

LOS DELITOS DE LESIONES. ESPECIAL REFERENCIA A LAS LESIONES AL FETO.

Fernando Suanzes Pérez.
Fiscal T.S.J.Galicia-La Coruña.
Profesor Dº.Penal-Facultad La Coruña.

INTRODUCCIÓN.

Los delitos de lesiones se regulan en los arts.147 a 152 del Código penal de 1995, mientras que las faltas de lesiones aparecen en los arts.617 y 621.

Con respecto a su evolución histórica¹, baste señalar que el Código penal de 1995 se ha limitado a profundizar en las orientaciones político-criminales que habían sido marcadas en 1989, año en que se produce un cambio sustancial en la consideración tradicional de las lesiones en el Código penal de 1973, hoy derogado². La doctrina se ha mostrado, en general, favorable a la nueva regulación, en la que se aprecian indudables mejoras, pero ha puesto de relieve que se mantiene un casuismo todavía excesivo, como veremos, añadiendo que el tratamiento del consentimiento en las lesiones sigue sin ser satisfactorio.

Dedicaremos las siguientes páginas a analizar los diferentes tipos de lesiones, terminando la exposición sobre este tema con una referencia extensa al efecto del consentimiento de la víctima en relación con la punibilidad del autor de lesiones. Todo ello precedido por una breve referencia a algunas cuestiones comunes a los delitos y faltas de lesiones.

¹ Vid. ampliamente, MORALES PAYÁN, M. A.: **La configuración legislativa del delito de lesiones en el Derecho histórico español**. Madrid, 1997. Más sintético, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: **Los delitos de lesiones**. Valencia, 1997, págs.11 y siguientes.

² Sobre esta importante reforma de 1989, vid. entre otros, BOIX REIG/ ORTS BERENGUER, E./ VIVES ANTÓN, T. S.: **La reforma penal de 1989**. Valencia, 1989.

CUESTIONES COMUNES.

Bien jurídico protegido y concepto de lesión

Tradicionalmente ha existido una cierta polémica en torno al bien jurídico protegido por los delitos de lesiones, aunque su esencia se capta intuitivamente. La integridad corporal o física ha constituido el objeto de protección en el que siempre han coincidido doctrina y jurisprudencia³.

Ahora bien, los delitos de lesiones no protegen únicamente la integridad corporal o física, esto es, el estado del cuerpo en su concreta plenitud anatómico-funcional interna y externa, que resulta vulnerada a través de toda pérdida, inutilización, menoscabo o desfiguración de los órganos, miembros o partes del cuerpo⁴. Este objeto de protección sería reduccionista en exceso, por desconocer la vertiente psíquica⁵. La integridad corporal no es el bien jurídico protegido porque se trata de un bien instrumental, que forma parte de la salud pero que, en determinados casos, puede resultar contraria a ésta: por ejemplo, en las intervenciones quirúrgicas que consisten en la extirpación de un órgano que quebranta la salud, como un pie gangrenado. Si consideramos que la integridad física es el bien jurídico, estas operaciones serían típicas, aunque justificadas, lo que no puede admitirse por absurdo.

La consideración de la salud como bien jurídico protegido permite incorporar al ámbito de protección las alteraciones morbosas que no supongan una afectación a la integridad anatómico-funcional, incluyendo las de naturaleza psíquica⁶.

La doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido en las lesiones es la salud de las personas, en sus vertientes física y psíquica. Este bien jurídico tiene un directo reconocimiento constitucional en el derecho fundamental a la integridad física y moral recogido en el art.15 CE.

La lesión es el resultado de los delitos de lesiones, un menoscabo efectivo de la salud que exige una primera asistencia facultativa.

Se discute en la doctrina si la conversión de una persona en seropositiva, en portadora del virus del SIDA, es ya suficiente para hablar de un resultado de lesiones, o bien si es preciso superar la fase de latencia y que se comience a desa-

³ Vid. por todos, DÍEZ RIPOLLÉS en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L. (coords.): **Comentarios al Código penal. Parte especial. I.** Valencia, 1997, pág.326.

⁴ Sobre esta definición de integridad corporal, vid. DÍEZ RIPOLLÉS: **Los delitos de lesiones.** cit. pág.18.

⁵ Así, entre otros, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: **El delito de lesiones.** Salamanca, 1982, pág.15; DÍEZ RIPOLLÉS: **Los delitos de lesiones.** cit. pág.19.

⁶ Así, cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: **El delito de lesiones.** cit. pág.16; DÍEZ RIPOLLÉS: **Los delitos de lesiones.** cit. págs.19 y siguientes.

rollar la enfermedad. La doctrina mayoritaria (DÍEZ RIPOLLÉS) se inclina por la tesis más amplia, entendiendo que la cualidad de seropositivo supone ya la adquisición de una enfermedad física.

Sujeto pasivo y objeto material

El sujeto pasivo y objeto material de estos delitos es todo ser humano con vida independiente. Se excluyen tanto los muertos como quienes sólo poseen vida dependiente⁷.

La referencia a “otro” en relación al sujeto pasivo de estas conductas, además del reconocimiento limitado de la disponibilidad de la salud, permite concluir que las autolesiones son impunes. Por razones similares también es impune el consentimiento para ser lesionado⁸. Y dada la impunidad de las autolesiones, en virtud del principio de accesoriedad de la participación, y a falta de una tipificación expresa de todas o alguna de sus modalidades, como sin embargo sucede en el suicidio, tampoco es punible la participación en las autolesiones⁹. Ahora bien, sí es punible la causación de lesiones consentidas, como veremos más adelante.

Quedan fuera de estos preceptos aquellas personas que gozan de protección autónoma en otros tipos, como el rey, sus ascendientes o descendientes, la reina consorte, el consorte de la reina, el regente o cualquier miembro de la regencia o el príncipe heredero de la corona (art.486), el Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por un tratado (art.605. 2 y 3), los miembros del Gobierno o parlamentarios del Estado o de las Comunidades autónomas, miembros del Consejo General del Poder Judicial, magistrados del Tribunal Constitucional, la autoridad o sus agentes o funcionarios públicos o quienes les auxilien, o una fuerza armada (arts.550 a 556).

Actos preparatorios

Se sancionan expresamente los actos preparatorios (conspiración, proposición y provocación para delinquir), a tenor de lo expresado en el art.151¹⁰.

⁷ Sobre la delimitación entre el objeto material en el delito de aborto y en el delito de homicidio, vid. la ponencia referida al delito de aborto.

⁸ Que en ocasiones no es más que una variedad de la participación del que consiente en las lesiones a las que consiente, participación impune por las razones expuestas.

⁹ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.): **Comentarios, I.** cit. pág.343.

¹⁰ Art.151: “La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos precedentes de este Título, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente”.

La punición de estos actos preparatorios en los delitos de lesiones se justifica por la elevada consideración del bien jurídico protegido, que lleva a adelantar la barrera de protección.

LOS TIPOS DE LESIONES.

El tipo básico

Se contiene en el art.147. 1^º.

Estamos ante una acción típica de medios indeterminados, ya que puede ser realizada “por cualquier medio o procedimiento”. Esta formulación permite incluir en el tipo tanto comportamientos en que se empleen medios violentos, es decir, aquellos en que se utilice fuerza física sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como comportamientos que, sin ejercer fuerza física sobre la víctima, tienen virtualidad para incidir sobre su salud. Por ejemplo, la administración o puesta en contacto con sustancias tóxicas o perjudiciales (ingestión de venenos, aspiración de gases, lanzamiento de ácido), la realización de conductas transmisoras de enfermedades (transfusiones de sangre infectada, prácticas sexuales en condiciones insalubres), o la colocación de la víctima en un medio hostil (altas o bajas temperaturas, inmersión en agua, contactos eléctricos, área radioactiva...). También deben incluirse los medios de naturaleza psíquica, como el suministro de informaciones especialmente sensibles que producen emociones intensas, tratos especialmente desconsiderados o reproches continuados que desencadenan situaciones de angustia o pérdida de autoestima, reacciones de susto o de temor.

La referencia a cualquier medio o procedimiento facilita el castigo de la comisión por omisión. Por otra parte, esta misma referencia permite la inclusión del contagio.

El resultado típico consiste en la causación de un menoscabo de la salud que haga precisa una primera asistencia facultativa. El tratamiento médico o quirúrgico es un *plus* sobre ésta, que presupone que el resultado es más grave cuanto mayor complejidad técnica requiera su cuidado. Esto quiere decir que una

¹¹ Art.147. 1: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.

reiteración de conductas de asistencia no lleva necesariamente al concepto de tratamiento¹², como aclara el propio precepto.

Entre el resultado típico y la acción ha de mediar la relación de causalidad.

Esta relación no existe en los supuestos, doctrinalmente discutidos, en que el comportamiento posterior de la víctima o de un tercero contribuye a una agravación de la lesión típicamente relevante (por ejemplo, pérdida de la visión o deformidad provocada por la negativa de la víctima a recibir tratamiento médico o por un error médico subsiguiente), de forma que el resultado más grave no será imputado objetivamente al causante de la primera lesión, siempre que el suceso se haya desarrollado de modo exclusivo en la esfera de responsabilidad del sujeto pasivo o del tercero.

Con motivo de las infecciones por el virus del SIDA, en las que, tras una breve fase sintomática y un largo período de latencia asintomático (que puede llegar a 15 años), se produce en una última fase la muerte del infectado, por lo general a consecuencia de infecciones oportunistas o procesos cancerígenos, se ha planteado la cuestión de si, dado el largo período de tiempo transcurrido, puede imputarse el resultado de muerte al comportamiento doloso de infección. La respuesta afirmativa permite hablar de un homicidio, por lo general intentado ya que el proceso tendrá lugar normalmente antes de que se haya producido la muerte. Para DÍEZ RIPOLLÉS¹³, la respuesta ha de ser negativa: la conducta da lugar a una enfermedad que origina un acortamiento de la vida, y ello se prevé ya en el art.149, que contiene una figura agravada de lesiones corporales consistente en la causación de una grave enfermedad somática o psíquica; además, la muerte no es consecuencia directa del SIDA, sino de otras enfermedades oportunistas.

Aspecto subjetivo.

En el aspecto subjetivo es necesario el dolo, que debe abarcar, además de la acción u omisión típicas, la producción de un menoscabo a la salud que requiera objetivamente para su sanidad un tratamiento médico o quirúrgico.

¹² En este sentido, vid. MUÑOZ CONDE, F.: **Derecho Penal. Parte Especial**. Valencia, 1996, págs.107 y siguiente; DÍEZ RIPOLLÉS en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN: **Comentarios, I.** cit. pág.352. En contra CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S./ BOIX REIG, J./ ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC: **Derecho penal. Parte especial**. Valencia, 1996, págs.790 y siguiente.

¹³ En DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.): **Comentarios, I.** cit. págs.361 y siguientes.

Si concurre imprudencia grave se aplicará el art.152. 1. 1º, 2º y 3º¹⁴, a no ser que concurren los criterios específicos de medición de pena del art.147. 2, en cuyo caso se aplicará, previa denuncia, la falta del art.621. 1. Si la imprudencia es leve se aplicará la falta del art.621. 3º, 4º o 5º¹⁵, en el caso de que medie denuncia, ya que si no es así no podrá procederse por esta conducta¹⁶.

Los conceptos de imprudencia grave y leve sustituyen a la tradicional distinción entre imprudencia temeraria y simple. La jurisprudencia caracteriza la forma más grave acudiendo a parámetros tales como la eliminación de la atención más absoluta, la ausencia de los cuidados más elementales que la vida de relación exige... Por el contrario, la imprudencia leve supone la omisión de la atención normal o debida, o la omisión de la diligencia media acostumbrada en la esfera en la que se desarrolle la actividad de que se trate. Se suele afirmar la gravedad de la imprudencia en los casos de error en el uso de armas por parte de cazadores o miembros de cuerpos armados o agentes de seguridad, en la conducción bajo la influencia de drogas o alcohol, la desatención a una señal de stop, el adelantamiento peligroso, etc.

Si la víctima ha contribuido al hecho mediante una actuación imprudente, el Tribunal Supremo convierte la imprudencia grave en leve atendiendo al menor reproche social de la conducta o a la menor previsibilidad del hecho. Esta postura puede sostenerse desde tesis víctima-dogmáticas, operando con argumentos como la disminución de la necesidad o el merecimiento de la tutela, pero ha recibido la crítica de un sector doctrinal que le reprocha incurrir en una privatización de los conceptos penales (la compensación de culpas es una teoría elaborada para la responsabilidad civil).

¹⁴ Art.152. 1: “El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:

1º. Con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana si se tratare de las lesiones del artículo 147. 1.

2º. Con la pena de prisión de uno a tres años si se tratare de las lesiones del artículo 149.

3º. Con la pena de prisión de seis meses a dos años si se tratare de las lesiones del artículo 150”.

¹⁵ Art.621: “3. Los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito, serán castigados con pena de multa de quince a treinta días.

4. Si el hecho se cometiera con vehículo a motor o ciclomotor, podrá imponerse además, respectivamente, la privación del derecho a conducirlos por tiempo de tres meses a un año.

5. Si el hecho se cometiera con arma podrá imponerse, además, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres meses a un año”.

¹⁶ Art.621. 6: “Las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

Téngase en cuenta que, en virtud de la Disposición Adicional Tercera del CP, “cuando, medianamente denuncia o reclamación del perjudicado, se incoe un procedimiento penal por hechos constitutivos de infracciones previstas y penadas en los artículos 267 y 621 del presente Código, podrán comparecer en las diligencias penales que se incoen y mostrarse parte todos aquellos otros implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados, cualquiera que sea la cuantía de los daños que reclamen”.

Iter criminis.

Caben las formas imperfectas de ejecución. No existen en este ámbito peculiaridades dignas de mención.

Tipo privilegiado

Se regula en el art.147. 2¹⁷.

Concurriendo todos los elementos del tipo básico necesarios para la consideración de la lesión como delito, y en atención a la menor gravedad del medio empleado o del resultado producido, se establece una pena inferior a la del tipo básico.

El amplio arbitrio judicial para valorar la gravedad ha dado lugar a críticas por parte de la doctrina¹⁸.

Tipos agravados

a) Por la modalidad comisiva o la edad de la víctima.

Se contiene en el art.148¹⁹.

Se trata de un tipo agravado de facultativa aplicación por los Jueces y Tribunales.

Debe puntualizarse que los supuestos previstos en este art.148 no suponen por sí mismos motivos de agravación, sino que se debe atender también al resultado o riesgo producido para la salud.

En el aspecto subjetivo, el dolo debe abarcar también las circunstancias que dan lugar a la agravación.

¹⁷ Art.147. 2: “No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido”.

¹⁸ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.): **Comentarios, I.** cit. pág.371.

¹⁹ Art.148: “Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1º. Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2º. Si hubiere mediado ensañamiento.

3º. Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz”.

El núm.1 tiene la estructura típica de un delito compuesto en el que se exige la concurrencia del tipo básico del art.147. 1 al que se añade la simultánea realización de un tipo de peligro concreto para la vida o la salud de las personas.

El núm.2 introduce el término “ensañamiento”, que podemos definir como el aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido (art.139. 3^o, en sede de asesinato). Este aumento debe ser innecesario para la ejecución del plan del autor.

El núm.3 se fundamenta en el especial aseguramiento de la ejecución que se deriva de que la víctima sea un menor de doce años o un incapaz. Constituye una variante específica de la circunstancia genérica de abuso de superioridad (art.22. 2^o). Téngase en cuenta que no basta con una víctima de estas características, sino que las mismas han favorecido un mayor peligro para el bien jurídico.

Estamos ante un tipo alternativo, por lo que la presencia simultánea de dos o más modalidades de agravación del art.148 no modificará la penalidad correspondiente por una sola de ellas, sin perjuicio de que las restantes se reconduzcan a una agravante genérica.

B) Por el resultado.

Los arts.149²² y 150²³ constituyen figuras agravadas de lesiones con un resultado diferenciado, que pasamos a analizar en detalle a continuación.

- Pérdida o inutilidad de un órgano o miembro.

Si es principal, será abarcado por el art.149, si no lo es, por el 150. La distinción conceptual entre órgano y miembro no tiene relevancia penal, así que no entraremos en ella. Entre las partes del cuerpo que la jurisprudencia ha considerado órgano o miembro cabe citar: brazo, codo, muñeca, mano, dedo, pierna, rodilla, tobillo, pie, lengua, diente, nariz, ojo, oreja, oído, bazo, glándulas, riñón, hígano, pulmones, corazón, mamas femeninas, útero, trompas, ovario, clitoris,

²⁰ Art.139: “Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

3^o. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido”.

²¹ Art.22: “Son circunstancias agravantes:

2^o. Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente”.

²² Art.149: “El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años”.

²³ Art.150: “El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años”.

himen, pene y testículos. La inutilidad hace referencia a la ineficacia de la parte del cuerpo de que se trate para realizar la función que tiene atribuida, o alguna de ellas. La pérdida supone que, además de la inutilidad, se produce un menoscabo anatómico (una mutilación). La ineficacia funcional deberá ser definitiva, lo que no sucede con aquellas partes del cuerpo que se regeneran: piel, sangre, uñas, roturas de huesos.

Son órganos o miembros principales todos aquellos cuya ineficacia funcional supone un significativo acortamiento de la vida, afectan notablemente al estilo de vida o a las aspiraciones de la víctima al respecto (un dedo de un pianista), o suponen un descenso apreciable de la calidad de vida de la víctima.

La jurisprudencia ha considerado no principales los dedos de manos y pies, los dientes y el pabellón de la oreja, así como los ojos, testículos u oídos cuando sólo se pierde uno de los dos.

- Pérdida o inutilidad de un sentido.

Con el término sentido se alude a la función que llevan a cabo determinadas partes del cuerpo especializadas en captar estímulos del mundo exterior y en hacer llegar tal información al sistema nervioso central.

- Impotencia y esterilidad.

Con la esterilidad se alude a la incapacidad absoluta para procrear por medios naturales, que debe ser definitiva (y seguirá siendo definitiva aunque la incapacidad pueda superarse por procedimientos artificiales, como la reproducción asistida).

La impotencia alude a la incapacidad para realizar el coito por medios naturales, por lo que no es más que un supuesto de esterilidad específico que se menciona por su incidencia sobre el ejercicio de la sexualidad.

- Grave enfermedad somática o psíquica.

La calificación de una enfermedad como grave debe determinarse en virtud de las repercusiones que su padecimiento cause a la calidad de vida del afectado. La enfermedad ha de tener carácter permanente o definitivo, incluyéndose los casos en que, superada la enfermedad, quede de modo definitivo una cierta predisposición a contraer otras afecciones o una imposibilidad de adquirir el anterior nivel de salud.

- Deformidad.

Se incluye en el art.149 o en el 150 dependiendo de si es grave o no.

Estamos ante un concepto fuertemente valorativo, que responde a los criterios sociales de belleza y armonía corporal. La deformidad ha de ser visible y permanente.

La jurisprudencia ha considerado deformidad las cicatrices, quemaduras, manchas en la pigmentación de la piel, alteración del tabique o de las fosas nasales, hernias, jorobas, alteraciones en la movilidad del párpado, tics, pérdida de cabello... También se incluyen menoscabos parciales de miembros u órganos que no son abarcados en los supuestos que ya hemos visto, como roturas de dientes, disminuciones de los dedos, etc.

Por lo que concierne al aspecto subjetivo, el dolo debe ir referido a la producción de alguno de los resultados mencionados.

Se prevé la comisión por imprudencia. Si es grave, y como hemos tenido ya ocasión de ver, el art.152. 1. 2º y 3º establece un castigo diferenciado en correspondencia con las figuras dolosas de los arts.149 y 150.

Si la imprudencia no es grave, se acude al art.621. 3, siempre que medie denuncia.

Concursos

a) Entre los diversos tipos de lesiones.

Si queriendo realizar una falta de lesiones del art.617. 1 se da lugar a un resultado del tipo básico (art.147. 1) o de alguno de los tipos agravados (arts.149 y 150), se aprecia un concurso ideal de delitos entre la falta dolosa consumado y alguno de los delitos mencionados a título de imprudencia²⁴.

Si queriendo realizar un delito del tipo básico o de alguno de los agravados, se da lugar finalmente a un resultado de falta, se aprecia un concurso de leyes por consunción a favor de la tentativa del tipo básico o agravado frente a la falta dolosa consumada.

Si queriendo realizar un delito del tipo básico se da lugar a un resultado de los tipos agravados, se aprecia un concurso ideal de delitos entre el tipo básico doloso consumado y un tipo agravado imprudente.

Si queriendo realizar un delito de los tipos agravados se da lugar en realidad a un resultado del tipo básico, de acuerdo con DÍEZ RIPOLLÉS²⁵ hay que apreciar un concurso de leyes por consunción a favor de la tentativa de lesiones agravadas en detrimento del tipo básico doloso consumado. Me parece preferible

²⁴ Así, cfr. DÍEZ RIPOLLÉS en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.): **Comentarios, I**. cit. pág.409.

²⁵ En DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.): **Comentarios, I**. cit. págs.410 y siguiente.

apreciar un concurso ideal de delitos entre la tentativa de lesiones agravadas y el tipo básico imprudente.

Parece innecesario señalar que en la práctica la dificultad de probar el animus concreto del agente, termine en su caso por aplicarse el tipo que contempla el sentido acontecido, salvo excepciones.

b) Con otros delitos.

Se da un concurso de leyes a resolver por el principio de especialidad en detrimento de las figuras genéricas de lesiones cuando el menoscabo a la salud incida sobre una persona que goce de protección autónoma en otros tipos.

En caso de pluralidad de víctimas, habrá tantos delitos como víctimas. Se descarta la apreciación del delito continuado, dada la naturaleza eminentemente personal del bien jurídico protegido.

Violencia habitual en el ámbito familiar

Se regula en el art.153²⁶.

La doctrina mayoritaria afirma que estamos ante una figura agravada de la falta de malos tratos en el ámbito familiar del art.617. 2, segundo párrafo²⁷, la cual es ya a su vez una agravación de la falta de malos tratos genérica, que se eleva al rango de delito en razón de la habitualidad y de las relaciones personales, familiares o cuasifamiliares existentes entre el autor y la víctima. Para CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC, se tutela la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y su derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes. Para GRACIA MARTÍN sin embargo se tutela el mismo bien jurídico que en las lesiones, esto es, la salud.

²⁶ Art.153: “El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”.

²⁷ Art.617. 2: “El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

Cuando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos, o ascendientes, siempre que con él convivan, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses”.

Sujetos activo y pasivo.

Los sujetos activo y pasivo son personas que se encuentran ligadas jurídica o fácticamente mediante una relación de convivencia: cónyuges convivientes en relación estable de afectividad análoga a la conyugal, hijos propios o del otro cónyuge o convivente, tutores y pupilos, descendientes y ascendientes, el incapaz y quienes convivan con él o le tengan sometido a su potestad, tutela, curatela o guarda de hecho. Estamos ante un delito especial propio.

Conducta típica.

La conducta típica consiste en el ejercicio reiterado de violencia física por parte de una persona sobre otra de las que pertenecen al ámbito de la relación de convivencia. No se requiere resultado alguno. Estamos ante un delito de peligro abstracto para la salud de las personas.

La violencia ha de ser física, esto es: golpes, zarandeos, empujones bruscos, heridas, con independencia de que causen o no un resultado lesivo. Se excluye completamente la violencia moral o “*vis compulsiva*”, así como la fuerza en las cosas.

Es admisible la comisión por omisión, siempre que concurren los requisitos del art.11²⁸. Piénsese, por ejemplo, en un padre que tolera conscientemente que, en su presencia, uno de sus hijos menores apalee violentamente a otro o al abuelo, sin hacer nada por impedirlo aunque tiene el dominio efectivo sobre el agente.

Se requiere habitualidad, que la jurisprudencia entiende como un mínimo de tres comportamientos violentos, mientras que la doctrina matiza que dicho criterio no puede asumirse matemáticamente, sino que los hechos deben responder a una cierta unidad de contexto y proximidad temporal. Ahora bien, estos tres comportamientos violentos no tienen que realizarse siempre sobre la misma víctima, siendo posible apreciar el delito cuando una vez la víctima ha sido el cónyuge, luego uno de los hijos y luego otro (GRACIA, DEL ROSAL BLASCO). En contra sin embargo la Fiscalía General del Estado en la circular 2/90, afirmando que no cabe sumar los maltratos aislados a distintos miembros. En contrapartida si se producen violencias habituales sobre distintos sujetos pasivos habrá tantos delitos como sujetos violentados.

²⁸ Art.11: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto, se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

Recientemente una nueva circular, la 1/98 de 21-10-98, sobre la persecución de malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, desarrolla lo anterior, en el siguiente sentido “De otra parte, la Circular 2/1990 -fruto del anterior marco jurídico- sostuvo que no cabe sumar los maltratos aislados a diferentes miembros de la familia para incluir de ello la habitualidad que el tipo exige. Tal afirmación debe ser matizada: sí cabrá sumar los actos violentos que recaigan sobre diferentes miembros de la familia, para apreciar la habitualidad, cuando determinadas circunstancias que habrán de ser valoradas en cada caso, tales como la convivencia en el mismo domicilio familiar de las víctimas, impliquen la existencia de un clima de violencia doméstica que suponga una perturbación que afecte al desarrollo de todos en el núcleo familiar, en cuyo caso sí estaremos ante un único delito del artículo 153 del C. penal”. Así mismo y adoptando una posición enérgica en relación con el irracional fenómeno de la violencia doméstica advierte la Circular 1/98, entre otras cuestiones: **a)** que para sumar los tres actos violentos puede computarse aquél que aisladamente considerado fuese falta y estuviese prescrito por haber transcurrido ya 6 meses. **b)** que el delito del art. 153 habrá de ser apreciado aunque por todas o algunas de las concretas conductas que determinan la habitualidad hayan recaído previos pronunciamientos penales condenatorios. **c)** admite como medida cautelar, durante el proceso el prohibir al denunciado acudir a determinados lugares como el de comisión del delito, el domicilio de la víctima o el de otros familiares (art. 13 LECr. y 57 C.P) y naturalmente la aplicación del art. 57 del C. penal en la sentencia condenatoria. **d)** Se crea en cada fiscalía un registro especial de causas de violencia doméstica, con un fiscal especialmente encargado de la coordinación de los asuntos por violencia familiar, y **e)** para los supuestos de violencia psíquica y en tanto no se modifique como parece ocurrirá, el C. penal, pueden reconducirse según el caso a los artículos 620.2; 617.1 ó 147; y 173 y 177 del C. penal.

En cuanto a causas de justificación, sólo cabe plantear la posibilidad de que el ejercicio habitual de violencia física esté amparada por el ejercicio legítimo del derecho de corrección. El derecho de corrección compete, según los arts.154 y 268 C.c., a los padres respecto de sus hijos menores y a los tutores respecto de los menores sometidos a tutela. Se trata de una cuestión muy controvertida:

a) Un sector doctrinal (CEREZO, CUELLO) afirma que el derecho de corrección puede justificar un acto aislado de violencia física que no cause lesión (constitutivo de una falta de malos tratos del art.617. 2), pero no el ejercicio habitual de la violencia. Se afirma que en el primer caso el castigo puede ser calificado como moderado y razonable, pero en el supuesto de empleo habitual de violencia, aunque sea con ánimo de corregir y sin causar lesiones, no puede considerarse ya tal.

b) Para otro sector de la doctrina (DEL ROSAL BLASCO, QUERALT), el derecho de corrección nunca justifica ningún uso de violencia física, sea aislado sea habitual.

c) Para un tercer grupo (GUALLART), el uso habitual o aislado de la violencia física con fines correccionales puede justificarse siempre.

En todo caso, el hábito en el exceso es constitutivo del tipo de injusto.

Iter criminis.

Al tratarse de un delito de mera actividad no cabe la tentativa.

Concursos.

Las relaciones concursales del art.153 son complejas.

Existirá concurso real de delitos cuando el autor haya realizado varios delitos de violencia física habitual sobre una pluralidad de sujetos pasivos pertenecientes al círculo que señala el precepto.

Si los actos aislados integrantes del delito habitual son constitutivos por sí mismos de una infracción penal (lesiones, homicidio, coacciones, amenazas, delitos contra la integridad moral), estaremos ante un concurso ideal de delitos.

Riña tumultuaria

Se regula en el art.154. Este delito carece de interés en el marco de este Curso, ya que se limita a establecer una sanción específica en los supuestos de riña tumultuaria²⁹.

Ya en 1989 se había procedido a la supresión de los antiguos delitos de homicidio y lesiones en riña tumultuaria, delitos que infringían los principios constitucionales de culpabilidad y presunción de inocencia. Por este motivo se procedió a la creación de un nuevo tipo delictivo que sanciona la participación en riña utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o la integridad de las personas, al margen de los resultados que se produzcan, imputables conforme a las reglas generales.

Sobre este tipo basta señalar que han de intervenir más de dos personas, como resulta de la expresión “acometiéndose tumultuariamente”, que llegan a las vías de hecho, no siendo suficientes las simples agresiones verbales.

²⁹ Vid. ampliamente, CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en BOIX y otros: **Parte Especial**. cit. págs.134 y siguiente.

LA CUESTIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES³⁰.

La función del consentimiento en las lesiones ha sido desde antiguo objeto de polémica. Los arts.155³¹ y 156³² realizan un pronunciamiento expreso al efecto, diverso del existente en el anterior CP, que aconseja que nos ocupemos con detenimiento de su trascendencia.

Señalemos, en primer lugar, que existen determinados ámbitos de comportamiento en los que se reconoce la disponibilidad de la salud e integridad personal, es decir, la validez del consentimiento:

a) Esto sucede, en primer lugar, con las autolesiones, que son impunes de acuerdo con el CP, como también es impune la prestación del consentimiento para ser lesionado. Esta impunidad es muestra de que existe en cierta medida un derecho a disponer de la propia salud e integridad personal.

b) También es impune la participación en las autolesiones. La trascendencia de esta decisión legislativa es grande, ya que supone ampliar el ámbito de la disponibilidad a las intervenciones de terceros.

c) De una interpretación *a sensu contrario* del art.155 se deduce que también son impunes las lesiones consentidas constitutivas de falta. Y es que el art.155 se refiere sólo a los delitos de lesiones pero no a las faltas: de ahí que una argumentación *a sensu contrario* abra paso a la plena disponibilidad en ellas, ya que extender a las faltas esta disposición que regula una eficacia limitada del consentimiento supone una analogía *in malam partem*.

³⁰ Vid. ampliamente CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES y otros: **Parte especial**. cit. págs.126 y siguientes.

³¹ Art.155: "En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz".

³² Art.156: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de transplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz".

Por lo que se refiere a las lesiones consentidas, dolosas o gravemente imprudentes, constitutivas de delito, el nuevo CP ha optado por una atenuación obligatoria de la pena en uno o dos grados. Con ello ha pretendido zanjar una vieja polémica que las sucesivas reformas legales de 1963, 1983 y 1989 no habían conseguido cerrar.

En esta polémica se mantenían dos posturas fundamentales:

1. Algunos autores afirman que la configuración del Estado español como democrático de derecho y de la libertad como valor superior del Ordenamiento exige dar primacía a los valores individuales sobre los comunitarios, lo que sería incompatible con privar al individuo de la disponibilidad de su salud. Esto sería contradictorio, además, con la consideración en el art.10. 1 CE del libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social.

Todo esto lleva a propugnar el carácter inconstitucional de todo precepto que no reconozca la disponibilidad de la salud e integridad personal, es decir, de todo precepto que obligue a considerar típicos comportamientos en los que concurre el consentimiento del ofendido.

El consentimiento se considera causa de atipicidad del comportamiento, de forma que su presencia impide la configuración del injusto específico de las lesiones.

2. Por el contrario, el sector doctrinal opuesto rechaza que la primacía de los intereses individuales sobre los sociales impida limitar aquéllos. Se apoyan también en la configuración de España como Estado social, que obliga a matizar la protección de la libertad frente a la protección de la vida y de la salud, ya que estos bienes son el fundamento ontológico mínimo de los demás derechos.

Además, se destaca la ausencia en nuestra CE de un pronunciamiento sobre la disponibilidad de la salud e integridad personal, de forma que de la CE sólo cabe deducir que no es inconstitucional, quedando la determinación de su ámbito de eficacia como objeto de la legislación ordinaria, como ha hecho el art.155. En resumen, del art.15 CE no cabe sacar conclusiones sobre un reconocimiento de la disponibilidad de la propia salud o integridad personal.

Para estos autores, en fin, el consentimiento no es causa de atipicidad, sino que en ocasiones forma parte de una causa de justificación.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre esta materia. Con un razonamiento similar al realizado para el derecho a la vida, atribuye al art.15 un contenido de protección positiva: de él deriva una obligación para los poderes públicos, obligación de respetar la salud e integridad personal de sus ciudadanos y de protegerlas frente a los ataques de terceros. No parece incluir el derecho a renunciar a la propia salud o integridad personal como contenido del derecho a la salud. En cualquier caso, considera un límite constitucional irrebasable.

ble en cualquier actuación, consentida o no, sobre la salud o integridad corporal el que no se produzca un trato inhumano o degradante.

Así pues, la CE no se pronuncia y el legislador ordinario ha tomado la decisión de reconocer a la disponibilidad un reducido campo de actuación. Esta restricción se justifica en virtud de la importancia del bien jurídico implicado. Además, las trascendentales y, en ocasiones, irreversibles consecuencias de una decisión de renuncia a tal bien jurídico hacen razonable el establecimiento de especiales garantías, tanto en su ejecución como en la constatación de una voluntad decidida al respecto.

En consecuencia, debemos tener en cuenta los siguientes criterios básicos:

- existe una marcada diferencia valorativa entre intervenciones propias y de terceros, como revela el hecho de que el consentimiento sea eficaz en todas las intervenciones sobre uno mismo, y en las colaboraciones de terceros en esas intervenciones.
- Existe una diferencia en la eficacia del consentimiento en las intervenciones de terceros, en función de la gravedad del desvalor de acción y de resultado.

La opción del CP por una atenuación de la pena en uno o dos grados es coherente, en primer lugar, con la importancia del bien jurídico implicado; y en segundo lugar, enlaza con lo establecido para el homicidio-suicidio.

Para que el consentimiento sea válido, el sujeto ha de ser capaz, es decir, ha de estar en condiciones de comprender el sentido y la trascendencia de su decisión en relación con el bien jurídico protegido. El art.155 especifica que el consentimiento prestado por un menor de edad o incapaz carecerá de validez respecto a los delitos de lesiones. El concepto de incapaz se contiene en el art.25 del CP³³.

Si concurre la capacidad para consentir, es preciso que se dé también la voluntad de disponer del bien jurídico, lo que sucede cuando en el sujeto pasivo está presente una voluntad equivalente al dolo directo o eventual.

La exigencia de que el consentimiento sea libre alude a la ausencia de vicios. El consentimiento está viciado cuando se obtiene con violencia o intimidación, o cuando se basa en un error.

³³ Art.25: "A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma".

La exigencia de que el consentimiento sea espontáneo pretende que sea el sujeto pasivo el que tome la iniciativa en el desencadenamiento de una situación que concluirá en la producción de un delito de lesiones consentidas. No basta el mero asentimiento a una propuesta ajena.

El consentimiento debe ser expreso. Queda fuera el consentimiento tácito y por actos concluyentes.

El consentimiento debe ser previo o simultáneo a la realización de las lesiones consentidas, y puede revocarse en cualquier momento.

LESIONES AL FETO.

Se regulan en el Título IV del Libro II del nuevo CP, sin precedentes en nuestra legislación penal histórica. Con su introducción se cubre una laguna de punibilidad denunciada ya hace tiempo por la doctrina.

Cuestiones comunes

Bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido por los tipos de lesiones al feto debe deducirse de la relación de continuidad y de tránsito existente entre el feto y la persona nacida.

Se tutelan la integridad y la salud del feto frente a conductas lesivas de las mismas durante la vida prenatal. Se trata de salvaguardar el futuro vital y existencial del feto.

Sujetos activo y pasivo.

Los delitos de lesiones al feto son delitos comunes, no habiendo ninguna limitación del círculo de posibles sujetos activos.

El sujeto pasivo de estos delitos es el embrión o feto, titular del bien jurídico lesionado. Aunque el tenor literal utilice el término “feto” que se corresponde con la última fase del desarrollo de la vida prenatal. “Feto” debe entenderse aquí en sentido amplio, como equivalente al ser en todas las fases de su desarrollo embrionario anterior a la implantación en el útero (GRACIA MARTÍN, CUERDA RIEZU; en contra HIGUERA, PERIS). Por consiguiente se consideran punibles incluso las lesiones en embriones aún no implantados siempre que vayan a ser implantados (mediante técnicas de fecundación *in vitro*), dado que entonces se da lugar a que nazca un hijo tarado.

Modalidad dolosa

Se describe en el art.157³⁴.

La acción típica consiste en la causación de lesiones o de una enfermedad “por cualquier medio o procedimiento”. Caben, por tanto, todo tipo de actividades de las que pueda derivarse como consecuencia una lesión o enfermedad para el feto.

Cabe la comisión por omisión si se dan los requisitos del art.11.

Estamos ante un delito de resultado material, que puede consistir, alternativamente, en una lesión o enfermedad que, además, deben dar lugar a un perjuicio grave del normal desarrollo fetal o a la provocación de una tara física o mental en el feto. Con ello se abarcan los siguientes casos:

- alteraciones patológicas de carácter anatómico o funcional, como la privación de algún miembro del cuerpo (lesiones);
- alteraciones somáticas del conjunto del organismo, como la causación de complicaciones respiratorias o cardiológicas (enfermedad corporal);
- alteraciones psíquicas, como la disminución de la capacidad de desarrollo intelectual (enfermedad mental).

El resultado debe producirse durante el proceso de gestación, aunque se manifieste con posterioridad al nacimiento.

La lesión o enfermedad han de limitar o dificultar considerablemente la evolución biológica del feto, tanto durante la gestación como una vez nacido. Por taras físicas o psíquicas habrá que entender las malformaciones, es decir, déficits de carácter permanente e irreparable.

En cuanto al aspecto subjetivo, caben todas las clases de dolo, aunque será más frecuente el dolo eventual.

El error sobre los elementos del tipo excluye el dolo: error sobre las circunstancias específicas de una intervención o un tratamiento, sobre la ingestión de sustancias nocivas, sobre la práctica de ejercicios o actividades peligrosas para la integridad o salud del feto...

Por cuanto se refiere a los concursos, en los casos de lesiones o muerte de la embarazada producidos a consecuencia de las lesiones al feto, estamos ante un supues-

³⁴ Art.157: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años”.

to de unidad de acción y, por lo tanto, ante un concurso ideal de delitos entre las lesiones al feto y el homicidio o las lesiones, dolosas o culposas, causados a la madre.

Más compleja es la solución en el caso de las relaciones concursales que pueden establecerse entre el delito de lesiones al feto y el delito de lesiones a la persona ya nacida, por una parte, y el delito de lesiones al feto y el aborto o el homicidio. Es posible que la acción se desarrolle sobre un ser con vida dependiente, mientras que el resultado se produce en el momento en que ya es persona nacida y con vida independiente. Se dan aquí tres posibilidades (según GRACIA MARTÍN):

a) Si el autor realiza una acción dolosa de lesiones al feto y el resultado se produce cuando la criatura ya ha nacido, estaremos ante un delito de lesiones al feto consumado.

b) Si el autor quiere producir sólo lesiones al feto, pero causa un aborto, tendremos un concurso ideal entre lesiones al feto dolosas en grado de tentativa y aborto por imprudencia consumado. Si el autor actúa con dolo eventual con respecto a un aborto que prevé como posible, existirá un concurso ideal entre lesiones al feto dolosas en grado de tentativa y aborto doloso consumado.

c) Si el autor quiere provocar un aborto y no lo logra, pero el feto sufre graves lesiones o una enfermedad o tara de las constitutivas del resultado típico del delito de lesiones al feto, la solución es muy discutida. Se trata de un supuesto similar al de quien quiere cometer un homicidio y a consecuencia de la tentativa causa lesiones a la víctima. El dolo de matar no comprende el dolo de lesionar. Para LAURENZO, que afirma que el dolo de matar sí comprende el de lesionar, se tratará de un concurso de leyes penales, optando por el criterio de la aplicación del hecho más gravemente penado. Para GRACIA, sin embargo, se trata de un concurso ideal entre aborto en grado de tentativa y lesiones al feto, dolosas o imprudentes.

Modalidad imprudente

Se regula en el art.158³⁵.

Este precepto castiga el mismo hecho de la causación de lesiones, enfermedades o taras graves al feto, pero cometido por imprudencia grave o profesional. Precisamente la realización del tipo por imprudencia, especialmente en el ámbito sanitario, será el supuesto más frecuente en la inmensa mayoría de los casos.

³⁵ Art.158: "El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto".

Sólo se sanciona en este delito la imprudencia grave o profesional. La leve se encuadra en la falta del art.621. 3, como falta de lesiones.

Concursos con el delito de aborto.

Se plantea un problema de difícil solución cuando el autor quiere provocar un aborto que queda en grado de tentativa pero el feto sufre alguna de las lesiones contempladas en el art.157, que sanciona al “que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica... con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años”. Para resolverlo podemos tomar como referencia la relación entre el homicidio en grado de tentativa y las lesiones consumadas, ya que estamos ante un supuesto idéntico³⁶.

Al igual que sucede en este supuesto, también aquí entiendo que debe partirse de la presencia de dolo respecto de las lesiones al feto, porque quien quiere destruirlo no tiene por qué asumir ineludiblemente que en el proceso causará daños en su integridad. El dolo de matar no es un *plus* sino un *aliud* con respecto al dolo de lesionar: el que quiere matar a otro es cierto que quiere lesionarle, puesto que es imposible matar sin que la acción produzca en el cuerpo de la víctima un efecto de menoscabo transitorio; pero este resultado de menoscabo carece de autonomía, ya que es transitorio para la producción de la muerte. El dolo de matar comprende la afeción de la integridad corporal y la salud en un sentido transitorio, pero no la causación de un menoscabo duradero, que es el objeto del dolo de lesionar. Si se aceptara que el dolo de matar incluye el de lesionar³⁷, estaríamos ante un concurso de leyes por consunción que llevaría a castigar únicamente por la tentativa de aborto, con lo que el autor del hecho resultaría inexplicablemente favorecido frente a quien sólo quiere causar lesiones, sin que dicha disfunción punitiva obedezca necesariamente a la degradación de la pena del delito de aborto por haber quedado en tentativa. En efecto, comparando los marcos penales de los respectivos tipos en grado de consumación, si nos atenemos al tipo básico de aborto del art.145. 1, vemos que las lesiones al feto reciben una sanción superior al aborto, (prisión uno a cuatro años frente a prisión de uno a tres). Podría pensarse que el legislador ha valorado más la integridad del feto que su propia supervivencia lo cual, desde luego, no responde a una lógica valorativa comprensible.

³⁶ Como señala GRACIA MARTÍN en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN: **Comentarios**, PE. I. cit. pág.641.

³⁷ Como hace GRACIA MARTÍN en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN: **Comentarios**, PE. I. cit. págs.641 y siguiente; o LAURENZO COPELLO en la misma obra, págs.314 y siguiente.

Pero tampoco es así, porque si comparamos los respectivos delitos imprudentes, el resultado es precisamente el inverso: la pena de lesiones al feto es de siete a veinticuatro fines de semana, frente a la pena de doce a veinticuatro fines de semana que se contempla para el aborto culposo. ¿A qué se debe entonces que el aborto con consentimiento de la mujer se sancione con una pena inferior al delito de lesiones al feto? El castigo del aborto consentido y del autoaborto demuestra que a través de la prohibición de interrumpir el embarazo el Derecho penal protege un bien jurídico distinto de los intereses de la mujer, que puede concretarse, en la vida humana dependiente o prenatal. Sin embargo, no es posible desconocer que, en ocasiones, el embarazo implica un serio conflicto de intereses, como reconoce el sistema de indicaciones admitido en nuestro CP. Y es que la doctrina ampliamente mayoritaria considera que las indicaciones son supuestos de solución legal de diversos conflictos de intereses en los que, conviene poner de relieve, se hace pesar más el bien de la mujer comprometido por el embarazo (vida, salud física y psíquica, intimidad y libertad³⁸) que la vida del feto. Se trata siempre de bienes protegidos por la CE que inclinan la balanza a favor de la mujer en los supuestos contemplados en las indicaciones. Pero fuera de dichos supuestos, y aun reconociendo que en el aborto con consentimiento de la mujer sigue existiendo un conflicto de intereses, el legislador ha dado preponderancia a la vida del feto frente a los bienes de la mujer afectados por el embarazo. Sin embargo, no olvida la existencia del conflicto, ya que sanciona el aborto con consentimiento con una pena notablemente inferior a la que establece para el aborto practicado sin consentimiento de la mujer, en el que por definición no existe conflicto alguno. Ya por cuanto se refiere al delito de lesiones al feto, el legislador, correctamente, parte de la base de que no existe ningún interés de la mujer que justifique que cause lesiones al feto, parte, pues, de la ausencia de un conflicto de intereses. En los casos en que las lesiones al feto sean consentidas por la embarazada o las cause ella misma no hay ningún motivo para establecer una atenuación de la pena: la integridad y salud del feto es el interés que ha de protegerse jurídicamente y que debe estar, como así está en nuestro Derecho, en un primer plano. Así se explica que el delito de aborto con consentimiento de la mujer esté menos sancionado que el delito de lesiones al feto con o sin consentimiento de la mujer. Desde el punto de vista que hemos expuesto, el consentimiento de la madre en el delito de lesiones al feto no sólo no puede ser un hecho que deba atenuar su responsabilidad, sino que al contrario, dicho consentimiento es la expresión de la mala voluntad de la madre de atentar, dañar e impedir que el hijo pueda alcanzar plena autonomía cuando nazca, siendo además evidente que ese bien jurídico, el de la integridad y salud del feto, no es en absoluto disponible por terceros. De donde se deduce que

³⁸ Cfr. por todos ARROYO ZAPATERO: **Prohibición del aborto y Constitución**. "RFUDC" núm.3, 1980, págs.74 y siguientes; GÓMEZ PAVÓN: **Tratamientos médicos**, cit. pág.220.

la pena correspondiente a las lesiones dolosas al feto consentidas por la madre o causadas por ella misma ha de ser la misma que las producidas sin su consentimiento, y por supuesto, debe ser superior a la del aborto practicado con su consentimiento³⁹. Todo vuelve a la normalidad si analizamos las respectivas figuras imprudentes: el aborto recobra su mayor gravedad y se sanciona con una pena mayor que las lesiones imprudentes.

Siguiendo la tesis que aquí hemos adoptado, conforme a la cual el dolo de matar no abarca el de lesionar, deberá apreciarse un concurso ideal entre el aborto en grado de tentativa y las lesiones al feto dolosas con dolo eventual o imprudentes, pues la tentativa de aborto no capta por sí sola el desvalor total del suceso: no capta ni el dolo eventual de lesiones ni el resultado de lesiones, ya que ni uno ni otro están comprendidos en el dolo de aborto, ni, en su caso, la imprudencia con respecto a las lesiones, y las lesiones por sí solas no captan tampoco el desvalor de acción del aborto.

³⁹ Así, GRACIA MARTÍN en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN: **Comentarios, PE. I.** cit. págs.645 y siguiente.

ANEXO I

Jurisprudencia del tribunal supremo

• Tratamiento médico y quirúrgico

De acuerdo con la doctrina de esta Sala 2ª (SS 12 julio de 1995, 10 noviembre y 14 de junio 1994), en el delito de lesiones, tras la modificación operada por la LO 3/1989 de 21 de junio, ha de tenerse presente la finalidad perseguida por el legislador, que no es otra que la de sustituir el espíritu tradicional de las lesiones concebidas penológicamente en relación con el resultado lesivo, por otro sistema en el que la tipicidad venga determinada no tanto por el tiempo o sanidad de la lesión cuanto por los medios o formas de su causación, aunque un cierto resultado fáctico haya de ser exigible, pues el propósito de menoscabar la integridad o la salud ha de ir acompañado de un “algo material” (S 27 diciembre de 1994).

Es así que prescindiendo de la mera asistencia, el tratamiento de que habla el legislador es médico o quirúrgico. Si el primero es la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en Medicina con finalidad curativa, el tratamiento quirúrgico significa cualquier acto de tal naturaleza, cirugía mayor o menor, que fuere necesario para curar en su más amplio sentido, bien entendido que la curación, si se realiza con “lex artis”, requiere distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria “ex ante”, exploración quirúrgica, recuperación “ex post”, etc.) inmersas todas en las consecuencias penales del acto lesivo, lo que la S 28 de febrero 1992 denomina “tratamiento reparador del cuerpo”.

La S 6 febrero 1993 define el tratamiento médico como aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquélla no es curable. Existe ese tratamiento, desde el punto de vista penal, en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por médico. Es indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico o la encomiende a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente, por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir (dietas, rehabilitación, etc.), aunque deben quedar al margen de lo que es tratamiento médico, el simple diagnóstico o la pura prevención médica (S 2 junio 1994). No obstante, se trata de una cuestión que ha de mirarse con mucho cuidado. La “Lex artis” es indicativa de una “necesaria actuación”, porque las simples medidas de prevención no serán tratamiento médico propiamente dicho. De lo contrario quedaría en manos del facultativo, más o menos exigente, la presencia de un delito o de una falta, de la misma manera que tampoco puede quedar en manos de la víctima el decidir si se necesita, tras la primera asistencia, un tratamiento posterior, médico o quirúrgico (S 30-4-97).

Lesiones al feto

Ciertamente que el delito de lesiones, aceptando que pueda surgir de comportamientos activos o de comisión por omisión lleva embebida la idea de alteridad -herir, golpear o maltratar a otro, decía el texto vigente en el momento de los hechos- y, “el otro”, mientras no alcance la categoría de persona (el caso del feto o embrión humano) es más objeto que sujeto pasivo del delito; pero puede afirmarse que, en estos supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción -en sentido lato- se intenta y se realiza sobre una persona, la madre, y el resultado -demostrada la relación causal- trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento. Este razonamiento en el mismo plano argumentativo del recurso tiene una indudable inspiración civista al tomar como *punctus saliens* el momento en que se inicia la personalidad, situada fuera de la realidad de las cosas como evidencia el mismo Texto civil que se ve forzado a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables (arts. 29 y 30), y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica; si se añade, en armonía con los avances científicos, que el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero -conforme a las técnicas más recientes- de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento, negar al embrión o feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea preterida de la *mulieris portio*, es desconocer las realidades indicadas. La regulación penal anunciada, primero en el Proyecto de 1992 y actualmente en el de 1994, en proceso de elaboración legislativa, otorga a estos hechos una tipificación clara y realista que es eco de las razones últimamente expuestas, pero no implica que llene un vacío normativo porque desde la perspectiva actual es posible dotarles de una construcción jurídico-penal, tal como ha venido haciendo implícitamente la jurisprudencia de esta Sala en SS. 29-5-65, 5-5-88 y 1-4-92, referidas a las matronas, y otras a ginecólogos, como las de 29-3-88 y 4-10-90. En conclusión, afirmada como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o, atribuyéndole, como un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente, no es cuestionable en nombre del principio de legalidad... (S. n° 492/95). STS 25-4-95.

Lesiones psíquicas

... La mujer ilegalmente detenida y encerrada en una habitación de su domicilio como consecuencia de la dureza con que el mismo se desenvoli6n, padeci6n estr6s postraumático con múltiples consecuencias: ansiedad, depresi6n, temor, hipervigilancia, inquietud, insomnio, p6rdida de hasta 15 kg. de peso, sintomatología psicosomática propia de la ansiedad, ideas autolíticas, disminuci6n del autoconcepto, p6rdida del placer sexual, estado de angustia y de miedo con desajustes temporoespaciales y desequilibrio emocional en general, todo lo cual precis6 para su curaci6n de tratamiento m6dico, psiquiátrico o psicol6gico adem6s de farmacol6gico.

El art. 420 C.P. se modific6 por L.O. 3/89, de 21-6, para, entre otros particulares, incluir en el tipo penal la lesi6n que menoscabe la salud mental. Son evidentemente pocas las situaciones que, respecto de tal problema, ha llegado a este Tribunal (SS 8-5-90, 23-2-91 y 30-10-94). Conocida es de otro lado la dicotomía que la definici6n y los efectos de la mente lesionada produce en los ámbitos jurí-dico y sanitario, a veces con serias discrepancias producto de la distinta prespec-tiva con que aquélla se analiza.

La salud mental afecta a un aspecto del estado normal del ser orgánico a través del cual ejercita sus funciones. Y aunque los psiquiatras mantengan incluso entre ellos divergentes criterios definidores de la enfermedad mental, ahora resulta evidente, dentro del plano jurí-dico y penal, que la víctima sufri6 un sensible menoscabo en su salud mental que requiri6 un adecuado tratamiento. Sufri6 un deterioro psíquico por encima de simples carencias sociales, por encima de meros desajustes, afectivos o emocionales, que también los hubo en el caso de autos. La resoluci6n recurrida es elocuente, clara y precisa a estos efectos. La mente humana puede verse alterada seriamente como consecuencia de muy diversas acciones en su contra ejercitadas, con efectos y consecuencias distintas seg6n la propia personalidad de la víctima, que puede reaccionar de también de muchas maneras. De ahí que no quepa establecer reglas, definidoras o interpretativas, rí-gidas e inamovibles. La mente puede mantenerse firme a pesar de sufrir serias adversidades. Quizá por eso la lesi6n mental haya de cobijarse penalmente, algunas veces, en el ámbito del dolo eventual. En el supuesto de ahora, la mujer reaccion6 psíquicamente en la forma que su organismo, por encima de su voluntad, determin6. Sin necesidad de establecer un cuadro comparativo con otras reaccio-nes psíquicas de otras personas, aquí se consum6 el tipo penal asumido por el art. 420 C.P. Los dictámenes periciales, cuyo contenido fue en esencia respetado por los Jueces corroboran cuanto se viene diciendo respecto de ese deterioro mental. STS 27-10-95.

Comisión por omisión en lesiones

... Se trata de definir y calificar la actitud pasiva del sujeto de la infracción, en este caso lesiones. Como acertadamente se dice por el Fiscal, la recurrente se encontraba en posición de garante, reiteradamente apreciada en toda madre respecto de sus hijos pequeños, “por virtud de lo cual es exigible un determinado comportamiento activo para garantizar que un resultado lesivo, por obra de otra persona, no se produzca”. En el relato fáctico se indica que la madre “con pleno conocimiento del carácter de su compañero y de la forma en que trataba a la niña, no hacía nada efectivo para evitarlo”. Ello revela que la recurrente, durante los hechos acaecidos, pudo y debió evitar causalmente las agresiones. Muchas maneras a su alcance había para lograrlo. Al no haber sido así, la conducta pasiva de la agente se convirtió en condición esencial o necesaria, no meramente favodecedora, para la consumación de las lesiones. La doctrina de la Sala Segunda es concluyente. De una parte es cuestionable, desde el punto de vista jurídico, que cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante.

Tales conductas (S. 22-6-91), con independencia de los típicos delitos de omisión, pueden ser valorados como válidas en orden a la comisión de determinados delitos de resultado, doctrinalmente conocidos como delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuya al sujeto la obligación de evitar el resultado típico como garante de un determinado bien jurídico, que en este caso deviene del deber de la madre al velar por sus hijos. (art. 154 C.C.).

Como dice la S. 31-10-91, en supuesto parecido al ahora enjuiciado, la fuente de esa esperada intervención, deber jurídico de actuación del garante, o deber jurídico de obrar, puede nacer de la Ley, del contrato o de un actuar peligroso precedente. Los deberes de protección y cuidado que la madre tiene respecto de su hija derivan aquí no sólo de la propia naturaleza biológica que la maternidad representa, deber moral, sino también de las exigencias legales que la normativa establece, deber legal ínsito en el art. 154 C.P., que impone a la madre velar por la niña e incluso recabar el auxilio de la Autoridad en su caso para dicho cumplimiento (S. 28-1-94). STS 6-10-95.

Malos tratos familiares

Respecto al recurso interpuesto por la acusada Purificación, en el 1º de sus motivos y al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., se señala violación de los arts. 420 y 421,1 CP, por su indebida aplicación, con violación asimismo del art. 14 de dicho

texto legal. En ningún momento de la narración fáctica, expone, se dice que aquélla propinarse ningún tipo de golpe o maltrato físico a su hija Tamara, ni que ayudase a Miguel a causárselos ni cooperase de manera necesaria a ello, ni que le hubiese forzado o inducido directamente a ejecutar tales acciones lesivas. Frente a tal alegación ha de actualizarse cuanto se recoge en el “factum” relativo a la actitud de la recurrente. La misma tenía constancia de malos tratos a que su hija era sometida y no hacía nada para evitarlo. En efecto, por una parte, y dado lo reducido del apartamento que habitaba la familia, no podía pasarle desapercibido lo que Miguel hacía con la niña, y, por otra, a pesar de percatarse de las lesiones de su hija iba presentando día a día no la llevó al médico porque era consciente de que lógicamente deduciría lo que quería ocultar: Que eran el resultado de unos malos tratos. También dice que se daba cuenta de que las lesiones llamaban la atención de terceras personas. Y, sin embargo, ni denunció los hechos, ni solicitó ningún tipo de auxilio, ni hizo nada efectivo para evitar que sucediera lo que iba ocurriendo, llegando a presentar la niña las lesiones por las que fue asistida el día 8 de junio de 1992. De ahí que la propia sentencia, al tiempo de definir las responsabilidades exigibles, sostenga que Purificación tuvo que prever que el actuar de Miguel en el sentido en que lo hacía podía conducir a una realización más intensa en cualquier momento, cual así ocurrió, con las graves consecuencias descritas. Con inspiración en la jurisprudencia, se afirma por la Sala que si la acusada conocía el peligro concreto y jurídicamente desaprobado y a pesar de ello obró en la forma que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado exigida para la configuración del dolo eventual.

En definitiva, la imputación del resultado de lesiones a Purificación halla su fundamento en el “deber de garantía” o “posición de garante” a la misma reconocible. Su condición de madre de la niña y los insoslayables deberes de custodia, atención, preservación y guarda sobre ella gravitantes, le llevaban a garantizar que el resultado no se produjera, que se mantuviese y consolidase la indemnidad del bien jurídico correspondiente. Perfilada dicha situación, la no evitación del resultado lesivo ha de equipararse a su propia causación positiva. Un delito de comisión por omisión ha de ser atribuido a la recurrente. STS. 15-4-97.

Causalidad

Pero si bien puede predicarse una causalidad material, no puede sostenerse la moral, pues falta la imputación objetiva, porque el resultado acaecido quedó fuera del ámbito de protección de la norma que el autor ha vulnerado mediante su acción, ya que en este caso no se realiza en el resultado el riesgo jurídicamente desaprobado que ha creado el autor, sin otra clase de riesgo, diferente y extraño a aquel.

La actuación ilícita del recurrente de coger a su esposa con una mano por las muñecas y con la otra agarrarla por el cuello, diciéndole que la mataría, no es suficiente para que pueda imputársele objetivamente la conducta lesiva de la mujer que, sin que nadie la empujara, se tiró a la calle desde la altura de 3 metros, cayendo sobre el capot de un coche y luego rebotando sobre el suelo, determinando un aplastamiento de la vértebra B-12 y 464 días de asistencia facultativa e impedimento de sus ocupaciones. STS. 30-12-96.

ANEXO II

Bibliografía

- Berdugo Gómez de la Torre: El delito de lesiones. Salamanca 1982.
- Boix Reig; Orts Berenguer, E y Vives Antón. T.S.: La reforma penal de 1989.
- Díez Ripolles, J.L.: Los delitos de lesiones. Valencia 1997.
- Díez Ripolles, J.L.: Comentarios al C. Penal. Parte esencial. Valencia 1997.
- Morales Payán, M.A.: La configuración legislativa del delito de lesiones en el Derecho Histórico Español. Madrid 1997.
- Muñoz Conde, F.: Derecho Penal. Parte Especial. Valencia 1996.
- Vives Antón y otros: Comentarios al C. penal de 1995. Valencia 1996.