

# COMENTARIOS A LOS ARTICULOS COMPRENDIDOS EN LOS TITULOS III, IV Y V DEL LIBRO II DEL CODIGO PENAL

JOSE PARDOS ALDEA

Coronel de la Guardia Civil  
Licenciado en Derecho

## Título III. De las lesiones

*Generalidades.*—Bajo la rúbrica "*De las lesiones*" el Código Penal protege determinados derechos de la persona como vida humana independiente. Tipifica y sanciona: el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de una persona (147); la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal o de un sentido (149); la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática o psíquica (149); la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad (150); la violencia física habitual sobre una serie de personas vinculadas al responsable por determinadas relaciones afectivas o legales (153); la participación en riña tumultuaria usando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas (154) y, por último, el trasplante de órganos con infracción de Ley y la esterilización o la cirugía transexual sin consentimiento válido del afectado.

Las lesiones producidas al feto se tipifican en el Título IV; las producidas a determinadas personas o grupos aparecen recogidas bajo rúbricas tales como "*delitos contra la Constitución*" (Título XXI), "*delitos contra el orden público*" (Título XXII) o "*delitos contra la Comunidad Internacional*" (Título XXIV) y, por último, en los "*delitos contra la seguridad colectiva*" (Título XVII) se protegen la vida, la integridad y la salud de la persona como miembro de la sociedad.

El concepto de lesión, en sentido amplio, abarca la diversidad de conductas incluidas en el Título III; en sentido estricto, comprende sólo las que ocasionan los resultados descritos en los artículos 147, 149 y 150.

*Concurso de leyes.*—El Código Penal Militar es ley especial respecto del Código Penal. Los preceptos de aquél que tipifican delitos de lesiones, serán de aplicación preferente sobre los de éste; pueden verse los artículos 69, 76, 77, 85, 86, 87, 91, 98, 99, 104, 125 y 159 del Código Penal Militar.

El Título III del Código Penal contiene los preceptos generales en materia de lesiones. Respecto de ellos, son especiales y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8, gozan de preferente aplicación los siguientes artículos: el 486 que trata de lesiones constitutivas de *delito contra la Corona*; el 557 sobre *desórdenes públicos* salvo que, por razón de la gravedad de las lesiones, corresponda al hecho mayor pena (8.4<sup>a</sup>); los numerados con 571 y 572 que contemplan lesiones agravantes del *delito de terrorismo*; el 605 que, en su caso, las califica de *delito contra el Derecho de gentes* y el 607 que las declara *delito de genocidio*.

También quedan excluidas de ese Título las lesiones constitutivas de falta contra las personas (621).

*Concurso de delitos.*—El delito de lesiones puede quedar consumido en otro delito más amplio o complejo, como ocurre con las lesiones que originan la muerte de una persona (138 y 139); si hay muerte, hay homicidio en alguna de sus formas. Quintano Ripollés dice que la distinción entre el ánimo de matar y el de herir es irrelevante en la mayoría de los casos; "si la muerte aconteció a consecuencia de las heridas conferidas dolosamente, pero sin ánimo de matar, la estimativa de lesiones es imposible y obligada la de homicidio".

En otros casos, el Código Penal prevé que, aunque concorra con otro delito, el de lesiones se castigue separadamente de aquél. Así sucede con las producidas al cometer los delitos de: *torturas* (177); *agresiones sexuales* (180.5<sup>a</sup>); *robo* (242.1); *estrágos* (346); *obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional* (464.2); *rebelión* (481); *relativos a los dere-*

*chos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución* (514.3) y *terrorismo* previsto en 577 cuando el delito de lesiones, por razón de la naturaleza de éstas, tenga señalada pena más grave.

### Comentarios a los artículos.

Interesa centrar la atención en las diferencias que el Código Penal recoge respecto del Código Penal anterior y, especialmente, en los artículos que desaparecen y en aquellos otros de nuevo cuño. Por lo que afecta a las lesiones penadas en los Títulos III y IV del Código Penal, las novedades introducidas no desvirtúan de forma notable el contenido de los artículos correspondientes del Código anterior; siguen siendo útiles, adaptándolos a las citadas innovaciones, los comentarios doctrinales y la jurisprudencia elaborada en torno de éstos.

*Artículo 147.*—Tiene su antecedente inmediato en el 420 del Código Penal anterior. Respecto de éste presenta las siguientes variaciones: numera sus dos párrafos con lo que facilita posteriores citas; exige (147.1) la necesidad *objetiva* de la *primera asistencia facultativa* y del *tratamiento médico o quirúrgico* para sanar la lesión e incorpora a su texto el criterio jurisprudencial de que *la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico*; sustituye (147.2) la expresión *podrá ser* por la de *será* y, por último, explicita dos factores a tener en cuenta para que el hecho descrito en 147.1 sea considerado de *menor gravedad*: el *resultado causado* o el *riesgo producido*.

El *tratamiento médico* es aquel sistema "que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si no es curable" (S. 6-2-93) o "toda actividad posterior a la primera asistencia tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico" (S. 2-6-94).

*Artículo 148.*—Respecto del 421 del Código Penal anterior, contiene las siguientes novedades: sólo considera susceptibles de agra-

vación *específica* las lesiones descritas en 147.1, pues excluye las del 147.2; cualquiera de las tres agravantes *específicas* que contempla ha de ser valorada atendiendo al *medio empleado* o al *resultado producido*; en su ordinal 1º incluye la *vida* y omite la *integridad corporal* que es uno de los bienes jurídicamente protegidos en el 147.1; en su ordinal 2º recoge, como agravante *específica*, la de *ensañamiento* que consiste en *aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido* (22.5ª y 139.3ª) y, por último, en su ordinal 3º brinda, *al menor de doce años y al incapaz*, una protección penal superior a la que se desprende de la agravante genérica de *abuso de superioridad* (22.2ª). A los fines del Código Penal y a tenor de lo dispuesto en su artículo 25, por *incapaz* debe entenderse *toda persona, haya sido o no declarada su incapacidad, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma*.

Para tipificar este delito *cualificado* de lesiones, basta con una de las tres circunstancias *específicas* que contiene; las demás que puedan darse, serán consideradas como agravantes del delito *cualificado* en concurrencia con las descritas en el artículo 22.

*Artículo 149.*—Respecto al texto del artículo 418 del Código Penal anterior: sustituye la expresión *de propósito* —que la doctrina proponía suprimir— por la de *por cualquier medio o procedimiento* —que posiblemente resulte innecesaria—; cambia los verbos *mutilar* e *inutilizar* por el de *causar la pérdida o inutilidad* y, por último, hace extensiva, a cualquier *sentido*, la *pérdida* o *inutilidad* que antes estaba referida solamente a los órganos de la *vista* o del *oído*.

La terminante redacción del artículo 418 del Código Penal anterior (*mutilare* o *inutilizare*) hacía imposible la comisión de este delito por dolo eventual o por culpa; el léxico utilizado por el artículo 149 del Código Penal permite su perpetración por imprudencia —sea grave o profesional—, criterio ratificado en el artículo 142.

Para determinar si el miembro afectado es *principal*, si la *pérdida* o *inutilidad* del sentido

es *total* o *parcial*, si la *impotencia* o la *esterilidad* son *absolutas* o si la *deformidad* o *enfermedad* son *graves*, habrá que estar al contenido de la sentencia firme dictada en cada caso. De acuerdo con ella, las lesiones estarán incluidas entre las descritas en el artículo 149 o en las que contempla el 150.

Por *deformidad* ha de entenderse *"toda fealdad visible"* (S. 30-11-1903), *"no siendo preciso que afecte al conjunto de la persona"*... *"bastando que apareciera visible la señal que desfigura"* (S. 24-6-1905). El concepto *deformidad* es *"relativo y depende de la edad, sexo o profesión de la víctima"* en lo que respecta a daños y perjuicios (S. 23-4-46). En las Sentencias más recientes, el concepto *deformidad* se ha extendido a *"la eventual deformidad ocasionada al varón"* (S. 30-5-88) o a *"heridas que quedan visibles en las playas"* (S. 11-7-91). De acuerdo con la S. 22-3-94, por *deformidad* puede entenderse toda *"desproporción o irregularidad en el aspecto físico de una persona, es decir, anormalidad desde la óptica de la generalidad"*. La apreciación de la *deformidad* consecuencia de las lesiones es, en principio, competencia de la Sala de instancia; las mejoras en razón de posteriores intervenciones quirúrgicas no inciden en la calificación jurídico-penal de la *deformidad* porque tales intervenciones no pueden imponerse a nadie y porque el resultado no puede ser garantizado.

*Artículo 150.*—De haber mantenido el criterio que presidió la redacción del artículo 147, el legislador pudo haber obviado la asignación de un artículo específico a la definición del delito descrito en el 150 cuya acción típica sólo se diferencia de la definida en el 149 por la gravedad del resultado.

*Artículo 151.*—El contenido del artículo 17.3 (*la conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley*) y del 18.2 (*la provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea*) obliga a incluir este artículo *nuevo* en el Título regulador de las lesiones. La *conspiración*, la *proposición* y la *provocación* para cometer el delito de lesio-

nes sólo se castigarán cuando concurran a la ejecución de las previstas en los artículos 147, 148, 149 y 150 y no en los demás casos. La *inducción*, como provocación seguida de perpetración del delito, está regulada en el artículo 28 así: *también serán considerados autores los que inducen directamente a otro u otros a ejecutar el delito.*

*Artículo 152.*—Las sanciones recogidas en los artículos 147, 148, 149, 150 y 155 son aplicables a los delitos de lesiones de carácter doloso; basta, para aplicarlas, con que concurra el dolo eventual.

Si las lesiones previstas en los artículos 147.1, 149 y 150 se cometen por *imprudencia grave* o por *imprudencia profesional*, también son constitutivas de delito. La lógica rechaza que las lesiones a las que se refiere el artículo 148 puedan ser ejecutadas por *imprudencia*; esa puede ser la razón por la que se omite la cita de ese artículo entre los mencionados en el 152.

Son constitutivas de falta contra las personas las lesiones previstas en 147.2 cuando se perpetren mediando *imprudencia grave* y cualesquiera otras constitutivas del delito de lesiones cuando se cometan por *imprudencia leve*. Al contrastar el texto del artículo 152 con el del 621 se pone de manifiesto la omisión de la *imprudencia profesional* entre los factores de culpabilidad que pueden concurrir en el caso de las lesiones descritas en 147.2; la interpretación restrictiva de las leyes odiosas obliga a calificar el hecho como falta contra las personas.

La *imprudencia profesional* y la subsiguiente pena de *inhabilitación especial* (42) para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo no se refiere sólo a los facultativos —término explicitado en el segundo párrafo del 222— sino a cualquier persona que preste servicios con ocasión de los cuales se ha producido la lesión.

La S. 24-4-95 distingue entre *dolo eventual* y *culpa con previsión* (hoy, *imprudencia grave*); el autor no busca el resultado en ningún caso pero, en el *dolo eventual*, lo acepta o tolera, y en la *culpa consciente*, lo rechaza

porque confiaba en que no se iba a producir pues, en otro caso, no hubiera actuado.

Hace referencia también este artículo al *vehículo a motor, ciclomotor o arma de fuego* con los que se han cometido las lesiones descritas en 147.1, 149 y 150 e impone, al sujeto activo que se ha servido de ellos para cometer esas lesiones, la sanción consistente en privación temporal del derecho a conducirlos o a tener y portar armas respectivamente (47); estas sanciones adjetivas sólo afectarán a aquellos responsables en los que concurra la circunstancia que las justifica.

*Omisiones.*—Las circunstancias de cometer el hecho mediante *precio* y la mixta de *parentesco* que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 423 del Código Penal anterior, actuaban como agravantes *específicas* del delito de lesiones, pierden tal carácter y actúan como agravante *genérica* (22.3ª) o como circunstancia mixta (23) respectivamente.

También se omite, en el Título III que se está comentando, toda referencia al *quebranto apreciable en la salud o en la integridad física de los trabajadores por infracciones graves de las leyes o reglamentos de seguridad e higiene y de trabajo*; la protección penal de los derechos de los trabajadores está contemplada en los artículos 311 y siguientes del Código Penal, sin perjuicio de que el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental que puedan sufrir con ocasión del desarrollo de su actividad profesional halle cabida en los artículos que, con carácter genérico, sancionan las lesiones.

*Artículo 153.*—Introduce numerosas variantes al artículo 425 del Código Penal anterior para completar su casuismo, adaptarlo a la realidad social y mejorar su redacción. La acción típica consiste en *ejercer violencia física con habitualidad* sobre las personas que cita el artículo; si, con ocasión de los golpes y malos tratos de obra en que consiste la violencia física, se producen lesiones, se castigarán por separado, de acuerdo con su gravedad y circunstancias, a tenor de lo dispuesto en alguno de los artículos 147, 148, 149 y 150.

La *circunstancia mixta de parentesco* será inoperante —en el caso de que exista entre los sujetos activo y pasivo de los malos tratos previstos en el artículo 153— porque concurre, como elemento necesario, a la tipificación del propio delito. Sobre los delitos de lesiones que se hayan producido con ocasión de los malos tratos habituales actuará la agravante de *reincidencia* (22.8<sup>a</sup>) cuando se dé en el responsable.

El artículo 94 considera *reo habitual* al que hubiere cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y haya sido condenado por ello.

El delito de malos tratos habituales es de carácter público y debe perseguirse de oficio por más que, el especial ámbito en que suele producirse, exija normalmente la cooperación de la víctima o la de personas que convivan con ella para conocer su comisión. Sobre el efecto del *perdón del ofendido* habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 130.4<sup>a</sup>: sólo extingue la responsabilidad criminal *cuando la ley así lo prevea* y, en el delito de malos tratos, nada dice al respecto.

*Artículo 154.*—Se corresponde con el 424 del Código Penal anterior cuya conducta típica reproduce en términos literales con la salvedad de suprimir el requisito de *confusión* en la riña. La acción penada consiste en *reñir entre sí y acometerse tumultuariamente utilizando medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad física de las personas*. No es preciso que se produzca lesión alguna en las personas que participan en esa riña; si se originan tales lesiones, estaríamos ante un concurso de delitos; ambos se castigarían con mutua independencia y, el de lesiones, se imputaría sólo a quien o quienes las produjeran, pero no a los demás participantes en la riña.

A lo largo de la historia ha variado el contenido y finalidad de este precepto. Dada la dificultad para determinar la autoría de las lesiones producidas en una riña tumultuaria, el legislador venía incriminando a todos los participantes en ella. La LO 3/1989 eliminó la exigencia de lesiones en la riña tumultuaria: con-

virtió un delito de *resultado* en otro de *riesgo* y dejó subsistente el problema de individualizar la responsabilidad criminal de las lesiones producidas en la riña tumultuaria.

*Artículo 155.*—Tiene su antecedente en el primer apartado del artículo 428 del Código Penal anterior. Entre los requisitos exigidos al consentimiento no figura uno que parece fundamental: ha de ser *previo* a la lesión aunque tal condición puede hallarse implícita en la expresión "si ha *mediado* el consentimiento".

El autor de lesiones que actúa con consentimiento del sujeto pasivo sólo podrá beneficiarse de la pena inferior en uno o dos grados —como señala este artículo— si las producidas no rebasan el alcance del consentimiento del ofendido; en otro caso, será responsable directo del exceso en que incurra.

La autolesión es impune en el Código Penal. El contenido del artículo 422 del Código Penal anterior —en que se penaba la *automutilación* o la *prestación de consentimiento* para ser mutilado con el fin de eximirse del Servicio Militar o de un servicio público— no ha sido incorporado al Código Penal. La autolesión de un *militar* o la prestación de su consentimiento para ser inutilizado con el fin de eximirse del servicio o la conducta de *cualquiera* dirigida a procurar, a un militar, la inutilización con tal propósito, se hallan penadas en el artículo 125 del Código Penal Militar.

Termina el artículo 155 declarando la invalidez del consentimiento otorgado por un menor de edad o por un incapaz para ser lesionado.

*Artículo 156.*—En términos generales, reproduce el contenido del segundo apartado del artículo 428 del Código Penal anterior al que añade algunas precisiones respecto al consentimiento —exige que sea *válida* y *conscientemente* otorgado— y otras sobre la autorización judicial para la *esterilización* impune de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica: tal autorización ha de adoptarse tomando, *como criterio rector, el del mayor interés del incapaz* y acordarse *bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en expediente de jurisdicción*

*voluntaria, tramitado con posterioridad* a dicho procedimiento.

El trasplante de órganos supone la previa pérdida, en el donante, del órgano a trasplantar y, en el receptor, del órgano a desechar; tanto el trasplante como la esterilización o la cirugía transexual están penadas en el artículo 149. El artículo 156 exime de responsabilidad al facultativo que realice cualquiera de esas operaciones siempre que se cumplan los requisitos exigidos para la validez del consentimiento emitido por los sujetos pasivos o, en su caso, de la autorización judicial y, tratándose de trasplantes, se efectúen además con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regula esta materia (Ley 30/1979).

#### Título IV. De las lesiones al feto

*Artículo 157.*—El Código Penal introduce un nuevo artículo para proteger la integridad corporal, el normal desarrollo y la salud física y mental del feto. La acción típica consiste en *causar, en un feto, una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque, en el mismo, una grave tara física o psíquica.*

Este artículo castiga la acción típica cuando se comete dolosamente; el delito ejecutado por *imprudencia grave* está penado en el artículo 158.

La acción puede ser perpetrada por cualquier persona, no sólo por facultativos. La pena de prisión va acompañada de la de inhabilitación especial (42).

La generalidad de los términos en que está redactado el artículo hace irrelevante el lugar en que se produzca el hecho y el medio o procedimiento utilizado en su ejecución; la embarazada no queda exenta de la responsabilidad penal que le pueda corresponder por su propia conducta. Tampoco parece necesario que el responsable tenga previo conocimiento del embarazo de la mujer; las lesiones que, además, pueda producir a la embarazada, se castigarán por separado de acuerdo con los preceptos contenidos en el Título III.

La omisión de toda referencia a la *conspiración, proposición* o *provocación* convierte

en impunes esas formas de participación. El consentimiento de la madre es irrelevante pues el sujeto pasivo es el feto.

Es un delito de resultado que se corresponde normalmente con el grado de consumación, aunque puede darse en grado de tentativa; puede concurrir con delito de lesiones o con falta contra las personas producidos en la madre.

*Artículo 158.*—Penaliza los hechos descritos en el artículo 157 cometidos tanto con *imprudencia grave* como con *imprudencia profesional*. Como se dijo al comentar el artículo 157, tal profesión no se refiere sólo a la de facultativo (222), sino a cualquiera otra y a todo oficio o cargo. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

Omite este artículo toda referencia a la *imprudencia leve* con la que puede ejecutarse la acción típica descrita en el artículo 157. En principio, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 621.3, parece que tales lesiones, producidas mediando *imprudencia leve*, deberían castigarse como falta pero, salvo mejor criterio que la jurisprudencia pueda aportar en el futuro, creemos que las lesiones al feto sólo son perseguibles cuando resulten constitutivas de delito.

La gravedad o profesionalidad de la *imprudencia* serán elementos a constatar con ocasión de los hechos; normalmente habrá que esperar al nacimiento del feto para comprobar si presenta la lesión, enfermedad o tara que constituyen el resultado necesario de la acción típica: si no las presenta, no habrá existido ilícito penal.

#### Título V. Delitos relativos a la manipulación genética

*Conceptos.*—Las células que integran el organismo humano poseen, en el núcleo, cuarenta y seis  *cromosomas* dispuestos en veintitrés pares. Cada par de cromosomas está formado por una larga estructura, en forma de escalera de cuerda, constituida por dos filamentos unidos entre sí mediante enlaces químicos entre moléculas complejas llamadas nucleótidos; la estructura de cada par

de cromosomas está protegida por una membrana (matriz). Un par de cromosomas humanos contiene millones de nucleótidos. Los cromosomas almacenan ordenadamente el material genético hereditario: son responsables de transmitir, de una generación a otra, los factores hereditarios llamados *genes*.

Un *gen* es una parte de cromosoma que, como unidad, se transmite a través de generaciones sin modificarse; un gen controla la realización de un carácter del individuo como puede ser, por ejemplo, el color del pelo. Los genes aseguran la transferencia de información hereditaria de padres a hijos. El *genotipo* es el conjunto de los genes existentes en cada uno de los núcleos celulares de los individuos pertenecientes a una determinada especie animal o vegetal; es responsable de determinar, ante la influencia de un medio ambiente determinado, el aspecto morfológico del individuo.

Pero el *espermatozoide* (gameto masculino) y el *óvulo* (gameto femenino) tienen sólo veintitrés cromosomas; cuando un espermatozoide fecunda un óvulo, ambos se funden en una sola célula (*cigoto*) y acoplan sus respectivos cromosomas para formar los veintitrés pares (cuarenta y seis cromosomas) característicos de la especie humana. La información genética, procedente tanto de la madre como del padre, concurre a determinar la realización de un carácter concreto en el feto; en el cigoto existen dos genes —uno materno y otro paterno— portadores de información determinante de un particular rasgo del nuevo ser: el gen que imponga la información que posee será *dominante* y el otro, *recesivo*. El gen recesivo no ha perdido la información que contiene; las células *germinales* —con cuarenta y seis cromosomas dispuestos en veintitrés pares y cuyo fin es producir gametos— que ese ser produzca en su día, se duplicarán para formar dos gametos con sólo veintitrés cromosomas cada uno; el gen recesivo formará parte del contenido genético de uno de éstos y, si se une con otro gameto —procedente de persona de sexo contrario— para formar un cigoto, puede tener oportunidad de resultar dominante y manifestarse en un carácter concreto. Por esa razón,

los hijos pueden parecerse más a sus abuelos o bisabuelos que a sus padres.

El último par de los cromosomas humanos determina el sexo: en el varón, ese par de cromosomas es XY; en la mujer, es XX. La división de la célula germinal en dos gametos se traduce en que la mitad de los espermatozoides del hombre terminan en X y la otra mitad en Y; todos los de la mujer terminan en X. Si el óvulo es fecundado por un espermatozoide terminado en X, el nuevo ser será mujer (XX); si termina en Y, será varón (XY).

La reproducción de los seres vivos se rige por leyes naturales; el ser engendrado presentará los caracteres resultantes del libre juego de oportunidades que los genes —tanto del padre como de la madre— han tenido para manifestarse. Ese ser tiene derecho a recibir la herencia genética de sus progenitores; pero la Humanidad dispone hoy de técnicas para manipular los genes de las distintas especies. La procreación humana, como inicio del proceso vital de una nueva persona, está amenazada por peligros concretos que hacen necesaria una eficaz protección jurídica.

Con independencia de los límites que la moral impone en esta materia, el Código Penal exige que la fecundación de óvulos humanos sólo puede tener, como fin, la procreación humana. Esa fecundación se produce, de ordinario, mediante la unión carnal de hombre y mujer. Pero también puede producirse introduciendo los espermatozoides, mediante procedimientos clínicos, en el útero de la mujer (inseminación artificial) o extrayendo un óvulo de la mujer, fecundándolo e implantándolo después en el útero femenino (fecundación in vitro).

Cualquiera que sea el procedimiento de fecundación, el cigoto así formado inicia un desarrollo que terminará, normalmente, configurando una nueva persona: la célula inicial se duplica y así lo harán sucesivamente las que resulten de esa división. A partir de cierto momento, las células se irán diferenciando —de acuerdo con su herencia genética— para conformar los diferentes tejidos o elementos que integran la anatomía del nuevo ser. Pero, en los primeros días subsiguientes a la fecun-

dación del óvulo, las células resultantes de la duplicación son idénticas entre sí. Si, una vez vaciado el contenido de otro óvulo, se introduce en su interior una de esas células, iniciará el proceso de sucesiva división hasta formar un nuevo individuo. Este procedimiento se denomina *clonación* y, al aplicarlo, se consigue el mismo efecto que se logra con la fecundación: comenzar el proceso de formación de un ser vivo. Si se dispone de óvulos suficientes, se podrá repetir el procedimiento tantas veces como células no diferenciadas existan en el cigoto inicial; los nuevos seres serán idénticos entre sí porque todos tienen la misma herencia genética: serán seres *clónicos*.

La capacidad de intervenir artificialmente en la procreación humana, la de producir seres por clonación y la posibilidad de seleccionar a mujeres y hombres que aporten su herencia genética para generar ejemplares privilegiados e idénticos —del sexo que se desee— de la especie humana son elementos suficientes para asegurar sistemas de *selección* en las distintas razas que pueblan el mundo. Si sólo algunos seres humanos tuvieran el privilegio de procrear fallaría, en el ser que debe dominar la Tierra, el ejercicio del derecho de todo ser vivo a reproducirse y a transmitir, a sus descendientes, sus propios genes. Es preciso poner límites a la iniciativa del hombre y controlar el empleo de la ciencia porque no todo lo posible es lícito o moral.

*Artículo 159.*—La acción típica prevista en el número 1 de este artículo consiste en *manipular genes humanos con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves y de manera que se altere el genotipo*. No se trata de manejar espermatozoides u óvulos ni de fecundarlos; este artículo sanciona la *alteración del genotipo*, expresión que sólo tiene sentido cuando se ha producido la fecundación de un óvulo, es decir, cuando está completa la herencia genética de un futuro ser humano porque ya se hayan unido los cromosomas procedentes del padre y de la madre.

Aunque se puedan efectuar manipulaciones genéticas sobre el espermatozoide o

sobre el óvulo, carece de sentido situar la acción típica en momento anterior a la fecundación porque no existe aún titular del bien jurídicamente protegido en este artículo. El sujeto pasivo ha de ser un feto —cualquiera que sea su grado de desarrollo— o una persona independiente.

La acción típica sólo es punible cuando se efectúa con fines distintos a la *eliminación o disminución de taras o enfermedades graves* de forma que si se produce buscando dicha finalidad, la alteración del genotipo resulta impune.

Tal alteración puede ser apreciable a una manipulación genética o a simple vista, pero —especialmente, en el caso del feto— quedará la duda de si la originalidad del rasgo se debe a la manifestación de un gen que ha permanecido recesivo durante generaciones. Para comprobar que se ha producido el resultado previsto en este precepto, será preciso aplicar los procedimientos de determinación de ADN en el sujeto pasivo y compararlo con otros resultados analíticos anteriores del mismo sujeto o con los obtenidos al estudiar los genes de quienes son su padre y madre por naturaleza, pues el nuevo ser no puede contener información genética que no haya sido aportada por éstos. Esta última vía resultará fallida en el caso de padre ausente o desconocido. La alteración del genotipo puede tener claras repercusiones en las figuras típicas en que actúe la circunstancia modificativa mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal y en los delitos de *suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor* descritos en sus artículos 220 y 221, además de su trascendencia en el campo del Derecho civil.

La acción tipificada en el artículo 159.1 es dolosa; si se realiza con imprudencia grave, estaría contemplada en el número 2 de este precepto. No contempla la ley la comisión de este delito por imprudencia leve.

Sujeto activo puede ser cualquiera; el precepto utiliza el plural "*los que*" como si este delito no pudiera ser cometido a título individual. Parece claro que la manipulación genética es actividad compleja que requiere, en la actualidad, la intervención de varias personas

y la disponibilidad de ámbito e instrumental adecuados. Los responsables de este delito pueden cometer además el de *intrusismo*, tipificado en el artículo 403, si carecen de la titulación exigible a la actividad que desarrollen. La expresión *manipular genes humanos* describe una actividad realizada directamente sobre la herencia genética del sujeto pasivo; queda excluida de este precepto la mutación genética que pueda producirse como consecuencia accidental de actuaciones de cualquier tipo sobre el sujeto pasivo.

*Artículo 160.*—La acción típica consiste en utilizar la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana. El precepto omite otras conductas que podrían ser motivo de atención penal; tales serían, por ejemplo, las de comprar, vender, transportar, tener o almacenar esas armas. La sanción de estas acciones ha de buscarse, según los casos, entre los delitos de *riesgo* tipificados en los artículos 348 y siguientes, en el 563 que castiga la *tenencia* de armas prohibidas o en el 607 que tipifica el delito de *genocidio*.

Por *arma biológica* puede entenderse, en este caso, aquella que está diseñada para afectar al genotipo del sujeto pasivo de manera que produzca malformaciones, limitaciones o enfermedades físicas o psíquicas en sus descendientes. *Arma exterminadora de la especie humana* puede ser aquella que impide la capacidad de la especie humana para reproducirse bien sea porque anule la fertilidad de las personas afectadas o la de sus descendientes o porque produzca descendientes de un solo sexo o de un solo sexo fértil.

Para perpetrar este delito no es preciso emplear las mencionadas armas; basta utilizar la ingeniería genética con la finalidad de producirlas.

Sujeto activo puede ser cualquiera; sujeto pasivo es la persona como miembro de la especie humana.

*Artículo 161.*—La acción típica descrita en el número 1 de este artículo consiste en *fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto*

a la procreación humana. No sanciona la manipulación de óvulos o espermatozoides, pero sólo permite la fecundación del óvulo humano con fines de procreación humana. Es punible tanto la fecundación de óvulos humanos—cualquiera que sea el origen del gameto masculino— con fines puramente experimentales como su implantación, una vez fecundado, en el útero de hembras de otra especie. Por más que lo rechace la ética, el tipo no parece extensible a la fecundación de óvulos de cualquier especie animal con espermatozoides humanos.

Sólo un porcentaje reducido de los óvulos humanos artificialmente fecundados contribuye con éxito a la procreación humana; no es punible la fecundación de un exceso de óvulos para cada caso concreto de procreación artificial. El precepto elude el tratamiento del destino que deban recibir esos proyectos, ya iniciados, de vida humana.

Es de advertir que el Código Penal no exige prueba alguna de esterilidad en la mujer receptora del óvulo fecundado ni en el hombre que pudiera convivir con ella. Tampoco exige previa determinación de la mujer que ha de recibir el óvulo fecundado ni la intermediación entre la fecundación del óvulo y la implantación del cigoto. Los principios de interpretación restrictiva de las leyes penales obligan a prescindir de tales consideraciones en el análisis de conductas de posible relevancia jurídica.

Sujeto activo puede ser cualquiera; el artículo utiliza la expresión plural "*quienes*". Sujeto pasivo es el ser cuyo proceso de desarrollo se ha iniciado con la fecundación del óvulo femenino.

En su número 2, el artículo 161 castiga la *creación de seres humanos idénticos por clonación* y el uso de *procedimientos dirigidos a la selección de la raza*. La acción típica del primer supuesto consiste en utilizar las posibilidades que ofrece la clonación para producir seres humanos; puede sobrar la expresión *idénticos* porque la identidad de resultados es elemento inherente a este sistema de reproducción. El Código Penal sanciona todo sistema de perpetuación de la especie que no resulte de la unión de un espermatozoide y de

un óvulo humanos. En el segundo caso, utiliza la palabra *raza*; parece más acertado que el legislador hubiera empleado la expresión *especie humana* y que castigara cualquier procedimiento destinado a conseguir determinados prototipos de persona utilizando genes de progenitores seleccionados; en todo caso, cada persona pertenece a una u otra raza y la humanidad entera está formada por razas más o menos definidas.

Este delito es doloso; la lógica rechaza la comisión por imprudencia. Es posible la tentativa de delito.

*Artículo 162.*—La acción típica consiste en practicar reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento. Tal reproducción puede consistir en la inseminación artificial o en la fecundación in vitro con posterior implantación, en su útero, de un cigoto resultante de fecundar un óvulo propio o procedente de otra mujer. El texto de este artículo no contempla el denominado *alquiler de úteros*; las consecuencias penales de utilizar el útero de una mujer para implantar un óvulo de otra mujer, ya fecundado, a fin de engendrar un nuevo ser con el propósito de que sea hijo de la mujer que aportó dicho óvulo, deben buscarse en los artículos 220, 221 y 222.

Incorre en responsabilidad quien realice la acción típica sin el consentimiento previo, válido y expreso de la mujer.

Este delito no puede perseguirse de oficio; es precisa la denuncia de la mujer agraviada o de su representante legal. El Ministerio Fiscal podrá denunciar las acciones típicas cometidas contra el menor de edad, el incapaz o la persona desvalida; cualquiera podrá poner en conocimiento de dicho Ministerio los casos en que esas personas, imposibilitadas para ejercer eficazmente sus derechos, resulten sujetos pasivos de este delito.

*Concordancias.*—Con los artículos comprendidos entre el 147 y el 162 del Código Penal, concuerdan los siguientes preceptos del mismo texto: 22, 23, 25, 42, 47, 57, 61, 65, 67, 73, 74, 77, 94, 96, 109, 113, 116, 129, 139, 140, 145, 146, 169, 170, 172, 173, 174, 177, 180, 191, 222, 225, 229, 231, 232, 242, 245, 284, 316, 325, 328, 341, 342, 343, 346, 348, 349 a 352, 359 a 369, 381 a 384, 455, 457, 464, 486, 550, 552, 554, 557, 571, 572, 577, 578, 605, 607, 617, 621 y 630.

#### BIBLIOGRAFIA

- **Instrumentación genética**, de Angel Santos Ruiz (Libros mc).
- **Nuevas técnicas de reproducción humana**, de Javier Gafu (Universidad Pontificia de Comillas).
- **Persona Humana y Procreación artificial**, de Fernando Monge (Libros mc).
- **Fecundación in vitro y Estatuto del embrión**. Cuadernos de Bioética número 21/1995.