAL EN EL ÁMBITO DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS Y POSIBLES SOLUCIONES

A continuación se ofrecerá un panorama general de la situación actual de la donación de órganos en Alemania, así como de los enfoques que ya se han utilizado para contrarrestar el déficit de órganos. Además, se debatirán otros enfoques para resolver el problema.

1. La escasez de donantes y sus posibles causas

El déficit actual de órganos disponibles y donantes de órganos en Alemania es extremadamente problemático. El número de órganos donados *post mortem* ha ido disminuyendo desde 2018⁸¹. Como ya se ha indicado, a 31 de diciembre de 2021 en Alemania se necesitaban 8.738 órganos, mientras que solo había disponibles 2.905 órganos donados *post mortem*⁸². Esta tendencia a la baja se confirmó en 2022: el número de donantes dispuestos volvió a caer ese año un 8,4%⁸³.

⁷⁷ WEILERT, MedR 2020, 814 (814).

⁷⁸ WEILERT, MedR 2020, 814 (815).

⁷⁹ WEILERT, MedR 2020, 814 (815).

⁸⁰ HUFEN, NVwZ 2019, 1325 (1326).

⁸¹ Informe anual de la DSO, (nota 3), p. 6.

⁸² Informe anual de la DSO, (nota 3), p. 6, p. 9.

⁸³ Deutsche Stiftung Organtransplantation, Estadísticas sobre donación de órganos (dso.de), (último acceso: 15 de marzo de 2023).

Según la junta médica de la Fundación Alemana para el Trasplante de Órganos (*Deutsche Stiftung Organtransplantation*), la principal razón de la escasez de órganos es la falta de consentimiento de los donantes aptos⁸⁴. A continuación se examinan las razones que pueden explicar esta falta de consentimiento. Con frecuencia, es probable que se trate de la simple falta de voluntad de los donantes potenciales para documentar su voluntad de donar⁸⁵. Esto suele deberse a la indecisión, ya sea porque aún no han abordado la cuestión o porque simplemente no están interesados⁸⁶. El miedo directo o indirecto a la muerte también desempeña un papel en la voluntad o la falta de voluntad para tratar el tema⁸⁷.

Además, el escándalo de la donación de órganos de 2012 ha dejado huellas hasta hoy. La confianza de los donantes potenciales en los médicos y en las estructuras organizativas de la donación de órganos se ha resentido y aún no se ha recuperado⁸⁸.

Las decisiones de los familiares también pueden conducir a una distorsión de la voluntad⁸⁹. Según el informe anual de la Fundación Alemana para el Trasplante de Órganos de 2021, los familiares decidieron en contra de la donación de órganos en el 38,2 % de los casos, de acuerdo con sus propios valores⁹⁰.

Otro motivo de la falta de órganos disponibles podrían ser las deficiencias estructurales⁹¹. Por ejemplo, existe en los hospitales un problema de escasa participación de recogida a la hora de identificar y notificar posibles donantes de órganos⁹². Este inconveniente se ve agravado como consecuencia de la falta de sanciones a los hospitales por la no participación⁹³.

A la vista de todo ello, el aspecto financiero también desempeña un papel decisivo, lo que refuerza los déficits estructurales: los reembolsos en el marco de la refinanciación a menudo no cubren totalmente los costos realmente soportados por los hospitales de extracción de órganos⁹⁴. No están cubiertas por

⁸⁴ Disminuyen los trasplantes: Lauterbach quiere volver a regular la donación de órganos | tagesschau.de, Tagesschau (última acceso: 25 de enero de 2023); Informe anual de la DSO, (nota 3), p. 43.

⁸⁵ *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (BZgA), WISSEN, Einstellung und Verhalten der Allgemeinbevölkerung zur Organ- und Gewebespende, Ergebnisse der Repräsentativbefragung, 2018, pp. 104 y 106; SCHULTE *et. al.*, Deutsches Ärzteblatt 2018, 463-8, 463.

⁸⁶ BZgA (nota 85), p. 50.

⁸⁷ SÖDER, ZRP 2011, 255 (255).

⁸⁸ HILGENDORF, Einführung in das Medizinstrafrecht, p. 91, n.m. 50 ss.

⁸⁹ Informe anual de la DSO: Informe anual sobre donación de órganos de 2018, 59; Dictamen (nota 17), p. 25.

⁹⁰ Informe anual de la DSO, (nota 3), p. 62.

⁹¹ TAG, Transplantationsgesetz (nota 13), Vor § 1 n.m. 9.

⁹² Informe anual de la DSO, (nota 114), p. 41; Dictamen (nota 15), p. 20.

⁹³ Dictamen (nota 15), p. 21.

⁹⁴ Dictamen (nota 15), p. 21.

la refinanciación, por ejemplo, las medidas que se esperan de los hospitales de extracción para establecer y mantener la calidad y mejorar la transportabilidad de los órganos⁹⁵. Debido a ello, en particular los hospitales pequeños y medianos podrían abstenerse ocasionalmente de informar sobre posibles donantes⁹⁶.

2. Propuestas de solución

A continuación, se presentarán propuestas de solución que podrían contrarrestar la reconocida escasez de órganos y donantes de órganos, así como sus causas. Además de las soluciones a partir de reformas legislativas, también se proponen soluciones políticas sin legislación específica. También se echará un vistazo a los países vecinos para comprobar qué normativas se aplican en ellos y en qué medida sirven para aumentar la disposición a donar en cada uno de los países⁹⁷.

2.1 ¿CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE CONSENTIMIENTO AMPLIADO?

Las siguientes consideraciones deben ir precedidas del hecho de que la actual normativa sobre el consentimiento ampliado suscita dudas en cuanto a su compatibilidad con la Constitución. Los derechos fundamentales de la Constitución contienen un deber de protección que obliga al Poder Legislativo, entre otras cosas, a crear una base jurídica que proteja adecuadamente a la población de la usurpación de los derechos fundamentales⁹⁸. Este deber de protección no se cumple cabalmente si el legislador se atiene a una normativa totalmente inadecuada para alcanzar el objetivo de protección exigido⁹⁹. Cuando se dictó la TPG, el legislador de la época se sintió obligado a crear una normativa para la extracción de órganos *post mortem* con el fin de proteger a las personas con insuficiencia orgánica¹⁰⁰. Cuando se introdujo la regulación del consentimiento ampliado en 1997, se consideró que esta decisión era ade-

⁹⁵ Dictamen (nota 15), p. 21.

⁹⁶ Dictamen (nota 15), p. 21.

⁹⁷ Teniendo en cuenta el limitado valor informativo de tales comparaciones, cfr. sobre esto BECK, en: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, t. 3, 1.ª ed. 2011, pp. 65-87, en especial p. 71.

⁹⁸ SPILKER, ZRP 2014, 112 (115).

⁹⁹ EPPING en: el mismo, *Grundrechte*, p. 23, n.m. 53.

¹⁰⁰ SPILKER, ZRP 2014, 112 (115).

cuada para este fin ¹⁰¹. Sin embargo, esta suposición no se puede seguir sosteniendo hoy en día, dada la continua escasez de órganos y de donantes ¹⁰². Ni siquiera la circunstancia de que entretanto la solución del consentimiento ampliado se haya complementado con la solución de la decisión permite contrarrestar eficazmente el déficit de órganos. Por lo tanto, hay buenas razones para dudar de la constitucionalidad de la adhesión a la solución del consentimiento ampliado. Al mismo tiempo, por el momento no se puede dar por sentado [véase *infra*] que esta opinión vaya a ser mayoritaria.

2.2 ¿INTRODUCCIÓN DE UNA REGULACIÓN DE DECISIÓN OBLIGATORIA?

Otra opción sería la introducción de una regulación de decisión obligatoria. Dicha nueva regulación estipularía que todo ciudadano debería estar obligado a tomar una decisión sobre la donación de órganos ¹⁰³. Dicha decisión se tendría en cuenta cuando alguien cambiara de domicilio o tuviera que solicitar un nuevo documento de identidad ¹⁰⁴. La norma de decisión obligatoria diferiría de la norma de decisión que se aplicaba en el periodo comprendido entre 1997 y 2012, según la cual los órganos sólo pueden extraerse si existe el consentimiento explícito de la persona que se encuentra en situación de muerte cerebral, o de su representante legal ¹⁰⁵. El argumento esgrimido para ello es que tanto en el pasado como en la actualidad se ha demostrado que un mero llamamiento a los ciudadanos para abordar esta cuestión no surte efecto ¹⁰⁶. La falta de voluntad para tomar decisiones se vería neutralizada por la obligación de hacerlo. Los estudios también demuestran que la disposición a donar órganos es menor cuando no se trata de un caso sometido a la ley ¹⁰⁷. En cambio, la disposición a donar es muy alta si la ley obliga a tomar una decisión a los ciudadanos o si la donación de órganos se corresponde con un caso contemplado en una regla legal ¹⁰⁸. Mediante este efecto, llamado «*nudge*», el comportamiento del individuo se orientaría en una dirección determinada: la decisión de donar órganos ¹⁰⁹.

¹⁰¹ SPILKER, ZRP 2014, 112 (115).

¹⁰² SPILKER, ZRP 2014, 112 (115); de otra opinión, NEFT, MedR, 2013, 82 (84).

¹⁰³ SCHÄFER, NJ 2019, 45 (49).

¹⁰⁴ SCHÄFER, NJ 2019, 45 (49).

¹⁰⁵ SCHÄFER, NJ 2019, 45 (49).

¹⁰⁶ NEFT, MedR, 2013, 82 (84).

¹⁰⁷ SCHROTH, NSiZ 2013, 437 (437).

¹⁰⁸ SCHROTH, NSiZ 2013, 437 (437).

¹⁰⁹ HABERLAND, ZFA (96) 2020, 8 (9).

Sin embargo, incluso con esta opción, las preocupaciones constitucionales no pueden descartarse de plano: además de la libertad de decidir, el derecho a la confidencialidad también está protegido por el art. 2, ap. 1, en relación con el art. 1, ap. 1 GG¹¹⁰. En el caso de una decisión obligatoria, este derecho ya no quedaría completamente garantizado. Tampoco está claro qué consecuencias debe tener la negativa a tomar una decisión¹¹¹. Por ejemplo, no cabe negarse a la renovación del documento de identidad¹¹². La obligación de tomar una decisión requiere por principio la adopción de consecuencias o medidas coercitivas para su aplicación en caso de incumplimiento¹¹³. Podrían considerarse medidas como multas o penas, pero es cuestionable que contribuyan a una decisión positiva de donar órganos¹¹⁴. En cuanto al ejemplo de la obligación de renovar el documento de identidad, ésta se presenta únicamente cada 10 años, por lo que transcurre un largo período de tiempo hasta que el ciudadano realiza una declaración al respecto¹¹⁵. Además, una decisión tan obligatoria podría despertar entre la población reacciones desafiantes y actitudes defensivas¹¹⁶. En definitiva, existen muchas objeciones contra la introducción de una norma que obligue a decidir en la materia que nos ocupa.

2.3 EL FRACASO DEL MODELO DE LA OBJECCIÓN (DISCUSIÓN ENTRE 2018 Y 2020)

Según la llamada solución de la objeción, la extracción de órganos debería ser siempre posible si no hay objeción explícita¹¹⁷. Se presupone la voluntad de donar¹¹⁸ y el consentimiento del posible donante de órganos y, al mismo tiempo, se garantiza que no se extraigan órganos contra la voluntad de la persona afectada¹¹⁹. Hay que distinguir aquí entre el modelo de objeción restringida y el de la objeción ampliada: mientras que el primero sólo se requiere la objeción del fallecido, el segundo también permite la objeción de los familiares¹²⁰.

¹¹⁰ BADER, *Organmangel und Organverteilung*, 2010, p. 47.

¹¹¹ SCHÄFER, NJ 2019, 45 (48).

¹¹² SCHÄFER, NJ 2019, 45 (48).

¹¹³ KÜHN, MedR 1998, 455 (460).

¹¹⁴ KÜHN, MedR 1998, 455 (460).

¹¹⁵ SCHÄFER, NJ 2019, 45 (48).

¹¹⁶ BADER, *Organmangel* (nota 110), p. 26; *Dictamen* (nota 15), p. 29.

¹¹⁷ HILGENDORF, *Medizinstrafrecht*, 84, 85; SCHROTH, TPG (nota 31), Vor §§ 3 y 4, n.m. 43.

¹¹⁸ HUFEN, NVwZ 2019, 1325 (1326).

¹¹⁹ HUFEN, NVwZ 2019, 1325 (1326).

¹²⁰ *Dictamen* (nota 15), p. 27; SCHROTH, TPG (nota 31), Vor §§ 3 y 4, n.m. 43.

En 2018, el modelo de objeción se consideró una solución prometedora para eliminar el déficit de órganos, pero el proyecto de ley correspondiente fue rechazado en el Bundestag el 16 de enero de 2020 con un total de 379 votos ¹²¹. En contra de dicha solución se argumentó, en particular, que el silencio no debe interpretarse como consentimiento y que, para serlo realmente, una donación debe caracterizarse por la voluntariedad y la autodeterminación ¹²². Contra el modelo de la objeción también se opuso que podría acarrear desventajas precisamente para aquellos que no pueden objetar ¹²³. Sin embargo, cabe preguntarse si estos problemas no podrían haberse evitado con una regulación depurada del modelo de objeción.

En mi opinión, el argumento de que la solución de la objeción vulneraría derechos fundamentales resulta discutible. La solución de la objeción no vulnera los derechos fundamentales reconocidos en el art. 1, ap. 1 GG a los potenciales donantes de órganos, ya que la normativa no trata a las personas afectadas como meros objetos de la acción estatal, sino que tiene por objeto salvar vidas humanas —a saber, las personas dependientes de la donación de órgano— y preservar su dignidad humana ¹²⁴. Tampoco puede verse afectado el derecho fundamental a la vida y a la integridad física previsto en el art. 2 ap. 2 GG, ya que existen razones convincentes para considerar fallecida a una persona cuando se ha producido la muerte cerebral o la pérdida irreversible de las funciones cerebrales ¹²⁵. Además, los pacientes que entiendan la donación de órganos de otro modo, o que tengan otros motivos en contra de la misma, siempre podrán evitar que los médicos interfieran en el ejercicio de su derecho fundamental mediante una objeción explícita ¹²⁶. También se protege el derecho *post mortem* de la personalidad conforme al art. 2 párr. 1 en relación con el art. 1 párr. 1 GG. En mi opinión, el derecho *post mortem* de la personalidad conforme al art. 2, ap. 1, en relación con el art. 1, ap. 1 GG se encuentra adecuadamente protegido por la posibilidad de objetar ¹²⁷. Lo mismo se aplica al derecho a la autodeterminación sobre el propio cuerpo, en virtud del art. 2 ap. 2 GG ¹²⁸. E incluso si se entendiera lesionado, acabaría prevaleciendo en el marco de la ponderación

¹²¹ <https://www.bundestag.de/parlament/plenum/abstimmung/abstimmung?id=656>, Bundestag, último acceso: 25 de enero de 2023; HUFEN, NVwZ 2019, 1325 (1326); GIESEN, NJOZ 2020, 1409 (1409).

¹²² <https://www.bundestag.de/parlament/plenum/abstimmung/abstimmung?id=656>, Bundestag, fecha de acceso: 25 de enero de 2023.

¹²³ GIESEN, NJOZ 2020, 1409 (1410).

¹²⁴ HUFEN, NVwZ 2019, 1325 (1326).

¹²⁵ HUFEN, NVwZ 2019, 1325 (1326).

¹²⁶ HUFEN, NVwZ 2019, 1325 (1327).

¹²⁷ HUFEN, NVwZ 2019, 1325 (1327).

¹²⁸ HUFEN, NVwZ 2019, 1325 (1328).

de los intereses jurídicos individuales en juego la protección de los posibles receptores de órganos frente a la muerte y, por tanto, también su soporte vital¹²⁹.

Aunque no puede discutirse una afectación del derecho de no intervención con arreglo al art. 2, ap. 1 GG, las intromisiones de este tipo no son ajenas a la ley en otros aspectos: un testamento inexistente o un testamento vital no escrito también tiene consecuencias jurídicas y fácticas¹³⁰. En mi opinión, la intervención sería, además, razonable, ya que primarían los derechos fundamentales afectados y el sufrimiento de los potenciales receptores de órganos¹³¹. Es indudable que el Estado tiene el deber de salvaguardar la decisión del individuo sobre la donación o no de sus órganos¹³². Sin embargo, esto no excluye que se permita la donación *post mortem* de órganos, aunque no haya objeción en vida, ya que basta con que los ciudadanos sigan siendo libres en su toma de decisiones en vida¹³³. Por tanto, en mi opinión, la regulación de la objeción ni sacrifica intereses jurídicos personalísimos de los potenciales donantes de órganos, ni conduce a una «determinación externa instrumentalizadora»¹³⁴. La imposición de la declaración de objeción por solidaridad con los semejantes que dependen de esta actitud solidaria es totalmente compatible con el art. 1, ap. 1 GG¹³⁵. En su conjunto, la solución de la objeción es, por tanto, compatible con la Constitución.

Cabe suponer, sin embargo, que, tras su fracaso en el proceso democrático, esta solución no se retomará en un futuro próximo, aunque en ocasiones se exija políticamente.

2.4 EL «MODELO DE LA SOLIDARIDAD» / EL «CLUB DE DONANTES DE ÓRGANOS»

También se debate como posible solución el llamado «modelo de la solidaridad» o «club de donantes de órganos»¹³⁶. Según este modelo, quienes no hayan dado su consentimiento a la donación de órganos o se hayan opuesto a ella no deberían recibir un órgano o deberían tener una prioridad menor en la

¹²⁹ HUFEN, NVwZ 2019, 1325 (1330).

¹³⁰ HUFEN, NVwZ 2019, 1325 (1329).

¹³¹ HUFEN, NVwZ 2019, 1325 (1329).

¹³² SPILKER, ZRP 2014, 112 (113).

¹³³ SPILKER, ZRP 2014, 112 (114).

¹³⁴ SPILKER, ZRP 2014, 112 (114).

¹³⁵ SPILKER, ZRP 2014, 112 (114).

¹³⁶ KÜHN, MedR 1998, 455 (461).

lista de espera¹³⁷. Se supone que la utilidad propia resultante motivaría a las personas a aceptar la donación de órganos en su propio interés¹³⁸. Esto podría ser incompatible con el principio de igualdad establecido en el art. 3 GG¹³⁹. Frente a esto, se podría argumentar que el grupo de no donantes no quedaría automáticamente excluido de la distribución de órganos en el contexto de la donación *post mortem* de órganos¹⁴⁰. Sin embargo, sigue siendo cuestionable hasta qué punto este modelo de «*do ut des*» podría conciliarse con las ideas básicas de una sociedad que se destaca por la organización diferenciada de trabajos y aportes¹⁴¹. Al fin y al cabo, en Alemania rige el «principio de igualdad de acceso a los recursos sanitarios»¹⁴². Así pues, en definitiva, el modelo de la solidaridad tampoco se presenta como una solución adecuada para acabar con el déficit de órganos en Alemania.

2.5. LA REGULACIÓN DE EMERGENCIA (*NOTSTANDSREGELUNG*)

De vez en cuando se discute la llamada «solución de la emergencia»: la donación *post mortem* de órganos es una obligación hacia la comunidad que justifica la eliminación del cuerpo del fallecido en beneficio de los receptores de órganos¹⁴³. Con tal justificación, en caso de muerte cerebral todo el mundo sería donante de órganos¹⁴⁴. Aunque esto conduciría con toda probabilidad a la eliminación del déficit de órganos, se negaría a los donantes el derecho a la autodeterminación y la posibilidad de objetar. Esto iría en contra del principio de una democracia liberal¹⁴⁵. Además, también se afectaría el derecho a no participar en el sistema de donación¹⁴⁶. Esto aún podría justificarse por la falta de órganos¹⁴⁷. Sin embargo, mucho más grave es el hecho de que, con la ayuda de la solución de la emergencia, el cuerpo de la persona afectada se utilice indebidamente como medio para un fin: la preservación de la vida de otra persona¹⁴⁸. La voluntad del fallecido dejaría de tener valor propio y la persona afectada

¹³⁷ Dictamen (nota 15), p. 28.

¹³⁸ Dictamen (nota 15), p. 31.

¹³⁹ KÜHN, MedR 1998, 455 (461).

¹⁴⁰ KÜHN, MedR 1998, 455 (461).

¹⁴¹ KÜHN, MedR 1998, 455 (461).

¹⁴² Dictamen (nota 15), p. 31.

¹⁴³ Dictamen (nota 15), p. 29.

¹⁴⁴ SCHÄFER, NJ 2019, 45 (49).

¹⁴⁵ SCHÄFER, NJ 2019, 45 (49).

¹⁴⁶ Dictamen (nota 15), pp. 50 ss.

¹⁴⁷ Dictamen (nota 15), pp. 50 ss.

¹⁴⁸ KÜHN, MedR 1998, 455 (456).

tada quedaría degradada a un «almacén de piezas de recambio para órganos»¹⁴⁹. Esto constituiría una violación de la dignidad humana en virtud del art. 1 ap. 1 GG, por lo que no es una solución adecuada para contrarrestar el déficit de órganos en Alemania.

2.6 OTRAS SOLUCIONES POSIBLES

Las medidas indirectas también podrían ser incentivos para aumentar las donaciones. El déficit de órganos imperante podría contrarrestarse con una amplia labor de educación e información. La «Ley para reforzar la disposición a decidir sobre la donación de órganos» (*Gesetz zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende*), aprobada el 16 de marzo de 2020 y que entró en vigor el 1 de marzo de 2022, pretende mejorar las fuentes de información de los posibles donantes¹⁵⁰. Las oficinas de identificación federales y de los *Länder* deben entregar material educativo y tarjetas de donación de órganos a los ciudadanos e indicarles otras opciones de información y asesoramiento¹⁵¹. Además, se ha creado un registro en línea a nivel nacional [véase el § 2 a) de la TPG]. Allí se almacenarán las declaraciones sobre donación de órganos¹⁵². Las personas autorizadas, tal como se definen en el § 2a ap. 4 TPG, podrán acceder a este registro en línea¹⁵³. Además, el registro de trasplantes introducido al mismo tiempo debe brindar ayuda¹⁵⁴. Ya en 2012 se modificó la TPG para garantizar una mejor información de la población. Por lo tanto, a partir de 2020 la ley dejó de representar una novedad y habrá que ver si estos planteamientos acaban aportando las mejoras deseadas al actual dilema de la donación de órganos. Además de la educación, el fortalecimiento de la confianza, por ejemplo mediante la transparencia y un discurso social abierto, es otra medida importante que puede utilizarse para contrarrestar la falta de voluntad de donar¹⁵⁵. Una mejora de la estructura clínica sólo podría apoyar la

¹⁴⁹ KÜHN, MedR 1998, 455 (456); EIBACH, MedR 2005, 215 (219); BADER, Organmangel (nota 110), p. 53.

¹⁵⁰ HÖFLING, ZPR 2019, 2 (2); HELLWEG, (nota 18), § 18, n.m. 6.

¹⁵¹ [¹⁵² SCHROTH, TPG \(nota 31\), § 2, n.m. 13.](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/zustimmungsloesung-organspende.html#:~:text=La%20Ley%20sobre%20St%C3%A4rkung%20la, de%2011.%20de%20julio%2021%20editada., Ministerio Federal de Sanidad, fecha de consulta: 24 de enero de 2023.</p></div><div data-bbox=)

¹⁵³ SCHROTH, TPG (nota 35), § 2, n.m. 13.

¹⁵⁴ HÖFLING, ZPR 2019, 2 (2).

¹⁵⁵ Dictamen (nota 51), p. 152.

eliminación del problema en combinación con un modelo regulador eficaz de la propia donación *post mortem* de órganos ¹⁵⁶.

Tampoco se produjo una mejora notable en la situación general después de las normativas que entraron en vigor en 2019 para contrarrestar los déficits estructurales y financieros de los hospitales de recogida, a partir de una mayor remuneración y del fortalecimiento de la posición de los funcionarios de trasplantes.

Los beneficios económicos y los pagos de las compañías de seguros médicos podrían ofrecer a los donantes incentivos monetarios para participar en la donación de órganos ¹⁵⁷. Sin embargo, el vínculo entre la compensación económica y la donación de órganos podría considerarse una comercialización éticamente inaceptable del cuerpo humano ¹⁵⁸.

Por tanto, la prioridad debe ser reforzar la confianza del público en la medicina de trasplantes para motivar a los ciudadanos a tomar una decisión positiva sobre la donación de órganos ¹⁵⁹.

3. ¿Orientación hacia otros países y sus soluciones?

En casi todos los países europeos se aplica la solución de la objeción. Estos países tienen un número de donantes generalmente elevado y algunos de los más altos de Europa ¹⁶⁰. Mientras que España, Austria, Croacia y Bélgica, entre otros, aplican la solución de la objeción ampliada, Bulgaria recurre a la solución de la emergencia ¹⁶¹. En 2020, España tenía el mayor número de donantes de órganos de Europa, con 37,97 donantes de órganos por millón de habitantes ¹⁶². En cambio, la solución de emergencia en Bulgaria se tradujo en sólo 0,57 donantes de órganos por millón de habitantes ¹⁶³. El número de do-

¹⁵⁶ BADER, Organmangel (nota 110), p. 43.

¹⁵⁷ Dictamen (nota 15), p. 28.

¹⁵⁸ Dictamen (nota 15), p. 31.

¹⁵⁹ Dictamen (nota 51), p. 152.

¹⁶⁰ Informe anual de la DSO, (nota 114), p. 66; <https://www.organspende-info.de/gesetzliche-grundlagen/entscheidungsloesung/>, Organspende-Info, fecha de acceso: 24 de enero de 2023; 24 de enero de 2023.

¹⁶¹ NEFT, MedR 2013, 82 (84); SCHROTH, TPG (nota 31), Vor §§ 3 y 4, n.m. 43.

¹⁶² Estadísticas sobre donación de órganos en Alemania y Europa (organspende-info.de), Organspende-Info, último acceso: 25 de enero de 2023.

¹⁶³ Estadísticas sobre donación de órganos en Alemania y Europa (organspende-info.de), Organspende-Info, último acceso: 25 de enero de 2023.

nantes de órganos por millón de habitantes también es superior a 20 en la mayoría de los demás países en los que se aplica la solución de la objeción ¹⁶⁴. Alemania, el único país europeo que ha combinado la solución de la decisión con la del consentimiento ampliado, sólo tiene 11 donantes de órganos por millón de habitantes ¹⁶⁵.

IV. CONCLUSIÓN

Puede decirse que la donación *post mortem* de órganos es una cuestión muy compleja y con una gran carga cultural y moral. La determinación normativa del momento de la muerte, en particular, mantiene un considerable potencial de conflicto social: al fin y al cabo, la propia muerte y la de los familiares no sólo es un tema que muchos ciudadanos se resisten a tratar en vida. También es un tema que plantea cuestiones metafísicas y está próximo a posiciones religiosas.

En conclusión, queda por afirmar que la introducción de una solución de la objeción es el planteamiento más eficaz, como también lo demuestra una mirada a los países vecinos. La conformidad constitucional de la solución de la objeción en los demás países europeos no lleva directamente a la conclusión de que también sería así en Alemania. Sin embargo, tal y como ya se ha descrito detalladamente *supra*, las preocupaciones desde el punto de vista constitucional relativas a la solución de la objeción en Alemania pueden ser superadas. En particular, el Estado tiene el deber de actuar y proteger la vida, concretamente la de las personas que dependen absolutamente de un órgano donado.

Todas las demás propuestas plantean problemas constitucionales o éticos o no garantizan una mejora de la situación actual. Los debates actuales también muestran que la solución de la objeción merece ser tenida en consideración. Por ejemplo, el 16 de enero de 2023 el Ministro Federal de Salud, Karl Lauterbach, se pronunció a favor de introducir la solución de la objeción en Alemania ¹⁶⁶. Señaló el Ministro de Salud que ante el fracaso de la actual ley, sería necesario reformar a fondo el Derecho de donación de órganos ¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Normativa sobre donación de órganos en Europa | bpb.de, bpb, último de acceso: 25 de enero de 2023.

¹⁶⁵ Estadísticas sobre donación de órganos en Alemania y Europa (organspende-info.de), Organspende-Info, último acceso: 25 de enero de 2023.

¹⁶⁶ Disminución de los trasplantes: Lauterbach quiere volver a regular la donación de órganos | tagesschau.de, Tagesschau, último acceso: 25 de enero de 2023.

¹⁶⁷ Disminución de los trasplantes: Lauterbach quiere volver a regular la donación de órganos | tagesschau.de, Tagesschau, último acceso: 25 de enero de 2023.

No obstante, debe subrayarse la necesidad de una mayor educación e información de la población para que los ciudadanos puedan tomar una decisión fundada sobre la donación *post mortem* de órganos. Una gestión más transparente y honesta serviría, sin duda, para reforzar la confianza de los ciudadanos en la donación de órganos. Especialmente a la vista del escándalo de la donación de órganos en 2012, sería una señal adecuada para dejar claro que los procesos y el sistema funcionan de manera adecuada.

Como conclusión puede afirmarse que, debido a la escasez imperante de órganos de donantes, que según los pronósticos se mantendrá en los próximos años, es indispensable en última instancia que la política tome cartas en el asunto y reactive el debate en torno a la donación de órganos.

PARTE VI

PROTECCIÓN *POST MORTEM* DE LA PERSONALIDAD MEDIANTE Y ANTE EL DERECHO PENAL

¿PROTECCIÓN PÓSTUMA DE BIENES JURÍDICOS PERSONALES EN EL DERECHO PENAL?

JUAN PABLO MAÑALICH R.*

I. EL PROBLEMA DE LOS DAÑOS PÓSTUMOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ENFOQUE BIOLÓGICO

El 30 de julio de 2022 entraron en vigor dos normas de sanción penal, formuladas en los artículos 322 bis y 322 ter del CP chileno. Las formas de comportamiento así tipificadas se califican, respectivamente, como «ultraje de cadáver» y «ultraje de sepultura», y conjuntamente como especies de «menosprecio de la memoria de quien hubiere muerto». Mientras que en el artículo 322 bis el ultraje en cuestión queda tipificado en la forma de una disyunción de determinadas modalidades de tratamiento de los «restos humanos» de un difunto, bajo el artículo 322 ter se trata de un ultraje por la profanación de su tumba. Aunque en la exposición de motivos del proyecto de ley se rechazaba explícitamente el recurso al honor del difunto como posible bien jurídico protegido¹, ello no basta para tener por excluida una reconstrucción dogmática de esa regulación legal que respondiera a semejante fundamentación.

En referencia al § 189 del StGB, que penaliza la «denigración de la memoria de un difunto» de un ser humano fallecido, Hilgendorf postula el «honor subsistente» de la persona fallecida como el bien jurídico afectado, el cual

* Profesor de la Universidad de Chile.

¹ Véase «Historia de la Ley N.º 21.467», Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 3 s., disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8032/>.

habría de ser entendido como un bien jurídico individual². Hilgendorf vincula su tesis a la llamada «teoría de la protección póstuma de la personalidad»³. Aunque concediendo que «el derecho general de la personalidad» experimentaría «una alteración drástica» con la muerte del titular de ese derecho, él agrega, sin embargo, lo siguiente: «[L]a semblanza vital [*Lebensbild*] y, con ella, el honor, no pueden quedar desprotegidos en el instante en que el ser humano cierra los ojos»⁴. De esta manera, Hilgendorf parecería quedar en condiciones de defender la tesis, de mayor alcance, según la cual sería posible legitimar normas de comportamiento que, estando punitivamente reforzadas, sirvan a la «protección de bienes jurídicos susceptibles de ser lesionados con independencia de la existencia de un sujeto de derecho viviente»⁵.

Pienso, empero, que esta tesis es insostenible. Un bien jurídico individual «susceptible de ser lesionado» no se deja postular sin que se asuma la existencia de algún sujeto que pueda venir en consideración como el correspondiente titular del bien jurídico. El objetivo de esta contribución es examinar la inteligibilidad de un injusto criminal que pudiera supervenir a la irrogación de un daño póstumo, en conexión inmediata con una pregunta ulterior, que Hilgendorf considera poco importante⁶, a saber: si acaso la protección de un bien jurídico individual también es imaginable allí donde se trate de un bien jurídico pretendidamente «carente de sujeto». La pregunta así planteada concierne al problema que el filósofo estadounidense Thomas Nagel llamó el «problema del sujeto»⁷. En torno a este problema gira, en último término, la discusión filosófico-moral, que en el ínterin ha devenido altamente intrincada, acerca de la posibilidad de que alguien pueda fungir como víctima de un *posthumous harm*⁸.

El análisis del problema descansará en algunas premisas obtenidas tanto de la metafísica analítica como de la filosofía de la biología, que fijarán el instrumental conceptual requerido para ello. Esas premisas pueden ser extraídas de la exploración, ofrecida por el filósofo alemán Michael Quante, de la compleja relación en la que se encuentran los problemas de la existencia humana y la identidad personal⁹.

² HILGENDORF, en: Laufhütte et al. (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12.^a ed., 2009, § 189, n.m. 2.

³ HILGENDORF, en: LK (nota 2), § 189, n.m. 2.

⁴ HILGENDORF, en: LK (nota 2), § 189, n.m. 2.

⁵ HILGENDORF, en: LK (nota 2), § 189, n.m. 2.

⁶ Véase HILGENDORF, en: LK (nota 2), § 189, n.m. 2.

⁷ NAGEL, *Mortal Questions*, 1979, pp. 1 ss., 4 ss. Véase también FEINBERG, *Harm to Others*, 1984, pp. 79 ss., 89 ss., 92 ss.

⁸ Para tratamientos detallados del tema, véase, entre otros, BELLIOTTI, *Posthumous Harm*, 2012; TAYLOR, *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*, 2012; BOONIN, *Dead Wrong*, 2019.

⁹ QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, pp. 15 ss., 29 ss.

Quante nos propone superar la ambigüedad que aqueja a la pregunta por la identidad de una persona humana por la vía de reducirla a cuatro preguntas más específicas, a saber: (1) la pregunta por las «condiciones de la personei-dad» (*Personalität*), que se refiere a las propiedades y las capacidades en virtud de las cuales «una entidad [ha de ser adscrita] a la clase de las personas»¹⁰; (2) la pregunta por la «unidad sincrónica» de una persona, que concierne a las condiciones de cuya satisfacción depende que uno pueda hablar «en un punto de tiempo de exactamente *una* persona» en referencia a una entidad cualquiera¹¹; (3) la pregunta por la «persistencia diacrónica» de una persona, esto es, por su identidad «a través del tiempo», de cuya respuesta depende de si una persona que existe en un punto de tiempo es (numérica-mente) idéntica a una persona que existe en otro punto de tiempo¹²; y (4) la pregunta por la «personalidad» (*Persönlichkeit*) de una persona determinada, que es la pregunta de «quién o qué es, y quiere ser, una persona [singular]»¹³, lo cual también suele ser tematizado como el problema de la «identidad nar-rativa» de una persona¹⁴.

Para el problema aquí tratado tiene importancia, sobre todo, la tercera pregunta, relativa a la persistencia diacrónica de una persona humana. La res-puesta que a ella da Quante asume la forma que él considera característica de lo que cabría llamar «teorías complejas». En contraste con las «teorías sim-ples», que conciben la identidad de una persona a través del tiempo como algo «no reducible a relaciones empíricamente observables», y así como un «*factum* esencialmente ligado a la perspectiva de la primera persona», las teo-rías complejas parten de la base de que la persistencia de una persona es «ana-lizable y [así] reducible», por cuanto ella «queda constituida a través de rela-ciones de continuidad empíricamente observables»¹⁵.

La específica versión de una teoría compleja favorecida por Quante se corresponde con el llamado «enfoque biológico»¹⁶. La premisa fundamental para ello se obtiene de la consideración siguiente: para poder determinar «si una entidad *a*, [existente] en un punto de tiempo, es idéntica con una entidad *b*, [existente] en otro punto de tiempo», es necesario echar mano a algún *concepto*

¹⁰ QUANTE, Personales Leben (nota 9), p. 19.

¹¹ QUANTE, Personales Leben (nota 9), p. 21.

¹² QUANTE, Personales Leben (nota 9), p. 22. Véase también DEGRAZIA, Human Identity and Bioethics, 2005, pp. 10 ss.

¹³ QUANTE, Personales Leben (nota 9), p. 22.

¹⁴ Al respecto, DEGRAZIA, Human Identity (nota 12), pp. 82 ss.

¹⁵ QUANTE, Personales Leben (nota 9), p. 30.

¹⁶ QUANTE, Personales Leben (nota 9), pp. 54 ss. Véase también DEGRAZIA, Human Identity (nota 12), pp. 46 ss.

sortal que «implícita o explícitamente subyazca a nuestra praxis de individuación e identificación»¹⁷. Y el concepto *sortal* en cuestión tendría que ser «constitutivo» no meramente en el sentido de que las propiedades especificadas por ese concepto *sortal* sean exhibidas por la respectiva entidad «en todos los instantes de su existencia», sino también en el sentido de que aquel «proporcione las condiciones de persistencia requeridas», de manera tal que de la adquisición o la pérdida de esas propiedades dependa el inicio o el término de la existencia de la correspondiente entidad¹⁸.

Tratándose de la persistencia de una persona *humana*, el concepto *sortal* relevante no debería, según Quante, ser aquel expresado por el término «persona», sino el expresado por el término «ser humano». La razón para ello se encontraría en que «en la caracterización de una entidad como persona [estarían] en juego evaluaciones y normas», lo cual volvería imposible el análisis de su persistencia en términos de «relaciones empíricamente observables de continuidad [tanto] causal [como] espacio-temporal»¹⁹. Frente a ello, «el concepto –entendido como puramente biológico– de ser humano» se ofrecería como el concepto *sortal* apropiado, puesto que él determina la «clase natural» (*natürliche Art*) de aquella entidad con la que se corresponde una persona humana *qua* ser viviente²⁰.

De esta manera, la persistencia de la entidad individual en la cual consiste una persona humana puede ser definida como «la continuidad causal de un cuerpo organizado»²¹, esto es, de un cuerpo en el cual se realiza el proceso vital integrativo de un organismo humano²². De esto se sigue que la muerte de una persona humana tiene que ser entendida como «el fin de la existencia de un organismo determinado»²³, lo cual tiene una consecuencia ulterior de la mayor relevancia para el problema aquí tratado, a saber: «que entre un organismo y el cadáver que tras la muerte de este organismo permanece como el llamado <caparazón mortal> [*sterbliche Hülle*] no existe persistencia alguna»²⁴.

¹⁷ QUANTE, Personales Leben (nota 9), pp. 50 s. Siguiendo a TUGENDHAT, Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytischen Philosophie, 1976, p. 453, podemos –con Frege– entender los conceptos *sortales* como aquellos conceptos que se distinguen por el hecho de «que ellos «delimitan determinativamente, y no permiten una división arbitraria de, aquello a lo que son aplicables».

¹⁸ QUANTE, Personales Leben (nota 9), p. 51.

¹⁹ QUANTE, Personales Leben (nota 9), p. 54.

²⁰ QUANTE, Personales Leben (nota 9), p. 56.

²¹ QUANTE, Personales Leben (nota 9), p. 56.

²² QUANTE, Personales Leben (nota 9), pp. 67 ss., 127 ss.

²³ Véase QUANTE, Personales Leben (nota 8), p. 127.

²⁴ QUANTE, Personales Leben (nota 8), p. 149.

II. LA TESIS DE LA ANIQUILACIÓN Y EL PROBLEMA DEL SUJETO

En el contexto de la discusión aquí relevante, el hecho de que la existencia de una persona humana llegue a su fin con su muerte queda expresado a través de la «tesis de la aniquilación» (*annihilation thesis*): la entidad individual en la que consiste la persona en cuestión no tiene persistencia más allá del instante de su muerte²⁵. La tesis de la aniquilación constituye la premisa decisiva sobre la cual reposa el llamado «enfoque epicureano», el cual encuentra una clara formulación en un pasaje de la célebre «carta a Meneceo» de Epicuro:

«Así, la muerte, el más terrorífico de los males, es nada para nosotros, desde que, mientras existimos, la muerte no está con nosotros; pero cuando la muerte viene, entonces nosotros no existimos. Ella concierne, entonces, ni a los vivos ni a los muertos, desde que para los primeros ella no existe, y los últimos no existen más»²⁶.

En su versión *irrestric*ta, el enfoque epicureano se descompone en dos tesis principales, a saber: (1) la tesis de la imposibilidad de un daño personal póstumo y (2) la tesis de la inocuidad de la muerte para la persona muriente²⁷. Ambas tesis habrían de obtenerse de la conjunción de dos requisitos relativos a los presupuestos bajo los cuales un evento puede ser dañino para alguien, a saber: un «requisito de la experiencia», por un lado, y un «requisito de la existencia», por otro. Belliotti formula el requisito de la experiencia así: «[p]ara ser el sujeto de un bien o un mal, una persona tiene que experimentar las sensaciones apropiadas o al menos ser consciente de que él o ella ha recibido un beneficio o sufrido una privación»²⁸. Por su parte, y de acuerdo con el requisito de la existencia, que algo cuente como un daño o un beneficio para alguien exige «un sujeto vivo identificable»²⁹.

La aceptación del requisito de la experiencia conduce a una variante «hedonista» del enfoque epicureano (en su versión *irrestric*ta), que en la discusión filosófica más reciente ha sido defendida por James Stacey Taylor³⁰. En contra de esta posición se ha sostenido, empero, que ella no sería capaz de dar cuenta de la posibilidad de un «daño no percibido o no sentido» (*unexperienced or*

²⁵ Al respecto, BELLIOTTI, *Posthumous Harm* (nota 8), pp. 1, 10, 16; véase también TAYLOR, *Death* (nota 8), pp. 1 s.

²⁶ BAILEY, *Epicurus. The Extant Remains*, 1926, párr. 125; al respecto, KAGAN, *Death*, 2012, pp. 213 ss.

²⁷ Detalladamente al respecto, TAYLOR, *Death* (nota 8), pp. 39 ss., 69 ss.

²⁸ BELLIOTTI, *Posthumous Harm* (nota 8), p. 2.

²⁹ BELLIOTTI, *Posthumous Harm* (nota 8), p. 9.

³⁰ Véase TAYLOR, *Death* (nota 8), pp. 42 ss.

unfelt harm), la cual no admitiría ser puesta en cuestión³¹. En palabras de Boonin: «[u]n acto inflige un daño no sentido a una persona si hace que, para esa persona, las cosas sean peores que lo que habrían sido de otro modo, [aunque] sin tener efecto alguno en las experiencias conscientes de esa persona»³².

Que precisamente desde un punto de vista jurídico-penal no cabe dudar de la posibilidad de semejante daño no percibido, lo muestra la manifiesta significación delictiva de aquello que Gardner y Shute denominan una «violación pura» (*pure rape*)³³. Por tal cabe entender la materialización de un coito, por parte de un agente que –asúmase– tiene puesto un preservativo, con una persona que se encuentra en estado de inconsciencia y que al día siguiente no tiene recuerdo alguno de ello, sin que el coito así practicado deje huella física o psíquica alguna en la víctima. A pesar de que Gardner y Shute abogan por asumir que en tal caso se daría un *wrong without harm*³⁴, esto queda fundado en una muy poco plausible restricción del concepto de daño a la afectación de lo que Feinberg denominara un «interés de bienestar»³⁵. Si uno asume, en cambio, que a una persona humana serían atribuibles, además de intereses de bienestar, intereses de autonomía cuya afectación podría exhibir significación criminal³⁶, entonces debería ser evidente que semejante «violación pura» puede corresponderse, sin más, con una forma de comportamiento cuya realización sea dañina para la víctima³⁷.

Si se renuncia al requisito de la experiencia en razón de su incompatibilidad con el reconocimiento de la innegable posibilidad de un daño no percibido, entonces parece más que plausible entender que el problema del sujeto es, más precisamente, el problema que para la inteligibilidad de un daño póstumo es generado a través del requisito de la existencia³⁸. Sobre este trasfondo, en lo fundamental son reconocibles dos estrategias para refutar el rechazo, fundado en un epicureísmo *restringido*, de la posibilidad de que alguien venga en consideración como sujeto de un daño póstumo. El análisis de ambas estrategias habrá de mostrar que a ellas es común el intento de eludir el problema del sujeto a través de una reformulación del concepto mismo de un daño póstumo, lo

³¹ Véase BELLIOTTI, *Posthumous Harm* (nota 8), pp. 10 ss.; también BOONIN, *Dead Wrong* (nota 8), pp. 16 ss.

³² BOONIN, *Dead Wrong* (nota 8), p. 14.

³³ GARDNER/SHUTE, en: Horder (coord.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2000, pp. 193 ss., pp. 195 ss.

³⁴ GARDNER/SHUTE, en: *Oxford Essays in Jurisprudence* (nota 33), pp. 197 ss.

³⁵ Véase FEINBERG, *Harm to Others* (nota 7), pp. 37 ss.

³⁶ LACEY, *State Punishment*, 1988, pp. 100 ss., 103 ss.

³⁷ Véase BOONIN, *Dead Wrong* (nota 8), p. 18. Más pormenorizadamente al respecto, MAÑALICH, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno*, 2020, pp. 219 ss., 225 ss.

³⁸ Al respecto, entre otros, KAGAN, *Death* (nota 26), pp. 216 ss., 221 ss.

cual por vías distintas conduce a que el daño en cuestión deje de poder ser caracterizado, en rigor, como «póstumo».

III. EL ENFOQUE FEINBERG-PITCHER

La primera estrategia, conocida como el «enfoque Feinberg-Pitcher», aboga por hacer compatible el acaecimiento de un daño póstumo con el requisito de la existencia, por la vía de la diferenciación de los conceptos de persona *ante-mortem* y persona *post-mortem*³⁹. El argumento capital para ello se apoya en la idea de que como sujeto del daño en cuestión vendría en consideración la persona *ante-mortem*, en cuanto portadora de un interés cuya afectación quedaría de algún modo conectada con un evento acaecido con posterioridad a su muerte. Este argumento se ve enfrentado a dos objeciones fundamentales. Mientras que la primera objeción apunta a la implicación de que la respectiva persona humana, *qua* portadora de intereses, persistiría más allá del instante de su muerte, la segunda objeción se dirige a la asimismo problemática implicación de una causalidad retroactiva del suceso pretendidamente dañoso.

Según Boonin, quien ha ofrecido la hasta ahora más exhaustiva defensa del enfoque Feinberg-Pitcher, ambas objeciones se dejarían neutralizar de la mano de una clarificación de la premisa sobre la que reposa la respuesta afirmativa que Pitcher diera a la pregunta siguiente: «¿es posible que, después de la muerte de una persona, ocurra algo que dañe a la persona viviente que ella era antes de que muriera?»⁴⁰. Para ello, Boonin recurre a un entendimiento del término «daño» según el cual toda afectación de los intereses de una persona, susceptible de ser considerada dañosa, tendría que poder ser reducida a la falta de satisfacción de algún deseo (que pueda ser reconocido como relevante)⁴¹. Con el *caveat* (para nada trivial) de que el contenido proposicional del deseo en cuestión no necesita ser idéntico al contenido del interés fundado en aquel, tengo por correcta esta última premisa⁴².

³⁹ Fundamental, PITCHER, APQ (21) 1984, pp. 183 ss., cuyo enfoque fuera asumido por FEINBERG, Harm to Others (nota 7), pp. 83 ss., 89 ss., quien de esta manera renunciaba a su previa toma de posición a favor de la consideración de los intereses respectivamente afectados como el auténtico «sujeto» del daño en cuestión; para esto último, FEINBERG, Rights, Justice, and the Bounds of Liberty, 1980, pp. 59 ss. Presentaciones detalladas del enfoque PITCHER-FEINBERG se encuentran en BELLIOTTI, Posthumous Harm (nota 8), pp. 49 ss.; y en BOONIN, Dead Wrong (nota 8), pp. vii ss., 111 ss.

⁴⁰ PITCHER, APQ (21) 1984, p. 184; al respecto, BOONIN, Dead Wrong (nota 8), pp. 113 ss., 121 ss.

⁴¹ BOONIN, Dead Wrong (nota 8), pp. 59 ss., 97 ss.

⁴² Sobre esto, MAÑALICH, JHRE (11) 2020, pp. 156 ss., 158 ss., con referencias ulteriores.

Sobre esta base debería ser posible, según Boonin, dar forma a un argumento concluyente a favor de la tesis de que una persona humana, tras cuya muerte se vea frustrado un deseo referido-al-futuro que ella haya tenido como persona *ante-mortem*, debería ser vista como el sujeto de un daño sufrido durante algún segmento de su vida. Un caso presentado por Boonin puede servir para ilustrar la constelación aquí relevante: en vida, Alice mantuvo el deseo de que su cadáver fuera incinerado y sus cenizas fueran esparcidas en la cima de un monte; tras la incineración, empero, su viudo Ted se decide por verter las cenizas de Alice en el inodoro⁴³. Al respecto, Boonin nos dice lo siguiente:

«Puesto que la persona viviente que era Alice es precisamente la persona cuya vida terminó conteniendo un deseo satisfecho menos que lo que habría contenido en caso contrario, y puesto que Alice existía cuando ella vivía la vida que acabó conteniendo un deseo satisfecho menos, [...] la persona viva que era Alice es el sujeto del daño en el caso del acto de Ted»⁴⁴.

¿Pero queda con ello realmente debilitada la objeción, ya aludida, de que por tal vía al comportamiento presuntivamente dañino estaría siendo atribuida la propiedad de ser retroactivamente causal? La respuesta afirmativa de Boonin se apoya en la distinción siguiente:

«Un acto en [un instante] t_2 no puede causar un cambio en el mundo físico que ocurra en un [instante] anterior t_1 . [...] Pero un acto en t_2 puede ser responsable del hecho de que una proposición particular sea verdadera en un [instante] anterior t_1 »⁴⁵.

Esta toma de posición es problemática por partida doble. Por un lado, el deseo cuya falta de satisfacción sería constitutiva del pretendido daño póstumo tendría que contar como frustrado desde el instante en el cual la persona *ante-mortem* se formó aquel deseo. Según Boonin, esto resultaría apoyado por el paralelismo que se daría entre deseos y creencias. Él observa al respecto:

«Supóngase que ayer Ud. creía que hoy yo no tiraría una piedra. En ese caso, que yo tire hoy la piedra llevaría a que Ud. estuviera equivocado. [...] Mi acto de hoy no cambia el hecho de que ayer Ud. tuviera la creencia que [en efecto] Ud. tenía. Lo que se sostiene, más bien, es que mi acto de hoy determina el estatus de esa creencia como falsa en vez de verdadera»⁴⁶.

⁴³ BOONIN, *Dead Wrong* (nota 8), pp. 13 s.

⁴⁴ BOONIN, *Dead Wrong* (nota 8), p. 120.

⁴⁵ BOONIN, *Dead Wrong* (nota 8), p. 122.

⁴⁶ BOONIN, *Dead Wrong* (nota 8), p. 125.

Ergo, si un evento que acaece posteriormente puede determinar la verdad o falsedad de una creencia preexistente, entonces un evento que tenga lugar posteriormente también debería poder determinar el estatus de un deseo preexistente como satisfecho o no satisfecho; y esto último, ya antes del acaecimiento de ese evento. Nuevamente en palabras de Boonin:

«Supóngase que ayer Ud. quería que fuera el caso que hoy yo no tirara una piedra. Sobre tal supuesto, que yo tire una piedra hoy lleva a que ayer Ud. tuviera un deseo orientado-al-futuro [ya] frustrado»⁴⁷.

Semejante simetría entre creencias y deseos referidos-al-futuro en lo tocante a la realización o falta de realización de su respectivo contenido proposicional, empero, no parece sostenible. Pues el argumento de Boonin pasa enteramente por alto que las creencias y los deseos son especies de actitudes proposicionales que tienen una opuesta «dirección de ajuste». Según Searle, en efecto, una creencia exhibe una dirección de ajuste «mente a mundo»:

«Si mis creencias resultan ser erróneas, son mis creencias, y no el mundo, las defectuosas [...]. Es responsabilidad de la creencia, por así decirlo, ajustarse al mundo, y donde el ajuste falla yo reparo la situación cambiando la creencia»⁴⁸.

Frente a ello, un deseo exhibe una dirección de ajuste «mundo a mente»:

«[...] si mis deseos no se cumplen, no puedo, de tal modo, corregir la situación simplemente cambiando el [...] deseo. En estos casos es, por así decirlo, el mundo que está en falta si no se ajusta [...] al deseo, y yo no puedo arreglar las cosas diciendo que se trataba de un deseo [...] equivocado [...]»⁴⁹.

Así, en contraste con una creencia, que puede ser concebida como la *imagen (Bild)* subjetiva de un estado de cosas, un deseo tiene que ser entendido como el *modelo (Vorbild)* subjetivo para un estado de cosas. Por esto, la estructura intencional de un deseo resulta distorsionada cuando Boonin parte de la base de que un deseo, que *ex post* se muestra como no satisfecho, habría de ser visto como frustrado «desde el principio»⁵⁰. Con ello, tendría poco sentido considerar como frustrado de antemano el deseo de Alice en cuanto al manejo de sus restos por el hecho de que tras su muerte Ted haya arrojado sus cenizas al inodoro. Y esto, aun si la (eventual) creencia de Alice en cuanto a que Ted

⁴⁷ BOONIN, *Dead Wrong* (nota 8), p. 125.

⁴⁸ SEARLE, *Intentionality*, 1983, p. 8.

⁴⁹ SEARLE, *Intentionality* (nota 48), p. 8.

⁵⁰ Véase BELLIOTTI, *Posthumous Harm* (nota 8), p. 57, cuyo argumento, con todo, apela directamente a la noción de interés, y no a la noción de deseo.

habría de satisfacer su deseo tras su muerte hubiera de ser caracterizada como falsa de antemano⁵¹.

Más allá de lo anterior, la plausibilidad del enfoque Feinberg-Pitcher también se ve impactada por la problemática implicación de que, durante todo el tiempo por el cual subsista el deseo que una persona se haya formado, esa persona se habría encontrado en una «condición dañada» (*harmed condition*), en la medida en que el deseo en cuestión se vea frustrado por un evento acaecido tras su muerte⁵². Como Belliotti acertadamente lo nota, esta consecuencia tendría que ser vista como insostenible:

«Bajo el enfoque Feinberg-Pitcher, la condición dañada existía ya antes de la ocurrencia del evento causante del daño. De hecho, el acontecimiento causal parece tener valor en un plano puramente epistemológico: aquel revela lo que siempre fue el caso, en cuanto el impacto moral del daño precede al evento agravante [*wrongful event*]»⁵³.

Tal como críticamente observara Judith Jarvis Thomson, esto significaría que cada uno de nosotros siempre se encuentra en tal condición dañada, dado que forma parte de nuestra experiencia vital que un subconjunto de nuestros deseos (relevantes) no vaya a verse satisfecho⁵⁴. Con ello, ¿podría uno seriamente sostener que, verbigracia, alguien que un día sufre una golpiza se habrá ya encontrado, un par de días antes, en una condición dañada, por el hecho de que la proposición de que él sería golpeado dos días después contaba, ya entonces, como verdadera? Si esta pregunta tiene que ser respondida negativamente, entonces nada distinto puede valer para un caso como el de Alice, en el cual el evento pretendidamente dañoso tiene lugar tras la muerte de la presunta víctima.

IV. ¿VIDA BIOGRÁFICA COMO SUSTRATO DE INTERESES SUPERVIVIENTES?

Debería ser claro, con todo, que en el caso de Alice el problema no consiste en que tras su muerte ocurra algo que lleva a la no-satisfacción de su deseo formado *ante-mortem*. El problema es, más bien, que la persona humana

⁵¹ Un análisis pormenorizado de las diferentes posiciones filosóficas concernientes a las preguntas de si el valor de verdad de una proposición es atemporal y de si el futuro es «real» se encuentra en BOONIN, *Dead Wrong* (nota 8), pp. 129 ss.

⁵² Al respecto, FEINBERG, *Harm to Others* (nota 7), pp. 90 s.

⁵³ BELLIOTTI, *Posthumous Harm* (nota 8), p. 60.

⁵⁴ THOMSON, *P&PA* (15) 1986, pp. 381 ss., 392.

que Alice era ya no existe cuando tiene lugar el evento que convierte en no-satisfecho aquel deseo referido-al-futuro. El precio que los partidarios del enfoque Feinberg-Pitcher están dispuestos a pagar para resolver el problema que el caso suscita —que no es otro que el problema del sujeto— es suficientemente elevado: para reinterpretar el daño pretendidamente póstumo como un daño que sería padecido en vida por la respectiva persona humana, se llega a la radicalmente implausible consideración de que aquella persona habría de ser vista como (ya) dañada desde que ella se haya formado un deseo (relevante) que *en algún momento* futuro fuera a verse frustrado.

Ante esto, la segunda estrategia disponible para la defensa de una solución antiepicureana del problema del sujeto consiste en que el requisito de la existencia sea compatibilizado de otro modo con la posibilidad de un daño póstumo. Esto debería obtenerse a través de la renuncia a identificar el sujeto del daño presuntivamente póstumo con la respectiva persona humana *qua* entidad biológicamente viva, para postular, en cambio, una persona «biográficamente concebida», que de alguna manera «sobreviviría» a la muerte del ser humano en cuestión, como el genuino sujeto del daño. En la terminología de Quante, esto significaría considerar la «personalidad», o identidad «narrativa», de una persona como algo que tendría persistencia más allá del instante de la muerte de esa misma persona⁵⁵.

Esta toma de posición se corresponde con lo que Belliotti llama la «tesis fuerte» acerca de los daños póstumos⁵⁶. Tal como Belliotti mismo observa, empero, esto entraña una revisión decisiva de la ya mencionada tesis de la aniquilación, en cuanto el término de la existencia de la respectiva persona humana ya no habría de ser identificado con la muerte del organismo individual en el cual esa persona consiste⁵⁷. Y esto simplemente no se deja reconciliar con el enfoque biológico acerca del problema de la persistencia de una persona humana⁵⁸.

La alternativa de reemplazar semejante tesis fuerte acerca de los daños póstumos por una tesis más débil también parece poco promisorio. De acuerdo con la tesis que Belliotti denomina «modesta», un daño póstumo no podría consistir en la afectación de un interés trascendente de la respectiva persona *ante-mortem*, puesto que un interés tal no sería capaz de sobrevivir a la muerte

⁵⁵ *Supra*, I.

⁵⁶ BELLIOTTI, Posthumous Harm (nota 8), p. 165.

⁵⁷ BELLIOTTI, Posthumous Harm (nota 8), p. 166.

⁵⁸ Todavía más llamativa resulta ser la tesis, introducida en la discusión ante todo por Feinberg en el marco de su primer tratamiento del problema, según la cual ciertos intereses de la persona muerta, que la sobrevivirían, serían aquello en lo que consistiría el auténtico *sujeto* de un daño póstumo; véase *supra*, nota 39.

de su portador. Antes bien, uno debería partir de la base de que, tras la muerte de la pretendida víctima, podría verse infringido un deber fundado en ese preterito interés, ahora inexistente⁵⁹. De esto se seguiría, sin embargo, que en realidad no pueda haber tal cosa como un daño póstumo, tal como ello es concedido por Belliotti:

«[...] la tesis modesta no puede concluir que los muertos sean dañados. [...] La persona ante-mortem es la «víctima», pero no se sigue que ella haya sido dañada por la violación póstuma del derecho que tenía en vida. Bajo este enfoque, la persona ante-mortem ya no es titular del interés relevante que se ve trastocado y, por ello, no puede estar expuesta al daño⁶⁰.»

V. EL ULTRAJE DE CADÁVER Y DE SEPULTURA COMO DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO-GENERAL CONTRA BIENES JURÍDICOS (INDIVIDUALES) DE PERSONAS VIVIENTES

Quedando así descartada la posibilidad de que una persona humana venga en consideración como el sujeto de un daño pretendidamente póstumo, uno de todas formas tiene que poder dar cuenta de la intuición siguiente: la penalización de formas de comportamiento cuya realización incida en los remanentes corporales de una persona humana (ya fallecida) no parece enteramente irrazonable. Para volver explicable semejante regulación jurídico-penal, sin embargo, no es necesario en lo absoluto echar mano a la idea de una «protección póstuma de la personalidad» orientada a «posibilitar la preservación del derecho general de personalidad del difunto o aun de su desarrollo ulterior»⁶¹. En palabras de Albrecht Bender se trata, más bien, «de garantizar condiciones marco para el pleno desenvolvimiento de la personalidad en vida», esto es, «de la protección del que vive, no del muerto»⁶².

Una protección jurídica, así entendida, puede asumir la forma de lo que Kindhäuser llama una «protección general frente al peligro abstracto»⁶³. La protección de un bien jurídico individual frente al peligro abstracto es *especial*, o «particularizada», cuando lo protegido es el bien en cuanto objeto de una disposición o un aprovechamiento relativamente despreocupado por parte

⁵⁹ BELLIOTTI, Posthumous Harm (nota 8), pp. 154 s.

⁶⁰ BELLIOTTI, Posthumous Harm (nota 8), p. 155.

⁶¹ BENDER, Versicherungsrecht 2001, pp. 815 ss., sección I.

⁶² BENDER, Versicherungsrecht 2001, pp. 815 ss., sección I.

⁶³ KINDHÄUSER, Gefährdung als Straftat, 1989, pp. 294 ss. Al respecto, MAÑALICH, RCD (48) 2021, pp. 79 ss., 90 ss.

de un titular singularizado de ese mismo bien. En cambio, su protección es *general*, o «anonimizada», cuando se trata del aseguramiento de la posibilidad de disponer o aprovecharse del respectivo bien jurídico (individual), de manera relativamente despreocupada, por parte de cualesquiera personas. De acuerdo con esto, la valía que determinados bienes jurídicos individuales –y más precisamente: personalísimos– tienen para la generalidad de sus titulares también puede depender de que cada cual pueda contar con que determinados «reflejos» póstumos de su propia existencia hayan de ser tratados, o no ser tratados, de una cierta manera. El aseguramiento normativo de esa confianza no necesita, empero, ser específicamente sensible a los (eventuales) deseos o preferencias de la persona individual cuyos restos pudieran verse delictivamente afectados.

Esta perspectiva hace posible ofrecer una reconstrucción satisfactoria de decisiones de criminalización como las expresadas en los artículos 322 bis y 322 ter del CP chileno⁶⁴. Tal reconstrucción puede prescindir íntegramente de la noción de un daño póstumo, sin postular algún bien jurídico pretendidamente colectivo, y de dudosa dignidad ontológica –verbigracia: un «sentimiento de piedad» más o menos extendido–, como aquello en cuyo menoscabo radicaría la significación delictiva de un comportamiento subsumible bajo el tipo correspondiente. Antes bien, las prohibiciones de ultrajar el cadáver o la sepultura de un ser humano fallecido –y con ello: ya no *persistente*– pueden ser entendidas como normas de comportamiento orientadas a proteger, frente al peligro abstracto, una multiplicidad variable de bienes jurídicos individuales inmediatamente conectados con las condiciones de existencia física de una persona humana.

El fundamento para ello es el siguiente. El aprovechamiento cotidiano de esos bienes jurídicos se volvería considerablemente gravoso si uno no pudiera, mientras vive, razonablemente confiar en que, tras morir, los propios restos habrán de ser manejados de una manera congruente con nuestro «sentido de autorrespeto»⁶⁵. Pues son variadas las decisiones con potencial impacto en la existencia corporal de una persona humana que pueden verse condicionadas por su confianza o falta de confianza en que esa expectativa se cumpla. Y tal como ya fuera sugerido, el carácter general, o «anonimizado», de la protección así dispensada se ve reflejado en la insensibilidad que esa protección muestra tener en cuanto a si el cadáver o la sepultura de cuyo ultraje se trate se corresponde con los restos póstumos de alguien que en vida llegó o no a formarse

⁶⁴ *Supra*, I.

⁶⁵ Acerca de la noción de autorrespeto, véase RAWLS, *A Theory of Justice*, 2.^a ed., 1999, pp. 154 s., 386 s.

algún deseo en cuanto a cómo fueran a ser tratados esos restos. De ahí que los hechos punibles de esta índole deban ser entendidos como delitos «carentes de víctima», mas sin que esto implique que se trate de delitos cuyo injusto consistiría en el menoscabo de un bien jurídico colectivo.

VI. LA DAÑOSIDAD DE LA MUERTE PARA LA PERSONA MURIENTE

Pero hay todavía una pregunta de importancia que necesita ser respondida: ¿cómo puede afirmarse la eventual dañosidad de la muerte de una persona para la persona de cuya muerte se trata, si está excluida la posibilidad de un daño póstumo? Esto es crucial, puesto que la negación de que alguien pudiera verse dañado a través de su muerte pertenece al núcleo del enfoque epicureano⁶⁶. La toma de posición de Feinberg a este respecto es suficientemente elocuente:

«Si la ausencia de sujeto obsta a que hablemos de daños póstumos, entonces también obsta a que hablemos de la muerte como un daño [...], ya que tanto la muerte como los eventos póstumos son post-personales. O bien la muerte y los eventos póstumos pueden ser dañinos por igual, o bien ni aquella ni estos pueden serlo»⁶⁷.

La equiparación así sugerida es, sin embargo, problemática, puesto que ella pasa por alto la ambigüedad (sistemática) que afecta al término «muerte»⁶⁸. En el contexto de la observación de Feinberg, la muerte de una persona humana es entendida como un *estado* (consistente en «estar muerto»). Que este no es el concepto de muerte aquí pertinente, se sigue de que con ello la tematización misma de un daño pretendidamente póstumo justamente, como «póstumo», se vuelve lingüísticamente errática. Pues, si la muerte es el estado al cual conduce el morir de un ser vivo, entonces un daño que hubiera sido condicionado a través de un evento ocurrido durante la subsistencia de ese estado no podría, en lo absoluto, tener lugar *tras* la muerte (en el sentido de un «estar muerto») de aquel. Para no tener que descartar como incoherente *ab initio* toda alusión a un eventual daño póstumo, por la «muerte» de una persona humana debería aquí entenderse un *evento*⁶⁹, a saber: el evento consistente en la transforma-

⁶⁶ *Supra*, II.

⁶⁷ FEINBERG, Harm to Others (nota 7), p. 82.

⁶⁸ Para lo que sigue, véase DEGRAZIA, Human Identity (nota 12), pp. 149 ss.

⁶⁹ Esclarecedoramente sobre esto, QUANTE, Personales Leben (nota 9), pp. 126 s.

ción de su estado vital en un estado de falta de vitalidad, en el cual ella ya no existe *qua* ser orgánico viviente⁷⁰. Por esta vía deja de ser problemático decir que la muerte de una persona es algo que, eventualmente, puede ser dañino para ella⁷¹.

Siendo esto último el caso, el daño en cuestión puede ser exactamente localizado en el instante en el cual tiene lugar la transformación del estado de vitalidad en el estado opuesto, tal como esto es sostenido por los partidarios de la llamada «tesis de la simultaneidad»⁷². Un aspecto singularísimo del daño así padecido por la persona que muere consiste en que, como consecuencia de ello, esa persona deja de estar en posición de poder ser ulteriormente dañada.

⁷⁰ Y esto, con independencia de cuál sea el criterio de muerte del cual se obtengan las condiciones de aplicación más precisas para el concepto de muerte, así entendido. Acerca del problema, véase QUANTE, *Personales Leben* (nota 9), pp. 127 ss., 131 ss., donde es defendido el criterio de la llamada «muerte cerebral». Para la defensa de una versión modificada del criterio de la llamada «muerte cardiorrespiratoria», véase, en cambio, DEGRAZIA, *Human Identity* (nota 12), pp. 142 ss., 147 ss.

⁷¹ Esto no es en lo absoluto equivalente a que la muerte de una persona humana necesariamente hubiera de representar un daño para ella misma. Tal como RAZ, *Value, Respect, and Attachment*, 2001, pp. 77 ss., lo ha mostrado convincentemente, la propia vida no debería ser entendida como un bien intrínseco, sino más bien como un presupuesto de variados bienes intrínsecos y, con ello, a lo más como un bien «condicional». Véase también FEINBERG, *Harm to Others* (nota 7), pp. 81 s.

⁷² Véase LUPER, *PQ* (57) 2007, pp. 239 ss., 247 s., cuyo argumento contra la tesis de la simultaneidad descansa, empero, en una equiparación –aquí puesta en cuestión– de la muerte con posibles posteriores eventos pretendidamente constitutivos de daños póstumos.

PROTECCIÓN DE LOS DIFUNTOS A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL Y FRENTE AL DERECHO PENAL*

LOTHAR KUHLEN**

En la medida en que protege bienes jurídicos individuales, el Derecho penal generalmente se orienta a la protección de seres humanos vivos. Una protección de los difuntos a través del Derecho penal sólo excepcionalmente viene en consideración, tal como ello ocurre bajo el tipo de la denigración de la memoria de los difuntos (§ 189).

Y una protección de personas ya fallecidas frente al Derecho penal, esto es, respecto de ser afectadas por intromisiones jurídico-procesales o aun por sanciones jurídico-penales, por principio se obtiene simplemente de que, bajo nuestro ordenamiento jurídico, semejantes sanciones solo puedan ser impuestas sobre personas vivientes. Puesto que «la finalidad de un proceso penal [es] la decisión acerca de la punición o no-punición de un acusado»¹, un proceso penal no puede desarrollarse con la «finalidad de [alcanzar] una decisión sustantiva (condena o absolucón)» respecto de alguien ya fallecido². La muerte de un imputado conduce, por ello, a la extinción del proceso que hubiera sido ya iniciado en su contra³.

Así, la protección de personas fallecidas a través del, y frente al, Derecho penal es considerablemente menos significativa que la correspondiente protec-

* Traducción de Juan Pablo Mañalich R.

** Ex Profesor de la Universidad de Mannheim.

¹ BGHSt 34, 184 (185).

² Así, KÜHL, NSTZ 1982, p. 481.

³ Más precisamente, en la forma de una terminación del proceso según el § 206a StPO; así, BGHSt 45, 108 ss., contra la anteriormente dominante tesis de que la muerte del imputado pondría término, sin más, al proceso desarrollado en su contra.

ción brindada a los vivos. En efecto, cabe incluso plantear la pregunta de si la idea de que uno pudiera y tuviera que proteger a los difuntos tiene sentido en lo absoluto. Esta pregunta estará en el centro de mi conferencia. Antes de que nos volquemos a ella, permítasenos echar un vistazo a algunos problemas para cuya solución la idea ya mencionada pudiera tener importancia.

I. PROBLEMAS

1. La protección de los difuntos a través del Derecho penal

Comencemos con la protección de los difuntos a través del Derecho penal. Una protección de esta índole podría ser la finalidad del § 189, del tipo de la perturbación del «descanso de los muertos» (§ 168), así como de otros tipos penales que conciernen a intromisiones en el ámbito de la vida personal y privada⁴.

a) El tipo del § 189 lo realiza quien «denigra la memoria de un difunto». El precepto se encuentra ubicado en la sección de la injuria y hace posible la inferencia, a contrario sensu, de que los tipos de la injuria de los §§ 185-188⁵ se orientan exclusivamente a la protección de personas vivas⁶. Bajo la voz «denigrar» solo son captados ultrajes especialmente graves. Cuál sea el bien jurídico protegido por el tipo, es algo controvertido.

Las diversas concepciones, defendidas en múltiples tonalidades, se dejan distribuir en dos grupos.

Por un lado, se apela al honor de la persona fallecida⁷. De acuerdo con esto, el § 189 penaliza un delito contra el honor, pero (a diferencia de los §§ 185-188)

⁴ Específicamente, los §§ 201a párr. 1 N.º 3, párr. 2 oración 2, 203 párr. 4 oración 2 N.º 3, párr. 5, 204 párr. 2.

⁵ Junto a la protección de determinadas organizaciones frente a injurias colectivas, que aquí no interesa ulteriormente.

⁶ KUDLICH, *Strafrecht. Besonderer Teil II*, 5.ª ed. 2021, p. 105 (caso 103).

⁷ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed. 1969, pp. 305, 315; HUNGER, *Das Rechtsgut des § 189 StGB*, 1996, pp. 81 ss., 114 s.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7.ª ed. 2005, § 33 n.m. 1; HILGENDORF, en: *Laufhütte et. al. (eds.), Leipziger Kommentar zum StGB*, 12.ª ed. 2010, § 189 n.m. 2; VALERIUS, en: *Beck Online Kommentar zum StGB*, 57.ª ed., estado al 01.05.2023, § 189 n.m. 1; KARGL, en: *Kindhäuser et al. (eds.), Nomos Kommentar zum StGB*, 6.ª ed. 2023, § 189 n.m. 19. La decisión jurídico-civil del BGH NJW 1968, p. 1173 (1174) –Mephisto– no solo conduce a la tesis (defendida por Welzel) de que el § 189 protegería «también el propio honor del difunto en la forma de una subsistente pretensión de respeto en el espacio social», sino que, en la comparación de la «protección del honor según los §§ 185-187 StGB con el más acotado precepto § 189 StGB», considera la denigración de la memoria de los difuntos manifiestamente también como un delito dirigido contra el honor (del difunto).

no protege a quienes viven, sino a los difuntos. Esto último también es asumido por autores que como bien jurídico protegido, en contraposición al honor, consideran un «derecho de la personalidad restringido» de los difuntos⁸.

En la literatura jurídico-penal, esta concepción es tenida por fundamentalmente errada por un sector de la doctrina. Según Hettinger y Engländer, por ejemplo, no es «en caso alguno» aceptable «asumir un honor «subsistente» del difunto»⁹. Para Kindhäuser y Schramm, el honor –como pretensión de respeto– sólo puede ser lesionado ante aquel «que aún puede... experimentar este reconocimiento»¹⁰. De acuerdo con Heghmanns, los muertos no pueden «seguir siendo portadores de bienes jurídicos», por lo cual el § 189 no podría proteger un bien jurídico que les fuera atribuible¹¹. Y para Maiwald y Momsen, la asunción de un honor que sobreviviría a la muerte presupone «que un muerto puede ser titular de un bien jurídico», lo cual sería «difícilmente asumible»¹².

Puesto que, de manera predominante, esta crítica basal se dirige no solo contra el honor, sino contra cualquier bien jurídico atribuido a un difunto, como bien jurídico del § 189 se postula, en vez de ello, un bien jurídico de otros, que a veces es presentado como el honor de los deudos¹³, pero más frecuentemente como el «sentimiento de piedad» de los familiares¹⁴ o de la generalidad de las personas¹⁵, o alternativamente como la memoria del difunto en quienes todavía viven¹⁶, entre otras posibilidades¹⁷.

Las diferencias que separan a estas concepciones se expresan en los resultados a los que conducen. Así, si como bien jurídico se considera el sentimiento

⁸ Así, EISELE/SCHITTENHELM, en: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 30.ª ed. 2019, § 189 n.m. 1; REGGE/PEGEL, en: Erb/Schäfer (eds.), Münchener Kommentar zum StGB, 4.ª ed. 2021, § 189 n.m. 12; LG Bonn NSTZ-RR 2014, p. 79. En este grupo de opiniones también se sitúa la tesis de que aquí se trataría de «la repercusión de la protección de la personalidad que encuentra su expresión en el respeto póstumo del desempeño humano y social del difunto».

⁹ Así, WESSELS/HETTINGER/ENGLÄNDER, Strafrecht. Besonderer Teil 1, 46.ª ed. 2022, n.m. 424.

¹⁰ KINDHÄUSER/SCHRAMM, Strafrecht. Besonderer Teil I, 10.ª ed. 2022, § 26 n.m. 2.

¹¹ HEGHMANN, Strafrecht für alle Semester Besonderer Teil, 2009, n.m. 790.

¹² MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD/HOYER/MOMSEN, Strafrecht. Besonderer Teil 1, 11.ª ed. 2019, § 25 n.m. 38, donde se agrega que, por ello, únicamente subsistiría «la solución de considerar protegido, como lo hace la doctrina dominante, el *sentimiento de piedad de los deudos*».

¹³ Así, HEGHMANN, BT (nota 11), n.m. 790.

¹⁴ EISELE, Strafrecht. Besonderer Teil I, 6.ª ed. 2021, n.m. 650; RENGIER, Strafrecht Besonderer Teil II, 24.ª ed. 2023, § 29 n.m. 43.

¹⁵ OLG Düsseldorf NJW 1967, p. 1142 (1143). De manera similar, ROGALL, en: Wolter (ed.), Systematischer Kommentar zum StGB, 9.ª ed. 2017, § 189 n.m. 9: memoria como «juicios o representaciones apreciativas acerca del muerto en la comunicación social».

¹⁶ Así, KINDHÄUSER/SCHRAMM, BT I (nota 10), § 26 n.m. 1.

¹⁷ Existen, adicionalmente, combinaciones de ambas tesis; así, según KUDLICH, BT II (nota 6), p. 105 (caso 103), el § 189 protegería el «sentir piadoso de los familiares, así como la dignidad humana que trasciende la muerte».

de piedad o la memoria de los familiares, queda descartada una punibilidad en caso de que el difunto no tenga familiares o de que la denigración sea efectuada por su único familiar¹⁸. En ambas situaciones subsiste la punibilidad, por el contrario, si es un bien jurídico del difunto lo que debería ser protegido. Junto con ello, las diferentes tesis acerca del bien jurídico son asociadas a soluciones diversas para casos de error, en los cuales el injuriante erróneamente tenga por todavía vivo al injuriado o erróneamente lo crea ya muerto¹⁹.

b) También es controvertido cuál sea el bien jurídico de la perturbación del descanso de los muertos según el § 168 párr. 1. El precepto amenaza con pena, entre otros, a quien realice una «fechoría insultante» (*beschimpfender Unfug*) en el cuerpo de un ser humano fallecido. Como bien jurídico suele considerarse aquí un bien jurídico colectivo, que mayoritariamente es identificado con un sentimiento de piedad de la generalidad de las personas²⁰. Adicionalmente, la doctrina dominante reconoce un bien jurídico individual, que el Tribunal Supremo federal (BGH) designa como «pretensión de respeto póstumo»²¹. En la literatura también se conoce una concepción según la cual aquí se trataría, exclusivamente, de la protección de este bien jurídico individual²². Tanto la posición dominante como esta última parten de la base de que hay bienes jurídicos del difunto que son merecedores de protección.

c) Finalmente, los §§ 201 y ss., que conciernen a intromisiones en el ámbito de la vida personal y privada, contienen normas que explícitamente comprenden la revelación y la utilización no autorizadas de secretos ajenos «tras la muerte del afectado»²³. También es controvertido cuál sea el bien jurídico de estos tipos²⁴. Predominantemente se asume que se trataría de la protección del interés individual en la reserva de determinadas informaciones. Respecto de esta tesis también se plantea la pregunta de si tiene sentido la idea de prolongar la protección jurídico-penal brindada a una persona más allá de su muerte.

¹⁸ Explícitamente a favor de esto último, MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD/HOYER/MOMSEN, BT 1 (nota 12), § 25 n.m. 38.

¹⁹ Al respecto, con referencias ulteriores, KARGL, en: NK-StGB (nota 7), § 189 n.m. 34 s.

²⁰ BGHSt 50, 80 (89) con referencias ulteriores. Críticamente, HÖRNLE, en: MüKo (nota 8), § 168 n.m. 1.

²¹ BGHSt 50, 80 (89). Ulteriormente, se dice allí (y también en BGH NJW 2015, 2901 n.m. 10) que el bien jurídico protegido sería «la protección póstuma de la personalidad del muerto». Dado que no se trata de la protección de la protección, lo cual es (simplemente) una formulación defectuosa, correctamente tendría que decirse que el bien jurídico protegido sería «el derecho póstumo de la personalidad» o aun «la pretensión de respeto póstumo».

²² HÖRNLE, en: MüKo (nota 8), § 168 n.m. 2.

²³ §§ 203 párr. 5, 204 párr. 2. Véase también el § 201a párr. 1 N.º 3, párr. 2 oración 2.

²⁴ Sobre ello, EISELE, en: Schönke/Schröder StGB (nota 8), § 203 n.m. 3; KARGL, en: NK-StGB (nota 7), § 201a n.m. 6 ss., § 203 n.m. 6 ss.; § 204 n.m. 2 ss.; respectivamente con referencias ulteriores.

2. La protección de los difuntos frente al Derecho penal

Lo que está en juego tratándose de la protección de los difuntos frente al Derecho penal puede ilustrarse mediante un ejemplo, que concitó gran atención hace algunos años. Se trata de la caída de un avión en los Alpes franceses, que costó la vida a 150 seres humanos. En el vuelo desde Barcelona hacia Fráncfort del Meno, el copiloto alemán dejó fuera de la cabina al capitán del vuelo para entonces iniciar el descenso, lo cual condujo a que el avión se estrellara contra un despeñadero.

En Alemania fueron desarrolladas indagaciones intensas por parte de una fiscalía, la cual además informaba detalladamente a los medios de prensa acerca de cuál iba siendo el estado de las investigaciones. A consecuencia de ello, el copiloto fue etiquetado como «asesino en masa».

Mitsch planteó entonces la pregunta de con qué derecho la fiscalía alemana llevaba adelante indagaciones, a pesar de que el copiloto había muerto con ocasión del estrellamiento del avión, y esgrimió la hipótesis de que la «denigración del copiloto fallecido como «asesino en masa»» resultaba antijurídica²⁵. Es necesario aclarar, en efecto, con qué fin eran admisibles medidas jurídico-procesales en este caso. Y también aquí se plantea la pregunta de si el reconocimiento al copiloto fallecido de un derecho póstumo de la personalidad no imponía límites a la admisibilidad de las indagaciones y de la información provista al público general.

II. LA POSIBILIDAD DE UNA PROTECCIÓN DE LOS MUERTOS MEDIANTE, O ANTE, EL DERECHO PENAL

1. ¿La protección jurídico-penal de personas fallecidas como atavismo?

La consideración sumaria de algunos problemas jurídico-penales nos ha llevado a constatar, por un lado, que la tesis según la cual habría derechos o bienes jurídicos merecedores de protección jurídico-penal que trascienden la muerte de su titular sigue encontrando alguna adhesión. Por otro lado, también es claro que para muchos parece errática la noción misma de que pudiera haber algo como la protección jurídica de personas muertas. Es más, uno podría quedarse con la impresión de que esta última idea se corresponde con un atavismo que no debería tener cabida en un ordenamiento jurídico ilustrado.

²⁵ MITSCH, JuS 2015, pp. 884 s. Véase también ya MITSCH, NJW 2010, p. 3479.

Pues, de acuerdo con la formulación de un historiador, «según la concepción propia del Derecho moderno, la persona termina con la muerte»²⁶, y lo que de ella queda, así reza la formulación de un sociólogo, «es una cosa, el cadáver»²⁷. Si, con ello, en un muerto ya no encontramos una persona, sino una «cosa», entonces aquel no puede ser sujeto de derechos ni titular de bienes jurídicos. La noción de que una persona fallecida pudiera ser protegida sea través del, o frente al, Derecho penal se presentaría como equivocada desde el principio, tal como lo sería la tesis según la cual el tipo del daño de cosa se orientaría a la protección de las cosas, por mor de sí mismas, frente a su destrucción o daño²⁸.

2. Los muertos como personas según concepciones jurídicas más antiguas

A diferencia de la «concepción propia del Derecho moderno», cosmovisiones más tempranas no tenían, manifiestamente, problema alguno con admitir que los seres humanos seguirían siendo titulares de derechos después de su muerte. Así se lee en el estudio de un historiador del Derecho, publicado en 1916: «Según la antigua concepción ... germánica, la personalidad del ser humano no se extinguía con la muerte... Incluso para el ámbito del Derecho subsisten, por principio, la capacidad jurídica y la capacidad de acción ... tras la muerte»²⁹. Y en 1983 escribía el historiador antes referido acerca de las «más antiguas concepciones que se encuentran en la historia europea»: allí son «los muertos ... personas en sentido jurídico»³⁰.

Estas «concepciones más antiguas» tienen varias expresiones concretas. El muerto tiene derechos, por ej. a su sepultura y a la intangibilidad de esta³¹, así como a una vestimenta y un mobiliario adecuados³². Él puede recibir do-

²⁶ OEXLE, ML (Death in the Middle Ages) 1983, p. 19 (21).

²⁷ FUCHS, Todesbilder in der modernen Gesellschaft, 1973, p. 71. Así también, OEXLE, ML (Death in the Middle Ages) 1983, p. 19 (21), quien agrega que, además del cadáver, «solamente 'queda' el recuerdo por parte de los siguen viviendo».

²⁸ Como si se tratara de *su* «protección a través del Derecho penal».

²⁹ SCHREUER, ZVglRWiss 1916, p. 333 (336).

³⁰ OEXLE, ML (Death in the Middle Ages) 1983, p. 19 (22).

³¹ KYLL, Tod, Grab, Begräbnisplatz, Totenfeier. Zur Geschichte ihres Brauchtums im Trierer Land und in Luxemburg unter besonderer Berücksichtigung des Visitationshandbuchs des Regino von Prüm (gestorben 915), 1972, p. 22

³² SCHREUER, ZVglRWiss 1916, pp. 333 (349 ss.); KYLL, Tod (nota 31), pp. 22 ss. Estos derechos pueden, con todo, perderse en vida (SCHREUER, ZVglRWiss 1916, pp. 333 (359 ss.)).

nativos y honores,³³ y tanto acusar como ser acusado procesalmente³⁴. Él es considerado –al menos ocasionalmente– como una persona actuante que aparece en escena³⁵, y por ello también como delictualmente capaz, pudiendo ser castigado por hechos que él, como fallecido, haya perpetrado³⁶.

A modo de generalización, puede decirse que según estas concepciones más antiguas el muerto sobrevive «como personalidad individual»³⁷ y se muestra como «corporalmente eficaz, tal como [lo era] en vida»³⁸. Ello es puesto en la drástica fórmula de que las cosmovisiones más antiguas asumían una concepción del muerto como «cadáver viviente»³⁹.

3. La incompatibilidad de las concepciones jurídicas más antiguas con la moderna concepción de la muerte

Es obvio que, para estas concepciones más antiguas, la idea de una protección de los muertos mediante y ante el Derecho penal no genera problema alguno. Esta protección habrá de seguir otras reglas que las que rigen para la protección de los vivos, pero aquella es, por principio, igualmente posible que esta última, y en cierta manera incluso más inteligible, puesto que el muerto ya no puede por sí mismo defender sus derechos –o tal vez: no de la misma manera que antes de su muerte– frente a una vulneración.

También es evidente que la concepción delineada se presenta como ajena, incoherente y, con ello, completamente inaceptable para la moderna concepción de la muerte. De acuerdo con la visión actualmente imperante, la muerte,

³³ SCHREUER, ZVglRWiss 1916, pp. 333 (349 s.)

³⁴ SCHREUER, ZVglRWiss 1916, pp. 333 (338, 365 s.); OEXLE, ML (Death in the Middle Ages) 1983, p. 19 (33).

³⁵ Por ello, no solo tiene sentido darle protección, sino también protegerse de él. Al respecto, SCHREUER, ZVglRWiss 1916, pp. 333 (338, 347 ss.); KYLL, Tod (nota 31), pp. 22 ss., 35; OEXLE, ML (Death in the Middle Ages) 1983, pp. 19 (58 ss.).

³⁶ SCHREUER, ZVglRWiss 1916, pp. 333 (338, 347 s.); OEXLE, ML (Death in the Middle Ages) 1983, p. 19 (33) (con la indicación, en la p. 30, de que ello regía incluso para los santos). Junto con ello, todavía en el Derecho común era posible «la ejecución de la pena sobre el cadáver, si el hechor era condenado y sentenciado antes de morir» (SCHAFFSTEIN, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930-1932, 2. Neudruck 1986, p. 207). «Los seres humanos del medioevo y de la modernidad temprana no aceptaban que el curso de la justicia y su ejercicio se detuvieran ante la muerte» (ARIÈS, Geschichte des Todes, 12.^a ed. 2009, p. 61).

³⁷ SCHREUER, ZVglRWiss 1916, p. 333 (342).

³⁸ Así, SCHREUER, ZVglRWiss 1916, p. 333 (347), quien prosigue: «el cadáver escucha y se expresa ..., los huesos traen suerte..., obran milagros... El cadáver comete un vil acto de sangre y es decapitado y estaqueado por ello, así como para evitar más furia».

³⁹ Más de cerca sobre ello, SCHREUER, ZVglRWiss 1916, pp. 333 (343 ss.), así como (críticamente también) OEXLE, ML (Death in the Middle Ages) 1983, pp. 19 (59 ss.).

como terminación de la vida, es un evento irreversible cuyo acaecimiento se deja constatar científicamente. Esta concepción naturalista es más que una mera definición, más o menos adecuada pragmáticamente, del concepto de muerte. Antes bien, ella ha logrado imponerse a lo largo de un extenso proceso en el cual han ejercido un influjo «los más diversos factores y circunstancias»⁴⁰.

En Europa, en ello jugó un rol esencial el cristianismo⁴¹, que durante siglos combatió las representaciones y costumbres «paganas»⁴², y que con la postulación de un «alma inmaterial» separada del cuerpo⁴³ ofreció una posibilidad para honrar el deseo humano por sobrevivir a la muerte, sin enredarse en las incoherencias de la doctrina de un «cadáver viviente». También suele aludirse a las «grandes crisis de mortalidad del medioevo tardío», ante todo a las «epidemias de las pestes del siglo XIV», que por razones muchas veces muy palpables⁴⁴ transformaron la manera en la cual los vivos se relacionaban con los muertos⁴⁵.

Más allá de esto, no es casualidad que el tránsito prolongado desde las concepciones más antiguas hacia la moderna concepción de la muerte «alcanzara su fase decisiva en el siglo XVIII»⁴⁶, esto es, en la época de la Ilustración, cuya lucha contra las ideas supersticiosas ya no se veía restringida por dogmas religiosos como la veneración de los santos⁴⁷ y la doctrina de la resurrección de los muertos⁴⁸. Finalmente, las concepciones más antiguas acerca de la sobrevivencia de los muertos no eran conciliables con los avances de las ciencias naturales a contar del siglo XIX, que progresivamente desvistieron al ser humano de su posición especial en el ámbito de la «creación», poniéndolo «en el ámbito de la naturaleza, esto es, de lo mortal»⁴⁹.

⁴⁰ OEXLE, ML (Death in the Middle Ages) 1983, p. 19 (65). Véase también FUCHS, Todesbilder (nota 27), pp. 50 ss.

⁴¹ FUCHS, Todesbilder (nota 27), pp. 50 ss.

⁴² Ilustrativo acerca de esta prolongada y frecuentemente poco exitosa lucha, KYLL, Tod (nota 31), pp. 159 ss. El consumo de licor y el canto de canciones obscenas en los funerales, entonces combatidos por la Iglesia, todavía hoy se discuten como posibles perturbaciones del descanso de los muertos. Véase HÖRNLE, en: MüKo (nota 8), § 168 n.m. 21; STÜBINGER, en: NK-StGB (nota 7), § 168 n.m. 13.

⁴³ Sobre ello, SCHREUER, ZVglRWiss 1916, pp. 333 (394 ss., 416 ss.)

⁴⁴ Como la imposibilidad práctica de enterrar adecuadamente al «increíblemente grande número de muertos» (OEXLE, ML [Death in the Middle Ages] 1983, p. 19 [66]).

⁴⁵ OEXLE, ML (Death in the Middle Ages) 1983, pp. 19 (65 ss.).

⁴⁶ OEXLE, ML (Death in the Middle Ages) 1983, p. 19 (65).

⁴⁷ Al respecto, SCHREUER, ZVglRWiss 1916, pp. (333 336 s., 428 s.); OEXLE, ML (Death in the Middle Ages) 1983, p. 19 (30.).

⁴⁸ Aún SCHREUER, ZVglRWiss 1916, p. 333 (340), designa como «creencia eclesial general» la creencia en una «resurrección de la carne».

⁴⁹ Así, FUCHS, Todesbilder (nota 27), p. 66, con el resumen: «El desencanto del mundo también afectó a la muerte».

4. Protección póstuma de la personalidad

Ahora bien, quienes hoy identifican el bien protegido por determinados tipos penales con la pretensión de respeto póstumo de los difuntos seguramente no están afectados por creencias supersticiosas acerca de su supervivencia. Su parecer efectivamente contradice, sin embargo, la opinión manifestada por sociólogos e historiadores en cuanto a que, «según la concepción propia del Derecho moderno, ... la persona (terminaría) con la muerte»⁵⁰, de la cual solo quedaría subsistente «una cosa, el cadáver»⁵¹. Con ello se plantea la pregunta acerca de cuál de las dos concepciones es la correcta.

Desde el punto de vista del Derecho, una persona es definida por su capacidad jurídica, esto es, la capacidad para ser sujeto de derechos y deberes⁵². De acuerdo con el § 1 del Código Civil alemán (BGB), la capacidad jurídica del ser humano comienza «con la culminación del nacimiento». El precepto no indica cuándo ella se extingue. No obstante, del § 1922 párr. 1 del BGB, que ante la «muerte de una persona (sucesión)» dispone la transferencia de su patrimonio a los herederos, se extrae que con la muerte termina la capacidad jurídica del ser humano⁵³. Esta delimitación de la capacidad jurídica del ser humano a través del nacimiento y de la muerte es, con todo, una regla que conoce excepciones.

Así, ya el *nasciturus*, esto es, el ser humano ya concebido, pero todavía no nacido, se ve protegido jurídico-constitucionalmente, a través del artículo 1 párrf. 1 y del artículo 2 párr. 2 oración 1 GG⁵⁴, jurídico-penalmente a través de los §§ 218 y ss. StGB, y jurídico-civilmente a través del Derecho de daños⁵⁵. Asimismo, él queda jurídicamente equiparado, desde cierta perspectiva, al niño ya nacido, por ejemplo a través del § 1923 párr. 2 del BGB en cuanto a su

⁵⁰ OEXLE, ML (Death in the Middle Ages) 1983, p. 19 (21).

⁵¹ FUCHS, Todesbilder (nota 27), p. 71.

⁵² KANNOWSKI, en: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einleitungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, 2018, Vor § 1 BGB, n.m. 1, con referencia a una tesis divergente.

⁵³ FAHSE, en: Soergel (ed.), Kommentar zum BGB, 13.^a ed., 2000, § 1 BGB n.m. 12. Según SPICKHOFF, en: Säcker et. al. (eds.), Münchener Kommentar zum BGB, 9.^a ed. 2021, § 1 BGB n.m. 3, 21, el legislador tuvo el punto por autoevidente.

⁵⁴ BVerfGE 39, 1 ss.; BVerfGE 88, 203 ss. Sobre ello, y con referencias ulteriores, STAUDINGER/KANNOWSKI (n 53), § 1 BGB n.m. 14; SPICKHOFF, en: MüKo-BGB (nota 53), § 1 BGB n.m. 30.

⁵⁵ Así, él ya puede ser lesionado, con la consecuencia de que de ello surjan pretensiones jurídicas que él adquiera tras el nacimiento. (KANNOWSKI, en: Kommentar (nota 52), § 1 BGB n.m. 12).

capacidad para heredar⁵⁶. Con ello, al *nasciturus* se atribuye, «en la práctica, una capacidad jurídica restringida»⁵⁷.

Desde la perspectiva del Derecho civil, también el *nondum conceptus*, esto es, el ser humano todavía no concebido, resulta en parte equiparado a aquel que ya posee plena capacidad jurídica. Así, aquel puede ser instituido heredero fideicomisario, puede ser hecho legatario y puede verse favorecido a través de un contrato celebrado a favor de tercero⁵⁸. De este modo, son múltiples las regulaciones «que fundamentan derechos para el *nondum conceptus*, los cuales resultan devengados en caso de un posterior nacimiento con vida»⁵⁹. A pesar de que su posición jurídica es de rango inferior que la del *nasciturus*, al *nondum conceptus* también es atribuida, «en definitiva, una capacidad jurídica restringida»⁶⁰.

Junto a la protección prenatal, actualmente también es reconocida una protección póstuma del ser humano en el Derecho constitucional y civil. Si bien el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) ha rechazado la subsistencia de un derecho general de la personalidad más allá de la muerte⁶¹, aquel asume que la obligación estatal «de brindar protección al individuo frente a ataques a su dignidad humana no [terminaría] con la muerte» y que tras ella nadie podría «ser degradado o denigrado»⁶². Esta jurisprudencia constitucional, y ulteriormente también jurídico-civil, «en lo fundamental ha encontrado aceptación generalizada»⁶³.

La construcción dogmática de una protección póstuma de la personalidad no deja de ser controversial, sin embargo, en el Derecho civil⁶⁴. Tal como a

⁵⁶ Acerca de otras reglas pertinentes, véase KANNOWSKI, en: Kommentar (nota 52), § 1 BGB n.m. 13, 15 ss.

⁵⁷ Así, KANNOWSKI, en: Kommentar (nota 52), § 1 BGB n.m. 15, con ulteriores referencias a esta opinión mayoritaria. Dubitativamente, SPICKHOFF, en: MüKo-BGB (nota 53), § 1 BGB n.m. 37.

⁵⁸ KANNOWSKI, en: Kommentar zum Bürgerlichen (nota 52), § 1 BGB n.m. 24 ss., con ulteriores referencias a la regulación legal y a la jurisprudencia.

⁵⁹ SCHMITT, en: Münchener Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, 6.ª ed., 2012, § 1 BGB n.m. 42.

⁶⁰ SCHMITT, en: MüKo-BGB (nota 59), § 1 BGB n.m. 45.

⁶¹ De lo cual todavía arrancaba el BGH NJW 1968, p. 1173 (1174 s.) – Mephisto.

⁶² BVerfGE 30, 173 (194) – Mephisto; BVerfG NJW 2001, pp. 594 ss. – Willy Brandt; BVerfG NJW 2001, p. 2957 (2958 ss.) – Wilhelm Kaisen. También en BGH NJW 1990, p. 1986 (1987 s.) – Emil Nolde, en conexión con la decisión del BVerfG en el caso Mephisto, todavía se apoya la pretensión de respeto póstumo exclusivamente en el artículo 1.º GG. Más de cerca al respecto, KLINGE, Todesbegriff, Totenschutz und Verfassung, 1996, pp. 210 ss.; PABST, NJW 2002, pp. 999 ss.; así como, más recientemente, BGH NJW 2022, p. 847 n.m. 19-21, 126 s. – Kohl-Protokolle I.

⁶³ SPICKHOFF, en: MüKo-BGB (nota 53), § 1 BGB n.m. 60. Acerca de las manifestaciones singulares de la protección póstuma a través del Derecho civil, véase KANNOWSKI, Vor § 1 BGB, n.m. 29.

⁶⁴ Sobre ello, SPICKHOFF, en: MüKo-BGB (nota 53), § 1 BGB n.m. 60-64, quien (en el n.m. 60) califica la pregunta como «en buena medida no resuelta», así como KLINGE, Todesbegriff (nota 62), pp. 220 ss.

propósito de la determinación del bien jurídico del § 189 StGB, aquí uno se encuentra con la tesis de que se trataría de la protección de los familiares «en su derecho a recordar a los muertos»⁶⁵. Adicionalmente se trae a colación que los derechos de la personalidad que subsistirían tras la muerte no tienen titulares, siendo así derechos carentes de sujeto⁶⁶. Tengo por preferible, en cambio, partir de la base de una «parcial capacidad jurídica póstuma del difunto con respecto al derecho general de la personalidad»⁶⁷. Esta es la única concepción que se ajusta a la derivación de una protección póstuma de la personalidad a partir de la dignidad –subsistente tras la muerte– del ser humano, cuya pretensión de respeto también merece recibir protección frente agresiones ocurridas después de su fallecimiento.

5. Los conceptos «muerto» y «difunto»

Para ilustrar la noción de una parcial capacidad jurídica póstuma del difunto y su compatibilidad con la moderna concepción de la muerte, es conveniente demarcar los conceptos de muerto y difunto⁶⁸. El muerto surge recién en el instante de la muerte. Esta delimitación temporal se vuelve comprensible, por ejemplo, en que uno no pueda decir que un muerto (o aun: un cadáver) habría sido un deportista talentoso. Pues como muerto él no puede haber practicado deporte alguno. Ello tiene como consecuencia que el muerto, que por definición nunca ha vivido, también tenga en lo inmediato el estatus jurídico de una cosa (especial). Los muertos no pueden (según el entendimiento moderno) ser titulares de un derecho o un bien jurídico.

Como difunto designamos a un ser humano a partir del instante de su muerte. Pero esto no quiere decir que el difunto surja recién en el momento de la muerte. Con el concepto de difunto hacemos referencia, más bien, a un ser

⁶⁵ Al respecto (y en contra), SPICKHOFF, en: MüKo-BGB (nota 53), § 1 BGB n.m. 61.

⁶⁶ Críticamente sobre ello, SPICKHOFF, en: MüKo-BGB (nota 53), § 1 BGB n.m. 62.

⁶⁷ Así, SCHMITT, en: MüKo-BGB (nota 59), § 1 BGB n.m. 54. Coincidentemente, SPICKHOFF, en: MüKo-BGB (nota 53), § 1 BGB n.m. 64, quien adicionalmente alude al «*deber médico de secreto profesional póstumo* según el § 203 párr. 4 StGB, § 204 párr. 4 StGB» (queriendo hacer referencia al § 203 párr. 5 y al § 204 párr. 2 StGB). Rechazando este planteamiento, PETERSEN, Jura 2008, p. 271 (271) (la asunción de una póstuma capacidad jurídica parcial sería «contraria al sistema»). También HUNGER, Das Rechtsgut (nota 7), p. 90, considera el reconocimiento de una capacidad jurídica parcial del difunto como «a todas luces excesivo».

⁶⁸ La distinción entre *mortuus* (el cadáver «desde el momento de la muerte ya acaecida hasta el entierro») y *defunctus* (el muerto «desde el instante de la sepultura concluida en sentido personal-espiritual») (KYL, Tod [nota 31], p. 127) se corresponde, según el uso lingüístico aquí recomendado, con una subdistinción al interior de la clase de los muertos.

humano que primeramente estuvo vivo y después falleció. Puesto a que este concepto es extraña la delimitación temporal propia del concepto «muerto», nada puede objetarse al enunciado de que un difunto habría sido un deportista talentoso. Naturalmente, él lo habrá sido en vida, pero ese tiempo es abarcado por el concepto «difunto». Así, este concepto unifica al ser humano viviente con aquel que, tras morir, ha dejado de serlo.

Con ello, es perfectamente sensato (y congruente con el lenguaje cotidiano) reconducir la protección póstuma de la personalidad a una pretensión de respeto del difunto, que en lo inmediato corresponde al ser humano viviente, pero que perdura tras la muerte de su titular. Uno podría llamar esta pretensión «carente de sujeto», porque tras la muerte de su titular la pretensión ya no tiene un portador vivo. Esto último no es puesto en cuestión, naturalmente, si en vez de ello uno considera al difunto como el titular de la pretensión. Por esa vía uno expresa que se trata de una y la misma pretensión de respeto, que corresponde a una determinada persona –y no, en cambio, a sus familiares o a «la generalidad»– en diferentes puntos de tiempo, antes y después de su muerte.

III. RESUMEN

Tras esta excursión en los terrenos de la historia del Derecho, así como del Derecho civil y constitucional, para concluir podemos regresar a nuestro punto de partida, el Derecho penal.

1. La protección póstuma de la personalidad también a través del Derecho penal

En la discusión jurídico-penal⁶⁹, como lo vimos, la tesis de que habría bienes jurídicos de difuntos que serían merecedores de protección es tenida por algunos como no digna de ser seriamente discutida. Esta aproximación es comprensible si ponemos la vista en la historia del Derecho. Pero ella no hace justicia a la protección póstuma de la personalidad que, bajo la vigencia de la GG, se ha desarrollado tanto en el Derecho constitucional como en el Derecho civil⁷⁰. En mi opinión, no hay razón alguna por la cual el Derecho penal debiera quedar sustraído de este desarrollo. Los crasos ultrajes perpetrados

⁶⁹ En lo tocante al bien jurídico del § 189.

⁷⁰ A ello alude con razón HUNGER, Das Rechtsgut (nota 7), pp. 131 ss.

contra difuntos, actualmente favorecidos por el anonimato de internet, hablan más bien a favor de que la pretensión de respeto de los difuntos sea también jurídico-penalmente protegida. Piénsese, por ejemplo, en que en 2019 el asesinato del Presidente de Gobierno de Kassel, Walter Lübcke, fue elogiado por un hechor adscrito a la derecha radical a través de múltiples mensajes difundidos en internet, entre otros con el comentario «una rata repugnante menos»⁷¹.

2. El § 189 StGB como manifestación jurídico-penal de la protección póstuma de la personalidad

El reconocimiento de bienes jurídicos de personas fallecidas también facilita la interpretación del Derecho vigente, como lo muestra el § 189. Este tipo se orienta a la protección del honor del difunto mismo. Ello se corresponde con la sistemática de la ley y conduce a resultados adecuados⁷². La tesis opuesta, según la cual se trataría de la protección del honor, de la memoria o del sentimiento de piedad de otros, solo puede ser entendida como una solución desesperada.

Pues, si la protección póstuma de la pretensión de respeto no es «en caso alguno aceptable» para un Derecho penal ilustrado⁷³, puesto que los muertos no pueden «seguir siendo titulares de bienes jurídicos»⁷⁴, y si no se está dispuesto a extraer de ello la consecuencia de que el tipo no se dejaría justificar, entonces uno tiene⁷⁵ que ir a la búsqueda de un bien jurídico, especificado de algún modo, que sea atribuible a personas vivientes. Pero entonces vale la proposición tantas veces confirmada a propósito de la construcción de bienes jurídicos: busca, y encontraréis.

Si frente a ello uno entiende el § 189 como la manifestación jurídico-penal de la protección póstuma de la personalidad, entonces se vuelve fácilmente explicable que aquel se encuentre reglado junto a los delitos contra el honor y que quede sometido a los preceptos que son aplicables, precisamente, a ellos⁷⁶.

⁷¹ FAZ de 6.7.2019, p. 2.

⁷² Más de cerca sobre ello, KARGL, en: NK-StGB (nota 7), § 189 n.m. 11-19.

⁷³ Así, WESSELS/HETTINGER/ENGLÄNDER, BT 1 (nota 10), n.m. 424.

⁷⁴ Así, HEGHMANN, BT (nota 11), n.m. 790; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD/HOYER/MOMSEN, BT 1 (nota 12), § 25 n.m. 38.

⁷⁵ Siempre que uno no quiera, con el BVerfG, censurar la doctrina, muy influyente en el Derecho penal, de que solo serían legítimos aquellos tipos penales que se orientan a la protección de bienes jurídicos. Sobre ello, por un lado, BVerfGE 120, 224 ss. y, por otro, ROXIN/GRECO, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5.^a ed. 2020, § 2 n.m. 2 ss.

⁷⁶ O sea, el § 190 (prueba de la verdad por sentencia penal), el § 192 (injuria a pesar de la prueba de la verdad), el § 193 (defensa de intereses legítimos), el § 194 (exigencia de querrela), el § 200 (publi-

Parece consecuente, entonces, que para la protección de respeto de los difuntos haya sido creado un tipo específico, que como denigración únicamente cubre lesiones del honor especialmente graves. Pues para la protección jurídico-constitucional y jurídico-civil de la pretensión de respeto póstumo también se reconoce que la pretensión de respeto de los difuntos resulta ser más débil que la de quienes aún viven⁷⁷, que pueden ser más intensivamente lesionados que los que ya han fallecido⁷⁸.

También materialmente resulta convincente el entendimiento del § 189 como un tipo para la protección de la pretensión de respeto póstumo. Pues, que un difunto sea ultrajado de un modo merecedor de pena, no debería depender de si él tiene familiares vivos y de cómo estos lo conserven en la memoria⁷⁹. En último término, también habla a favor de esta aproximación que ella contribuya a perfilar una concepción de la protección póstuma de la personalidad que enlaza varios ámbitos del Derecho y, con ello, a la unidad del ordenamiento jurídico⁸⁰.

cación de la condena) y, según la doctrina mayoritaria (véase EISELE/SCHITTENHELM, en: Schöнке/Schröder StGB [nota 8], § 199 n.m. 2) incluso el § 199 (injurias recíprocas).

⁷⁷ Ella experimenta «una drástica *restricción*» con la muerte, pero no caduca por completo, sino que impide «graves distorsiones lesivas del honor» incluso tras la muerte (SPICKHOFF, en: MüKo-BGB [nota 53], § 1 n.m. 59), en circunstancias de que la protección póstuma de la personalidad disminuye también, por su parte, «a medida que aumenta la distancia temporal con la muerte» (RIXEN/SCHÜLLER/WAGNER, NJW 2021, p. 1702 [1702], n.m. 23, con referencias ulteriores).

⁷⁸ Por ello, yerran KINDHÄUSER/SCHRAMM, BT 1 (nota 10), § 26 n.m. 2, cuando contra la tesis de que el § 189 protegería el honor del difunto objetan que, según esto, «el § 189 sería un precepto superfluo, puesto que de subsistir el honor del difunto serían aplicables los §§ 185 y ss.». Análogamente a Kindhäuser y Schramm, ROGALL, SK-StGB (nota 15), § 189, n.m. 8: el § 189 mostraría, precisamente, que «el honor protegido en los §§ 185 y ss. es únicamente el honor del que vive».

⁷⁹ Ello no sólo responde a la configuración legal del tipo, que no contiene punto de apoyo alguno para una correspondiente restricción, sino que también es claramente tenido por correcto, en los hechos, por algunos defensores de aquellas concepciones de las que se sigue, empero, tal restricción. Así, en MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD/HOYER/MOMSEN, BT 1 (nota 12), § 25 n.m. 38, se lee que solo quedaría «la solución de considerar, con la opinión mayoritaria, el *sentimiento de piedad de los deudos* como protegido, con la consecuencia, sin embargo, de que un ultraje del difunto no pueda ser penado si es efectuado por el único deudo que quedara con vida».

⁸⁰ Así, acertadamente, HUNGER, Das Rechtsgut (nota 7), pp. 110 ss.; REGGE/PEGEL, en: MüKo-StGB (nota 8), § 189 n.m. 12; KARGL, en: NK-StGB (nota 7), § 189 n.m. 17 s.

Colección Derecho Penal y Procesal Penal

Director:

Luis Rodríguez Ramos

Títulos publicados:

15. Estudios sobre el Código penal de 1822 en su bicentenario
Coordinadores: Gregorio M^a Callejo Hernanz, Víctor Martínez Patón
16. Códigos penales españoles, dos volúmenes
**Jacobo Barja de Quiroga
Luis Rodríguez Ramos
Lourdes Ruiz de Gordejuela López**
17. Minería de ADN en la investigación criminal
Fernando Ruiz Domínguez
18. Responsabilidad penal y negocios estándar: los casos del asesor fiscal y del abogado, dos volúmenes
Mónica de la Cuerda Martín
19. Tratamiento jurídico-penal del acoso en España
Cristian Sánchez Benítez
20. El principio de responsabilidad penal por el hecho
**Directores: Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín
Coordinadores: Juan Carlos Hortal Ibarra, Vicente Valiente Ivañez**
21. El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España por Luis Silvela
Presentación por: Gonzalo Quintero Olivares
22. La pena y su renuncia en la justicia transicional. ¿Puede trasladarse el fundamento premial a la violencia terrorista?
David Gallego Arribas
23. Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español
**Directores: Enrique Peñaranda Ramos, Laura Pozuelo Pérez
Coordinador: Nicolás Cantard**

En diciembre de 2022, CRIMINT y la Universidad de Múnich coorganizaron el simposio internacional «Límites de la protección jurídico-penal de la vida», que reunió a especialistas de habla hispana y alemana para discutir temas clave sobre el rol del Derecho penal en el inicio y el fin de la vida humana. El libro resultante compila las contribuciones en español, abordando cuestiones que hoy ocupan el centro del debate jurídico y bioético contemporáneo.

Los trabajos analizan la intervención penal frente a nuevos desafíos como la reproducción asistida, el aborto, la manipulación genética, el diagnóstico preimplantacional, la eutanasia, el suicidio asistido, el trasplante de órganos y la protección *post mortem*. También se examina la responsabilidad penal de instituciones de salud por fallas organizativas, en especial en ámbitos obstétricos y geriátricos.

El eje transversal es la crítica a un uso expansivo y moralizante del Derecho penal. Las contribuciones ponen en evidencia cómo muchas criminalizaciones carecen de una justificación sólida basada en el principio de lesividad, apoyándose en argumentos vagos como la «dignidad humana». La obra no niega la legitimidad de la intervención penal, pero exige que ésta sea rigurosamente justificada. Así, el proyecto promovido por CRIMINT invita a repensar los límites del castigo estatal con seriedad, alejándose del moralismo y acercándose a un Derecho penal comprometido con el liberalismo jurídico.