

Capítulo XIII

La protección penal del derecho a la salud

DR. JUAN ANTONIO MARTOS NUÑEZ

*Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla
y Director del Grupo Andaluz de Investigación Jurídica*

1. INTRODUCCIÓN

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, **salud** es el “estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”, o la “libertad o bien público o particular de cada uno”. Por su parte, la Constitución Española de 1978 proclama en su artículo 15 que todos tienen derecho a la vida y “consecuentemente”, a la integridad física y moral... Por consiguiente, la salud es un derecho inviolable, inherente a la dignidad de la persona humana y fundamental para el libre desarrollo de la personalidad. El Derecho Penal protege este derecho personalísimo: **la integridad corporal o la salud física o psíquica** de una persona, ante cualquier conducta que menoscabe la misma, configurando, de esta suerte, el **delito de lesiones**.

Por consiguiente, el bien jurídico protegido es, según la doctrina dominante¹, “la integridad corporal y la salud física o mental del ya nacido”. La salud, objeto de protección penal es, tanto la física como la psíquica, cuyo ataque genera la enfermedad. La integridad corporal resulta lesionada cuando, como subraya BAJO FERNANDEZ², “se produce la pérdida de un miembro u órgano corporal. La salud física

1. MUÑOZ CONDE, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tirant lo blanch, Valencia, Decimoquinta edición, 2004, p. 109. SERRANO GOMEZ/SERRANO MAILLO, “Derecho Penal. Parte Especial”, editorial DYKINSON, S.L., Madrid, Undecima edición, 2006, p. 101.

2. BAJO FERNANDEZ, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial” (Delitos contra las personas). Editorial Ceura, Madrid, segunda edición, 1987, p. 172. Del mismo autor, “La actualización del Código Penal de 1989”, Madrid, 1989, p. 49.

y mental de una persona resulta lesionada cuando se produce la pérdida de la función de un miembro u órgano o una enfermedad de cualquiera de las dos clases.

El Código Penal vigente no distingue entre **mutilaciones** y **lesiones**. Conforme al artículo 147.1, lesión es menoscabar; es decir, disminuir o deteriorar, la integridad corporal o la salud física o mental de una persona. Por tanto, se incluyen en el concepto de mutilación, según LANDECHO/MOLINA³ “las lesiones que causen pérdida o inutilidad de un órgano, de un miembro, de un sentido, la impotencia, la esterilidad, las deformidades (integridad) y las enfermedades psíquicas y somáticas (salud)”. A pesar de que el referido precepto penal parece optar por una posición dualista, nada impide, sin embargo, seguir manteniendo la tesis monista que, a juicio de TAMARIT SUMALLA⁴ considera que en realidad nos hallamos ante dos manifestaciones de un bien jurídico único. En efecto, el planteamiento monista atiende a la salud física o mental como bien jurídico protegido común a las diversas hipótesis delictivas y relega la integridad corporal a una posición subordinada, al entender que en ningún caso constituye un objeto de protección autónomo. Solo así puede explicarse, satisfactoriamente, la atipicidad de determinadas intervenciones quirúrgicas curativas que inciden negativamente en la integridad corporal de una persona (amputaciones o extirpaciones de miembros u órganos). En opinión de COBOS GÓMEZ DE LINARES⁵, el bien jurídico protegido es la **indemnidad** o salud, pues estos términos hacen referencia a “no sufrir daño”, mientras que el de integridad es un concepto de carácter más objetivo, con lo que las citadas intervenciones quirúrgicas no ilícitas que, sin embargo, afectan a la integridad por su carácter curativo no producen “daño”; razón por la cual, desde el prisma de la indemnidad, serían atípicas. En suma, lo verdaderamente importante es, como sostiene, DEL ROSAL BLASCO⁷, “que los delitos de lesiones protegen un determinado bien jurídico cuyo ataque se concreta en la alteración, temporal o permanente, de uno o varios de los sistemas, estructural o funcionales, que conjuntamente definen la integridad biológica de la persona, a saber: la normal estructura de los tejidos y órganos del cuerpo, las funciones que sustentan la vida...”.

Tesis irreprochable si, a mi juicio, se comprende, también, por exigencias típicas, la integridad psíquica o la salud mental de la persona, conforme al viejo aforismo romano: “mens sana in corpore sano”.

3. LANDECHO/MOLINA, “Derecho Penal Español”. Parte Especial. Editorial Tecnos, S.A., 2ª edición, Madrid, 1996, pg. 72.

4. TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, “Comentarios al Nuevo Código Penal” editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 3ª edición, 2004, pp. 770 y s.

5. En este sentido, véase por todos, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “El delito de lesiones”. Salamanca, 1982, pp. 15 y ss. Del mismo autor, “Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal”, DJ, 1983.

6. COBOS GÓMEZ DE LINARES, en COBOS/LOPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRIGUEZ RAMOS “Manual de Derecho Penal Parte Especial”. I. Ediciones Akal, S.A., Madrid, 1990, p. 164.

7. DEL ROSAL BLASCO en COBO DEL ROSAL/BAJO FERNANDEZ, “Comentarios a la legislación penal”. Tomo XIV. Vol. 1º EDESA, Madrid, 1992, p. 241.

2. EL DELITO DE LESIONES

2.1. El tipo básico

El número 1 del artículo 147 castiga como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años al que, “por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. “Por consiguiente, además de la acción **strictu sensu**, que configura un **tipo abierto** (“por cualquier medio o procedimiento”), cabe la comisión por omisión cuando el sujeto tiene una posición de garantía respecto a la tutela del bien jurídico protegido, siempre que, como apunta TAMARIT SUMALLA⁸, se cumplan las condiciones del artículo 11 del Código Penal, ya que la omisión impropia supone la realización típica “por medio” de una omisión. Así, en el delito de lesiones, la no evitación del resultado, al infringir el sujeto un especial deber jurídico, equivale, según el sentido de la Ley, a su causación. En consecuencia, el citado precepto dispone que 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.

Entre la acción y el resultado (menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o psíquica de una persona), debe mediar una adecuada relación de causalidad, fundamentada, no en la clásica doctrina del Tribunal Supremo de la **Teoría de la consecuencia natural**, sino en la más moderna de la **Teoría de la imputación objetiva**, sobre todo en las lesiones imprudentes, a fin de imputar aquellos resultados delictivos que, conforme al **principio de culpabilidad**: “No hay pena sin dolo o imprudencia” (artículo 5 CP), como mínimo se hubieren causado por imprudencia.

Por otra parte, la “lesión psíquica” como subraya MUÑOZ CONDE⁹, es constitutiva de “un delito autónomo de lesiones”. Ciertamente, no se trata sólo de un simple efecto colateral inherente al resultado delictivo, sino del daño psíquico que, a consecuencia directa de la acción lesiva, deviene en distintas patologías o trastornos mentales.

Sin embargo, la lesión para que pueda ser constitutiva de delito requiere, además de una primera asistencia facultativa, **tratamiento médico o quirúrgico**: requisito objetivo para su sanidad. Se trata de un “elemento normativo del tipo” que debe ser interpretado por el juez o el Tribunal, asesorado médico-legalmente,

8. TAMARIT SUMALLA “Comentarios...”, o p. cit., p. 774.

9. MUÑOZ DONDE “Derecho...”, op. cit., pp. 111 y s.

ya que no es un concepto jurídico. El tratamiento médico o quirúrgico, ciertamente, constituye el verdadero "elemento diferencial entre el delito y la falta de lesiones"¹⁰, puesto que si la lesión no requiere tratamiento médico o quirúrgico o solo precisa la primera asistencia facultativa, entonces el hecho constituye una falta de lesiones tipificada en el artículo 617.1. CP, que castiga con la pena de localización permanente de seis a doce días o multa de uno a dos meses al que, "por cualquier medio o procedimiento causara a otro una lesión no definida como delito en este Código" **Asistencia facultativa**, es decir, la ayuda que se presta a una persona que se queja o se duele de algo, sin que sea precisa la adopción de una medida curativa, no equivale a "asistencia única" ni "asistencia inmediata". En efecto, una primera asistencia facultativa, en los términos del tipo básico de lesiones, puede requerir el concurso de varios médicos que intervienen para practicar un análisis clínico, un examen radiológico o incluso un segundo diagnóstico de la lesión, a petición del lesionado. Por consiguiente, resulta frecuente la necesidad de varias asistencias facultativas, incluso con distintos especialistas, antes de aplicar o no un tratamiento médico o quirúrgico. Pero es que además, como apuntan SERRANO GOMEZ/SERRANO MAILLO¹¹, "la asistencia facultativa abarca una gama muy extensa de situaciones, urgentes o no, y que van desde una simple equimosis hasta la necesidad de una intervención inmediata para salvar la vida del lesionado". En suma, la necesidad de sólo una **primera asistencia facultativa para sanidad de una lesión**, significa, en opinión de DEL ROSAL BLASCO¹², que la lesión es de una entidad tal que su sanidad se logra con la intervención, los cuidados, las indicaciones o las prescripciones recibidas en una primera y única actuación del médico o personal sanitario cualificado, tendente a eliminar, aliviar o disminuir los efectos perjudiciales para la salud a dicha lesión; lo que no excluye la posibilidad de que haya una actuación posterior de control confirmatoria de la consecución de la sanidad de tal lesión.

El **tratamiento médico o quirúrgico**, por el contrario, constituye un conjunto sistemático de actos realizados durante el tiempo con finalidad, básicamente, curativa. Por imperativo legal, "la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico (artículo 147.1). Por consiguiente, la prescripción de unos antibióticos para prevenir una infección no sería todavía tratamiento, pero sí cuando el objetivo sea curar una infección comprobada. También merecen la calificación de tratamiento médico la adopción de medidas dietéticas, de higiene o reposo y el internamiento o el tratamiento psiquiátrico, psicológico o psicoanalítico. En cuanto al tratamiento quirúrgico, aunque se puede agotar en un solo acto (v.gr., la extracción de una muela que no requiere intervención posterior), en otros casos, sin embargo una herida leve puede necesitar para

10. Vid. MUÑOZ CONDE, cfr., p. 114.

11. SERRANO GOMEZ/SERRANO MAILLO, "Derecho...., op. cit., p. 103.

12. DEL ROSAL BLASCO, "El tipo básico de los delitos de lesiones", en "Comentarios...., op. cit., p. 256.

su sanidad unos puntos de sutura, la prescripción preventiva de unos antibióticos o un diagnóstico radiológico, no constitutivo de tratamiento. A este respecto, la Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado sostiene lo siguiente:

- El término asistencia no debe vincularse al de asistencia inmediata.
- La “primera asistencia” debe ser necesaria y prestada por titular habilitado legalmente (médico, practicante, ATS...).
- El “tratamiento médico” debe ser distinto y ulterior a la primera asistencia, necesario, con finalidad curativa y prescrito por un titulado en Medicina.
- Sobre el “tratamiento quirúrgico”, sea de cirugía mayor o menor, incluso la prestada por un titulado de grado medio.

Por tanto, el delito de lesiones exige que el menoscabo a la integridad corporal, a la salud física y mental de una persona sea de tal naturaleza que, objetivamente requiera para su sanidad, una intervención sanitaria profesional, evitando, de esta suerte, fraudes bajo la apariencia de tratamientos necesarios, porque en los delitos de lesiones, como sostienen LANDECHO/MOLINA¹³ “la víctima suele tener interés en prolongar el tratamiento, tanto para que se imponga mayor pena al que lo lesionó, como para pedir mayor indemnización. Ciertamente, el tratamiento médico puede encomendarse a personal sanitario, e incluso al propio paciente, siempre que haya existido una actuación médica tendente a la sanidad del herido, aun que deben quedar al margen el simple diagnóstico o la prevención médica¹⁴.”

La doctrina y la jurisprudencia dominante consideran tan sólo relevante el tratamiento curativo. En los casos en que el comportamiento posterior de la víctima o de un tercero contribuye a una agravación de la lesión (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 y en las “lesiones tardías”), el resultado no será imputado objetivamente al causante de la primera lesión siempre que, según TAMARIT SUMALLA¹⁵, “el suceso se haya desarrollado de modo exclusivo en la esfera de responsabilidad del sujeto pasivo o del tercero, en base al principio de la “autonomía de la víctima” para configurar su organización vital.

La necesidad del tratamiento médico integra el resultado típico del delito de lesiones porque, como subraya BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE¹⁶, “estamos

13. LANDECHO/MOLINA “Derecho...”, op. cit., p. 73.

14. En este sentido, véase SERRANO GOMEZ/SERRANO MAILLO, quienes citan a la STS de 14 de diciembre de 2004, en cuya virtud “la materialización del tratamiento la puede realizar el propio médico, auxiliares sanitarios o incluso el paciente mediante la prescripción de fármacos o la fijación de comportamientos a seguir: dietas, rehabilitación, etc. Op. cit., p. 104 nota 10.

15. Cfr. pp. 774 y ss.

16. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, en MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCIA ARAN “La reforma penal de 1989”. Madrid, 1989, p. 82, nota 8.

ante un elemento que determina la intensidad de la respuesta penal, el mayor o menor desvalor del tipo de injusto, que debe estar sometido a las exigencias del principio de culpabilidad”. Consecuentemente, para que dicho resultado pueda serlo objetivamente atribuido a la conducta del autor –esa necesidad de sólo una primera asistencia facultativa o de tratamiento médico para la sanidad–, deberá ser una consecuencia directa e inmediata de la acción del autor, de forma que las posibles modificaciones en el estado médico o en la naturaleza de la lesión, causadas por la víctima o por terceros, serán irrelevantes¹⁷.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha proclamado que constituye tratamiento médico o actuación quirúrgica posterior, “la costura con que se reúnen los labios de una herida, porque es precisa para restaurar el tejido dañado, siendo la sutura de una herida, por los puntos que se aplican y su posterior restauración constitutiva de un delito de lesiones (STS de 26-2-98). También estimó correcta la aplicación al caso del artículo 147 CP, la STS. de 21-7-2000, ya que la víctima del golpe, propinado con un vaso sobre la cara, necesitó de una operación al menos de sutura, por tanto, tratamiento quirúrgico en la nariz, donde hubieron de dársele varios puntos, y otra herida incisiva en la ceja derecha, resándole tras curar, una cicatriz muy visible en la pirámide nasal.

2.2. La habitualidad de la acción descrita en el artículo 617 Cp

La LO 11/2003, de 29 de septiembre ha convertido en delito de lesiones la reiteración, en el plazo de un año, de lesiones o malos tratos constitutivos de falta. Se trata, según la Exposición de Motivos de la citada norma, de “medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados ni condenados... La delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada”. Dado que el tipo no especifica la conducta, sino que se remite a la falta contra las personas prevista y penada en el artículo 617, quedan comprendidos tanto los supuestos de lesiones como los de malos tratos reiterados¹⁸. El precepto se basa en la filosofía político-criminal del denominado “Derecho penal de autor” puesto que, como apunta MUÑOZ CONDE¹⁹, el presupuesto de la reacción penal no es tanto el hecho cometido, “como la personalidad del autor, tomándose el hecho sólo como síntoma de esta personalidad”. La “ratio legis” se fundamenta en un tipo criminológico de autor: personas pendencieras de carácter agresivo. Pero es que además, estos sujetos, en ningún caso se pueden considerar **reos habituales** en el sentido del artículo 94, párrafo primero; es decir, que “hubieren cometido

17. Vid. DEL ROSAL BLASCO, cfr., pp. 257 y s.

18. Vid. TAMARIT, cfr., pp. 776 y s.

19. Cfr., pp. 116 y s.

tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo... y hayan sido condenados por ello". Tampoco puede aplicarse la habitualidad definida en el ámbito de la **violencia doméstica**, en la que, por imperativo legal, "se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos", según dispone el artículo 173.3., precepto que, por otra parte, afecta al ejercicio habitual de la violencia física o psíquica en las relaciones familiares o afectivas basadas en la frecuencia del contacto personal. Por consiguiente, en la reiteración de lesiones o malos tratos de obra constitutivas de falta, convertida "ex lege" en delito de lesiones, no opera el principio de culpabilidad, sino la habitualidad, lo que, como subrayan SERRANO GOMEZ/SERRANO MAILLO²⁰, no es correcto, pues, "la pena está en función de la culpabilidad y no de la habitualidad o peligrosidad".

2.3. El tipo atenuado

El nuevo apartado 2 del artículo 147 CP, en aras de preservar el **principio de proporcionalidad**, describe un subtipo de lesiones atenuado (prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses), en relación con el tipo básico tipificado en el apartado 1 del citado precepto, limitando la discrecionalidad judicial. El ámbito de aplicación del tipo atenuado se extiende a supuestos de preterintencionalidad²¹, concurrencia de causas exógenas que agraven el resultado y, en general, de desproporción entre lo querido por el agente y sus consecuencias, ajustando el desvalor de la acción y el desvalor del resultado recíprocamente. Por consiguiente, no se consideran, técnicamente, lesiones de "menor gravedad", según la STS de 11 de abril de 2000, las causadas por los puñetazos y los puntapiés sobre una persona a la que ya se ha derribado y yace en el suelo, provocándole fracturas de huesos nasales y del arco cigomático izquierdo, que tardaron en curar 41 días con secuelas, como una desviación del tabique nasal con insuficiencia respiratoria, por lo que la inaplicación del artículo 147.2 CP no fue indebida sino, como proclamó la mencionada sentencia del Alto Tribunal "rigurosamente correcta".

La responsabilidad penal es una variable dependiente de la entidad objetiva de la lesión y del grado de participación subjetiva del autor de la misma, según se desprende del artículo 621.1 CP, que sanciona la imprudencia grave respecto de las lesiones castigadas en el apartado 2 del artículo 147, como falta contra las personas, con la pena de multa de uno a dos meses.

20. Cfr., p. 108.

21. Véase MARTOS NUÑEZ, "La preterintencionalidad", Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 3, Madrid, 1993, pp. 553 y ss.

2.4. Tipos cualificados

Se regulan en los artículos 148 y siguientes, agravando la pena señalada para el tipo básico (prisión de seis meses a tres años), según el medio empleado, la forma de comisión o la cualidad de la víctima (artículo 148), así como la mayor entidad del resultado (artículos 149 y 150).

Por el medio empleado

Conforme dispone el artículo 148 CP, “las lesiones previstas en el apartado I del artículo anterior podrán castigarse con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o al 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”.

La “ratio legis” de esta agravación radica en la peligrosidad objetiva del medio empleado en la lesión, cualquiera que sea la gravedad de la lesión causada, siempre que, como subraya MUÑOZ CONDE²², el sujeto activo sea consciente de la peligrosidad objetiva (“concretamente peligrosas”) del medio utilizado. Según la jurisprudencia dominante por **armas** debe entenderse tanto las de fuego como las llamadas **armas blancas**, entre las que se encuentran los **cuchillos, puñales y navajas** (STS de 5 de febrero de 1996). Toda clase de objetos con capacidad de punzar o pinchar como son **machetes, destornilladores y tenedores** (STS de 27 de mayo de 2000); el uso de **barras de hierro** (STS de 17 de junio de 1998); **bate de béisbol** (STS de 18 de febrero de 1997); **tijeras** (STS de 29 de mayo de 2000); **escopeta de cañones recortados** (STS de 21 de julio de 2000), **botellas y vasos de cristal** (SS. de 11 de abril y 21 de julio de 2000) y **cables de cobre recubierto de plástico** (STS de 24 de abril de 2000). Por el contrario, las **varas** (STS de 21 de octubre de 1997) y los **bolígrafos** (STS de 3 de abril de 1995), no son instrumentos peligrosos; mientras que el **palo** que –en principio no habría merecido la calificación de arma, instrumento u objeto susceptible de causar graves daños en la integridad física del lesionado–, le causó a la víctima, por el golpe propinado con este objeto en su hombro, lesiones que tardaron en curar 21 días, estando incapacitado para sus ocupaciones habituales y precisando inmovilización durante 25 días. El resultado es, como proclama la STS de 23 de enero de 1997, suficientemente expresivo del potencial peligroso del referido palo.

Siendo un delito de peligro concreto, debe concurrir en el sujeto activo dolo (al menos eventual) respecto a la utilización del medio peligroso y respecto al efectivo peligro para la vida o la salud del lesionado, siendo necesario diferenciar estos supuestos de los de tentativa de homicidio, delito con el cual el tipo

22. Cfr., p. 119.

cualificado de lesiones del artículo 148.1 puede, a juicio de TAMARIT²³, “concurrir idealmente”.

La forma de comisión

El número 2º del artículo 148 cualifica la pena para la lesión prevista en el apartado 1 del artículo 147, “si hubiere mediado **ensañamiento**; es decir, “aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”, según establece la 5ª circunstancia agravante de la responsabilidad criminal del artículo 22 CP. Con la incorporación expresa del ensañamiento a las lesiones, el Código Penal de 1995 sustituye los controvertidos conceptos de “brutalidad” y “tortura”, introducidos en la Reforma del Código Penal de 1989 (artículo 421, números 1º y 3º). Es preciso el dolo directo respecto a la causación del dolor adicional. La idea de actuar inhumano debe ser entendida, según TAMARIT²⁴, en sentido objetivo, “como referida a la forma de proceder del sujeto”. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha proclamado que “la reiteración de los golpes y la zona afectada, principalmente la cabeza de la víctima, revelan una actuación cruel e inhumana que excede con mucho de la que constituiría un supuesto simple de lesiones (S. de 20 de junio de 1997), así como “golpear, atar a un punto fijo, introducir un palo por el ano a la víctima y otros padecimientos sobre niñas antes de matarlas” (S. de 24 de mayo de 1999).

El número 2º del citado artículo 148 CP, también cualifica la pena señalada para la lesión si hubiere mediado **alevosía**; es decir, “si el culpable hubiese empleado en la ejecución, medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”, según dispone la circunstancia agravante 1ª del artículo 22 CP. La alevosía es una circunstancia de carácter objetivo aunque incorpora un especial elemento subjetivo que confiere a la acción una mayor anti-juricidad, denotando de forma inequívoca el propósito del sujeto de utilizar los medios con la conciencia y la intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal. Por consiguiente, las notas fundamentales de la alevosía son las siguientes: “aseguramiento en la ejecución e indefensión de la víctima”, compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación, como ha proclamado la STS de 13 de marzo de 2003.

Si la conducta típica la realiza la autoridad o funcionario público, en el contexto del delito de **tortura**, previsto y penado en el artículo 174 CP, se aplicará, no obstante, el artículo 148.2º con la agravante de prevalimiento del carácter público que tenga el culpable (artículo 22.7ª), salvo que, según MUÑOZ CONDE²⁵,

23. Cfr. P. 781.

24. Cfr., p. 782.

25. Cfr., p. 119.

resulte mayor pena estimando un concurso entre el citado delito de tortura y tipo básico de lesiones o, en su defecto, el tipo cualificado de lesiones correspondiente, excluyendo el propio artículo 148.2º CP.

La cualidad de la víctima

El artículo 148.3º castiga con la pena de prisión de dos a cinco años, la causación de las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo 147, si la víctima “fuere menor de doce años o incapaz”, generando este hecho una mayor peligrosidad de la acción o una mayor indefensión de la víctima. Por “incapaz” hay que entender, a efectos jurídicopenales, “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”, conforme dispone el artículo 25 CP. Es indiscutible la mayor desvaloración del acto de agresión a menores o incapaces, por su mayor indefensión y por las graves consecuencias psíquicas que provocan estos hechos en las víctimas, frecuentemente, lesionadas por sus propios padres, hermanos o convivientes, en cuyo caso se aplicará la agravante de parentesco, prevista en el artículo 23 CP.

Por otra parte, la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de **Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género**, incorporó al citado tipo cualificado de lesiones los siguientes apartados en base a la cualidad de la víctima:

Artículo 148:

4º. Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5º. Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Lesiones cualificadas por el resultado

El número 1 del artículo 149 castiga con la pena de prisión de seis a doce años al que:

“Causara 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 o una grave enfermedad somática o psíquica”.

La misma pena se impondrá al que “causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones. Si la víctima fuera menor o incapaz será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”, según dispone el número 2º del referido precepto.

Las lesiones cualificadas por el resultado consisten en graves menoscabos de la integridad corporal o de la salud física o mental de una persona que, por su carácter irreversible o difícilmente corregible, justifican la gravedad de la pena. Las lesiones cualificadas son las siguientes:

A. Pérdida o inutilización de órgano o miembro principal

Desde el punto de vista de la afección al bien jurídico protegido, tanto la pérdida como la inutilización o pérdida de la funcionalidad son resultados materialmente equiparables. Sin embargo, por “pérdida” habría que entender la separación del órgano o miembro del cuerpo de la víctima; su desaparición por mutilación, extirpación, etc. Por su parte, “inutilizar” equivale a dejar privado de su función al órgano o miembro, pues aunque sigue unido al cuerpo humano le es inservible al mismo, por lo que es suficiente con que la inutilidad sea tal que prácticamente su función sea nula o casi nula; no es precisa la completa inutilidad del miembro (STS de 27 de abril de 2003), basta el impedimento parcial del movimiento de un dedo (STS de 17 de septiembre de 1990). Así se confirma la doctrina jurisprudencial que asimila a la pérdida incluso la inutilidad parcial del órgano o miembro principal²⁶. Por tal debe entenderse, al tratarse de un concepto objetivo y valorativo, el órgano o miembro “esencial pero no vital”:²⁷ un riñón, el pie, la lengua, la mano, un ojo, etc. Por **miembro principal** debe entenderse toda extremidad u órgano externo o interno del cuerpo humano que posea actividad funcional independiente y relevante para la vida, para la salud o para el normal desenvolvimiento del individuo y por **miembro no principal** al que gozando en principio de las mismas condiciones le falte la de la función autónoma por hallarse al servicio de otros miembros u órganos principales y no resulta plenamente indispensables para la vida o para la salud completa del individuo pero que, a consecuencia de su falta, no puede éste realizar las funciones todas de su plena actividad por suponer su pérdida una minusvalía (SS. del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1992 y 20 de enero de 1993).

Si el órgano o miembro afectado no es principal, su pérdida o inutilidad, por cualquier medio o procedimiento que lo menoscabe, será castigada con la pena de prisión de tres a seis años, conforme prescribe el artículo 150 CP.

B. Pérdida o inutilidad de un sentido

El Código Penal se refiere a cualquiera de los sentidos. Por lo que se refiere a la privación de la vista no es preciso la pérdida total de la visión, basta con una debilitación tal que al lesionado le sea prácticamente inservible. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha proclamado, reiteradamente, que “privación de un ojo

26. Vid. SERRANO GOMEZ/SERRANO MAILLO, cfr., p. 111 nota 36 y TAMARIT, cfr., p. 784.

27. Vid. MUÑOZ CONDE, cfr., pp. 120 y s.

equivale a pérdida de la visión del mismo” (S. de 20 de enero de 1975), equiparándose a dicha secuela los supuestos de notable disminución de su potencia visual (S de 18 de mayo de 1983), habiendo declarado la Sala Segunda del Alto Tribunal que “la pérdida del ojo o miembro principal es equiparable a quedar impedido de él, con lo que se identifican la pérdida anatómica y funcional” (S. de 25 de febrero de 1986). “Mutatis mutandi”, podemos afirmar respecto de los demás sentidos.

C. Grave enfermedad somática o psíquica

Enfermedad somática es toda aquella que afecta al cuerpo humano, menoscabando la salud o alterando el estado fisiológico en alguna parte del cuerpo. En las enfermedades somáticas, para determinar la gravedad, habrá de recurrirse al tipo de duración, afirmando la gravedad de las lesiones incurables y permanentes, así como aquellas que suponen un peligro para la vida: vgr., el SIDA; grave enfermedad que genera la aplicación del artículo 149 para quien la transmite voluntariamente.²⁸ Por **enfermedad psíquica** hay que entender “toda clase de perturbación mental de tipo permanente” que es, según la STS de 8 de mayo de 1990, la lesión más grave que se puede producir a una persona. La víctima, como consecuencia del trauma craneal padecido, quedó incapacitada para el ejercicio de toda actividad normal a causa del deterioro mental padecido, afectada de graves lagunas amnésicas, secuela que se califica de “irreversible y permanente”.

D. Impotencia y esterilidad

La **impotencia** es la incapacidad para realizar el acto sexual, tanto en el hombre como en la mujer, con la consiguiente incapacidad para engendrar, sin perjuicio de que se pueda engendrar gracias a las técnicas de reproducción asistida. Por su parte, la **esterilidad**, es la falta de aptitud para fecundar en el hombre y para concebir en la mujer. La castración, es decir, la extirpación o inutilización de los órganos genitales, también conlleva la impotencia. Es posible la tentativa, cuando el sujeto activo fracasa en la finalidad perseguida, tal y como aconteció, en la STS de 11 de mayo de 1995, en la que el sujeto con conocimientos de artes marciales propinó fuertes patadas en la tripa de su novia a la altura del único ovario que ésta tenía, con el ánimo confesado de impedirle tener hijos, sin conseguir provocarle la esterilidad.²⁹

28. Según la STS de 28 de enero de 1997, el acusado, portador del virus V.I.H. y conocedor de ello, tras la práctica de varias pruebas, con resultado positivo, mantuvo relaciones sexuales con mujer mayor de edad durante mes y medio a sabiendas él del resultado positivo indicado, haciéndolo sin tomar como medida preventiva, la de usar preservativo, y sin haberle comunicado a aquélla tal padecimiento, ni conocerlo la misma. Consecuencia de ello fue que resultó contagiada de dicha enfermedad o virus, que le fue diagnosticada tras varias pruebas positivas. Sentencia citada por SERRANO GOMEZ/SERRANO MAILLO Cfr., p. 114 nota 42.

29. Citada por TAMARIT, cfr., p. 787.

E. Deformidad

Es toda irregularidad física, visible y permanente; alteración corporal externa, anormalidad física que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista, sin que lo excluya la posibilidad de eliminación por medio de una operación de cirugía reparadora, según reiterada doctrina jurisprudencial (SS. de 23 de enero de 1990; 10 de septiembre de 1991; 6 de junio de 2002 y 25 de marzo de 2004). Además de la irregularidad física, la permanencia y la visibilidad, es preciso que la irregularidad tenga cierta entidad y relevancia, de modo que queden excluidos los defectos que, pese a ser físicos, sensibles y permanentes, carezcan de importancia por su escasa significación antiestética; juicio valorativo en que debe atenderse a la triple circunstancia del aspecto físico anterior de la víctima, a las condiciones personales de la misma: su sexo, profesión y demás circunstancias subjetivas y sociales: imperfecciones de la cara, cicatrices afeantes del rostro, autodeterminación de la persona, según proclama nuestro Alto Tribunal en SS. de 17 de septiembre de 1990; 14 de abril de 1989, 10 de febrero de 1992 y 30 de abril de 1992.

Por consiguiente, el concepto de **deformidad** es, como subraya MUÑOZ CONDE³⁰, “un concepto valorativo estético que depende de las más diversas circunstancias”; a saber: la edad, sexo, profesión, etc., del lesionado, considerándose como “grave deformidad” las cicatrices y desfiguraciones del rostro, la pérdida de dientes incisivos (STS de 16 de junio de 1990), sin que las eventuales mejoras en razón de hipotéticas intervenciones quirúrgicas posteriores de cirugía reparadora, plástica o estética incidan en la calificación jurisdicopenal de la deformidad, según ha proclamado, entre otras, la STS de 12 de julio de 1999.

Por otra parte, la **deformidad que no sea grave**, se castiga con la pena de prisión de tres a seis años, según dispone el artículo 150 CP. La STS de 21 de junio de 2003 establece que el referido precepto incluye todos los supuestos de deformidades que no deban ser calificadas como “graves”, siempre y cuando en éstas concurren las notas de irregularidad o alteración física, permanencia y ostensibilidad³¹. Sin embargo, la pena es excesiva porque son muchos los casos de leve deformidad, susceptibles de integrarse en el tipo penal que llevarían al sujeto directamente a prisión, en virtud del límite mínimo de la pena señalada: tres años, sin posibilidad de suspensión de la ejecución ni de sustitución de la pena privativa de libertad (artículos 80 y ss del CP).

Ciertamente, es una evidente vulneración del principio de culpabilidad³², si tenemos en cuenta que, según la jurisprudencia dominante, constituye deformidad la pérdida de piezas dentarias (SS. de 4 de junio de 2002 y 27 de diciembre de 2005) y que basta con el dolo eventual (SS. de 3 de junio de 2000 y 20 de enero de

30. Cfr., p. 121.

31. Citada por TAMARIT, cfr., pp. 787 y s.

32. Vid. SERRANO GOMEZ/SERRANO MAILLO, Cfr., p. 117.

2003)³³. En todo caso, una deformidad que quede bien reparada con una sencilla operación de cirugía estética debe ser valorada como menos grave que otra en la que esa posibilidad no exista o sea más difícil de reparar³⁴.

F. Mutilación genital

Según la Exposición de Motivos de la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, “la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales” (apartado IV.3º). La mutilación genital femenina es la remoción total o parcial de los genitales femeninos, referida a la ablación del clítoris, remoción del labio menor o remoción del clítoris, labia y su cierre con sutura.

El tipo penal castiga con la pena de prisión de seis a doce años al que causara a otro una mutilación genital, “en cualquiera de sus manifestaciones”, con los consiguientes problemas de determinación y fijación de los hechos que ocasionen lesiones y no mutilaciones genitales, a consecuencia de la configuración legal de este tipo abierto.

2.5. El tipo subjetivo del delito de lesiones

La imputación dolosa de la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico o de los resultados cualificantes exige que el Tribunal, tras la pertinente valoración de la prueba, llegue a la íntima convicción de que el sujeto actuó dolosamente, siquiera sea con **dolo eventual**, puesto que según la doctrina reiterada del Tribunal Supremo (S. de 27 de diciembre de 1982, “caso Bultó” y S. de 23 de abril de 1992, “caso del síndrome tóxico de la colza), quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima. Y ello se puede afirmar por la contundencia y objetivo del golpe, con independencia de la condición del acusado de experto en artes marciales (taekwondo), según ha proclamado la STS de 30 de junio de 2000 la agresión con un vaso de cristal en la cara, con tal intensidad que provoca su estallido produciendo secuelas deformantes; deformidad abarcada por el dolo del sujeto, aunque sea dolo eventual (STS de 14 de mayo de 1998). En suma, lo decisivo es que el Juez pueda obtener la convicción de que “el autor ha preferido la realización de la acción a la evitación de sus posibles consecuencias”. (STS de 23 de abril de 1992).

33. Idem., notas 56 y 57.

34. Vid. MUÑOZ CONDE, cfr., p. 122.

Por otro lado, es inadmisibles que el dolo se exija sólo respecto a la acción que, por cualquier medio o procedimiento, causa a otro una lesión, siendo bastante para imputar el resultado el vínculo causal entre aquélla y éste, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad, porque como ya señalé en otro lugar³⁵, el Código Penal consagra el principio de **responsabilidad subjetiva**, entre las garantías penales, de tal modo que, “no hay pena sin dolo o imprudencia” (artículo 5); suprimiendo, de esta suerte, la responsabilidad objetiva o por el resultado. Cuando la acción dolosa inicial de lesionar provoca un resultado de lesiones más graves que el querido, la solución no es aplicar el régimen jurídico de la preterintencionalidad, –derogada en el nuevo Código Penal que no la incluye en el catálogo de las circunstancias atenuantes del artículo 21– sino la técnica del concurso ideal entre la lesión dolosa inicial y la realmente producida por imprudencia, respecto al resultado más grave³⁶.

La causación por **imprudencia grave** de alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores al 152 será castigada de la forma siguiente:

1º Con la pena de prisión de tres a seis meses, si se tratare de las lesiones artículo 147.1.

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

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

Cuando los hechos referidos en el artículo 152 se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá, asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a cuatro años. Cuando las lesiones fueren cometidas por **imprudencia profesional**³⁷ se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años, según dispone el número 3. del referido artículo 152.

Se castiga como **falta contra las personas** con la pena de multa de uno a dos meses, a los que por la imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147, según establece el número 1. del artículo 621 CP. En cambio, la **imprudencia leve**, es decir la que no es grave ni temeraria, se castiga con la pena de multa de uno a dos meses o diez a treinta días, si “causara la muerte

35. Vid. MARTOS NUÑEZ, “El principio de responsabilidad subjetiva. Análisis dogmático de su consagración en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del nuevo Código Penal”, en RDPC, N° 6, 1996, pp. 848 y s.

36. Vid. MARTOS NUÑEZ, “El principio...”, op. cit., p. 849 y MUÑOZ CONDE, cfr., pp. 122 y s.

37. Vid. GOMEZ RIVERO, “La responsabilidad penal del médico”, Valencia, 2003.

de otra persona” o “lesión constitutiva de delito”, respectivamente (artículo 621, 2. y 3.). En virtud del principio de “responsabilidad subjetiva”, la pena se impone en base a una acción proporcionada tanto al “desvalor de la acción” como al “desvalor del resultado”, equilibrio que deviene inestable en el referido artículo 621.2 CP.³⁸ Si el hecho se cometiere con vehículo a motor o ciclomotor, podrá imponerse además la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de tres meses a un año; y si se empleara arma, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres meses a un año (artículo 621, 4. y 5.).

Las infracciones penadas en el artículo 621, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, conforme señala el número 6. del mencionado precepto.

2.6. La participación en el delito de lesiones

La participación intentada

Se castiga con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente de lesiones dolosas “la provocación, la conspiración y la proposición” para cometer los delitos previstos en los artículos 147 a 150, según dispone el artículo 151. Cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de cualquiera de los delitos mencionados y resuelven ejecutarlo, hay conspiración criminal para cometer el delito de lesiones, según declara el número 1. del artículo 17. En cambio, cuando el que ha resuelto cometer un delito de los citados anteriormente, invita a otra u otras personas a ejecutarlo, hay proposición delictiva, en los términos del número 2. del artículo 17. Finalmente, cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de cualquiera de los delitos que describe el artículo 151, hay provocación criminal, que se castigará como inducción a cometer el delito si a la provocación hubiese seguido la perpetración del crimen, según declara el artículo 18 CP.

La participación en riña

El artículo 154 castiga “por su participación en la riña” con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses a:

“Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas”.

El tipo exige la participación de más de dos personas que llegan a las vías de hecho y no las simples agresiones verbales. Es un delito de peligro concreto,

38. Vid. MARTOS NUÑEZ, cfr., p. 857.

derivado del uso de medios o instrumentos con potencialidad lesiva para poner en peligro la vida o la integridad de las personas. El dolo comprende la participación en la riña y el uso de medios o instrumentos peligrosos y no solamente su porte. Cabe la legítima defensa que se niega por la jurisprudencia dominante cuando la riña es mutuamente aceptada. Siempre que haya autor conocido, la riña tumultuaria es una norma subsidiaria respecto de los delitos más graves de lesiones, homicidio o asesinato, debiéndose aplicar el precepto penal más grave que excluirá a los que castiguen el hecho con pena menor (artículo 8.4ª CP).

Aunque el artículo 154 CP prescinde de las recusables presunciones de culpabilidad que se daban anteriormente, se extiende la responsabilidad de la utilización de esos medios, al no poder personalizar quién los esgrime, a todos los partícipes en la riña, con lo que de algún modo sigue perviviendo un cierto estilo de “delito de sospecha”. En consecuencia, si intervinieron en la riña pero no consta que utilizaran ningún medio o instrumento peligroso, no cometieron el delito de participación en riña tumultuaria, según proclamó la STS de 29 de enero de 1999.

3. LA VIOLENCIA DOMESTICA

3.1. Consideraciones politicocriminales sobre la violencia doméstica

Los malos tratos en el ámbito familiar constituyen una problemática reciente y muy preocupante en la sociedad española, que ha motivado distintas reformas legislativas sobre la materia, a saber:

La L.O. 14/1999, de 9 de junio, de Modificación del Código Penal de 1995, en Materia de Protección a las Víctimas de Malos Tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros.

La L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

A pesar de todo, 60 mujeres han perdido la vida a manos de sus compañeros o excompañeros sentimentales, el mismo número de fallecidas que en el año 2005. Aunque la denuncia es el primer paso para resolver una situación de maltrato, sin embargo, sólo 18 de las 60 mujeres asesinadas habían denunciado a su verdugo. Aún así, entre un 12 y un 14% retira la denuncia. El miedo al rechazo social hace que un 24% de los agresores intente quitarse la vida tras asesinar a su víctima, logrando su propósito el 18%. El número total de personas enjuiciadas por los juzgados de Violencia sobre la Mujer, en su primer año de funcionamiento fue de 20.132 de las que 15.036, el 80% fueron condenadas³⁹. Estos datos

39. Fuente: Qué! 24-XI-06, p. 10.

nos revelan, palmariante, que el problema de la denominada **Violencia de Género**, excede con creces de la órbita políticocriminal y legislativa, para hundir sus raíces en la educación, la cultura de la tolerancia y el respeto entre todos los seres humanos, iguales ante la Ley en derechos y obligaciones, con independencia de su "sexo", según proclama el artículo 14 de la Constitución Española.

3.2. El tipo básico

El número 1 del artículo 153 CP castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años al que:

"Por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor".

Por consiguiente, se eleva a la categoría de delito la falta de lesiones y de malos tratos de obra previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 617. El concepto de "menoscabo psíquico" debe interpretarse por asimilación al de lesión psíquica del artículo 147, según la idea de menoscabo de la salud mental.

3.3. El tipo cualificado

El número 3. del artículo 153 CP establece que las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando "el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza". Basta con el uso intimidatorio del arma mediante su exhibición ante la víctima, en base al especial efecto intimidatorio y al impacto psíquico que la violencia doméstica ejerce sobre la persona que la sufre. El quebrantamiento de las penas privativas de derecho previstas en el artículo 48 CP, afecta a las siguientes medidas de protección.

La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

Sobre las medidas cautelares o de seguridad acordadas judicialmente, se contemplan en el artículo 96.3, 4ª, 9ª y 10ª CP, de la misma naturaleza, no privativas de libertad, que las consignadas en el referido artículo 48.

3.4. Tipos atenuados

El número 2. del artículo 153, atenúa el límite mínimo de la pena de prisión señalado en el tipo básico de seis a tres meses y la inhabilitación para el ejercicio de patria potestad..., de cinco a tres años:

“Si la víctima del delito previsto en el apartado 1. fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2., exceptuadas las personas contempladas en el apartado 1 de este artículo”.

Las personas que se recogen en el artículo 173.2., excluidas las que aparecen en el artículo 153.1. son las siguientes:

“Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

El mencionado precepto configura como **delito contra la integridad moral** la violencia habitual física o psíquica sobre personas vinculadas al agresor, “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica “ (artículo 173.2 CP). Por consiguiente, el delito previsto en el artículo 153 CP, cuando se trate de meros malos tratos o de golpes no constitutivos de lesión, perderá su autonomía en los casos de habitualidad, en los que, según MUÑOZ CONDE⁴⁰, “se debe aplicar el artículo 173.2., que prevé un régimen punitivo más severo; “mutatis mutandi” debe afirmarse respecto al delito de lesiones que proviene de la comisión de cuatro faltas de esa índole en el plazo de un año (artículo 147.1. CP). Sin embargo, cabe el concurso entre el delito previsto en el artículo 173.2. y delitos de lesiones graves o incluso de homicidio o asesinato, según el referido autor.

40. Cfr., p. 191.

No obstante, lo previsto en los números 1, 2 y 3 del artículo 153, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”, podrá imponer la pena inferior en grado, según dispone el número 4. del referido precepto.

El **principio de Humanidad**, informa esta atenuación de la pena, en el ámbito siempre complejo de la violencia doméstica, donde las personas conviven con elementos educativos, laborales, sentimentales, etc., que, en circunstancias extremas, afloran lo peor de una persona, poniendo en concreto peligro la vida o la integridad física o psíquica de terceros. La Criminología y la Victimología modernas, sin duda, aportaran al Juez o Tribunal elementos personales y fácticos que contribuirán, positivamente, a la correcta aplicación de la norma, a fin de que, en ningún caso, “se premie, se transija o se comprenda” al maltratador.

4. EL CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE LESIONES

La integridad corporal y la salud física o mental de una persona es un derecho fundamental que se consagra en el artículo 15 de la Constitución Española y, por consiguiente, un **bien jurídico indisponible**, de tal suerte que el “consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido” no exime de responsabilidad penal al ofensor sino que, por imperativo del artículo 155, “se impondrá la pena inferior en uno o dos grados”, no siendo válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o incapaz. Sin embargo, las autolesiones son impunes. En base a la analogía “in bonam partem”, la atenuación es aplicable a las lesiones constitutivas de faltas del artículo 617 CP. El consentimiento ha de prestarse para lesiones concretas o probables. En las lesiones deportivas, derivadas de prácticas de riesgo, v.gr. el fútbol, el boxeo, etc., las lesiones causadas dentro del riesgo permitido y respetando las “reglas del juego” son atípicas, como consecuencia de la autopuesta en peligro de bienes jurídicos con la consiguiente exposición voluntaria y asunción del riesgo derivado de actividades peligrosas.

No obstante lo dispuesto en el citado artículo 155, “el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante 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”, conforme dispone el artículo 156 CP. En los casos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual (párrafo primero del artículo 156 CP) —en la medida en que afectan a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1. de la Constitución Española)—, se exige que el donante otorgue su consentimiento por escrito tras las explicaciones del Médico que ha de efectuar la extracción (artículo 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre de “Extracción y trasplante de órganos”). En las intervenciones médicas, el artículo 8º de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de “la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, trata del **consentimiento informado**, que será verbal una vez reciba información asistencial; no obstante, se exige el consentimiento escrito en los casos siguientes:

“Intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, el cual podrá revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”. Sin embargo los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente sin necesidad de contar con su consentimiento, “cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él” (artículo 9.2. letra b de la referida Ley).

Por otra parte, **persona incapacitada** es la que ha sido declarada incapaz a través de un proceso previo de declaración de su incapacidad en la vía civil y no la persona que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma, “haya sido o no declarada su incapacitación”, como prescribe el artículo 25 del Código Penal. Por consiguiente, en la “esterilización de los deficientes psíquicos” el criterio rector ha de ser el “mayor interés del incapaz”, no el consentimiento del deficiente que siempre será inválido.⁴¹

5. BIBLIOGRAFÍA

BAJO FERNÁNDEZ, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial” (Delitos contra las personas). Editorial Ceura, Madrid, 2ª edición, 1987.

— “La actualización del Código Penal de 1989”. Madrid, 1989.

41. Vid. MUÑOZ CONDE, *cfr.*, p. 131. Del mismo autor, “La esterilización de los deficientes psíquicos: comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994”, RDGH, 1995. Véase además, BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, “El consentimiento en las lesiones”, en CPC, núm. 14, 1981 y ROMEO CASABONA, “El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código penal de 1980”, en CPC, 1980.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, "El consentimiento en las lesiones", CPC, núm. 14, 1981.
- "El delito de lesiones". Salamanca, 1982.
- "Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal", DJ, 1983.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / RODRÍGUEZ RAMOS, "Manual de Derecho Penal. Parte Especial". I. Ediciones Akal, S.A., Madrid, 1990.
- DEL ROSAL BLASCO, "Comentarios a la Legislación penal". Tomo XIV. Vol. 1º EDERSA, Madrid, 1992.
- GÓMEZ RIVERO, "La responsabilidad penal del médico", Valencia, 2003.
- LANDECHO / MOLINA, "Derecho Penal Español. Parte Especial". Editorial Tecnos, S.A., 2ª edición, Madrid, 1996.
- MARTOS NÚÑEZ, "La preterintencionalidad", RDPC, Nº 3, 1993.
- "El principio de responsabilidad subjetiva. Análisis dogmático de su consagración en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del nuevo Código Penal", RDPC, Nº 6, 1996.
- MUÑOZ CONDE / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / GARCÍA ARÁN, "La reforma penal de 1989", Madrid, 1989.
- MUÑOZ CONDE, "La esterilización de los deficientes psíquicos: comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994", RDGH, 1995.
- "Derecho Penal. Parte Especial", Valencia, Decimoquinta edición, 2004.
- ROMEO CASABONA, "El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980", CPC, 1980.
- SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAILLO, "Derecho Penal. Parte Especial". Madrid. Undécima edición, 2006.
- TAMARIT SUMALLA, "Comentarios al Nuevo Código Penal", Navarra, 3ª edición, 2004.