

LOS DELITOS DE LESIONES EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Santiago B. Brage Cendán

Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO:

I. Consideraciones previas. II. Bien jurídico, sujetos y objeto material. III. Tipo básico (art. 147.1). IV. Tipo privilegiado (art. 147.2). V. Tipo agravado del art. 148. VI. Tipos agravados por el resultado (arts. 149 y 150). VII. La problemática del consentimiento en los delitos de lesiones.

I. Consideraciones previas

La regulación de las lesiones no sufre, si la comparamos con la efectuada por el anterior Código, grandes modificaciones. No obstante, entre las innovaciones introducidas por el nuevo Código penal de 1995, con la finalidad de corregir diversas deficiencias técnicas de las que adolecía el tratamiento legal incorporado en el año 1989 y denunciadas por la doctrina y la jurisprudencia, merecen destacarse la desaparición de las lesiones cualificadas por el resultado del art. 421.2, la reformulación del tratamiento de los supuestos más graves de lesiones, la desaparición de las contradicciones entre los anteriores arts. 421 y 582.1, la clarificación del criterio delimitador entre el ámbito del delito y el de la falta, y, finalmente, la desaparición del catálogo de delitos de la desfasada figura de inutilización o mutilación para eximirse del servicio militar obligatorio (anteriores arts. 422 y 423), y de las lesiones con infracción de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo (antiguo art. 427), que ha dado paso a un nuevo delito de peligro insertado en el art. 316 (1).

* Prof. Asociado de Derecho Penal.

(1) Sobre las modificaciones operadas por el Código penal de 1995 en esta materia, vid., entre otros, GONZALEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, vol. I, (obra

Por lo demás, la normativa que el Código penal de 1995 dedica a las lesiones -ubicadas dentro del Título III, del Libro II- se compone, a grandes rasgos, de un tipo básico (art. 147.1), en torno al cual se configuran modalidades agravadas, ya sea por la forma en que se lleva a cabo la conducta o las condiciones del sujeto pasivo (art. 148), o bien por la entidad del resultado causado (arts. 149 y 150). Además, de acuerdo con el sistema de punición del Código, se castigan de forma expresa la comisión por imprudencia grave (art. 152) y la provocación, conspiración y proposición para cometer estos delitos (art. 151). Por último, al consentimiento se le reconocen efectos de atenuación de la responsabilidad criminal (art. 155), y permanecen, de forma muy similar a las del anterior Código, las previsiones sobre trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual (art. 156).

II. Bien jurídico, sujetos y objeto material

Sobre la cuestión de cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones no existe unanimidad doctrinal. Son muchas las posiciones sustentadas por diversos sectores de la doctrina en relación con este punto, no obstante, y pese a que el legislador parece decantarse por una posición dualista al definir la lesión como menoscabo de la *integridad corporal* o de la *salud física o mental* (art. 147), parece ser dominante la tesis monista que considera que nos hallamos ante dos manifestaciones de un único bien jurídico: "la salud física o mental" (2). Así, el concepto de salud, entendido como ausencia de enfermedad o de alteración corporal, sería el más apropiado para designar el bien jurídico tutelado, al comprender cualquier alteración del normal funcionamiento del cuerpo, ya sea por pérdida de sustancia corporal (integridad), ya por inutilización funcional de cualquier órgano o

colectiva dirigida por M. Cobo del Rosal), Madrid, 1996, p. 140; y SANCHEZ-JUNCO MANS, J., *Código penal de 1995. (Comentarios y jurisprudencia)*, (coordinado por I. Serrano Butragueño), Granada, 1998, pp. 971 y 972.

(2) En este sentido, vid. CARBONELL MATEU, J. C./GONZALEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal. Parte especial*, en T. S. Vives Antón y otros, Valencia, 1996, pp. 116 y 117; y GONZALEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal...*, cit., p. 140. En sentido diverso, entendiendo que el bien jurídico lo constituye la **integridad y salud personales**, vid. DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, Valencia, 1997, pp. 22 y ss.

miembro (inutilidad), ya por enfermedad física o psíquica. Además, se alega por este sector doctrinal mayoritario que la integridad en sí misma, desgajada del más amplio concepto de salud, no puede ser objeto jurídico, dado que pueden existir pérdidas provocadas de sustancia corporal que persiguen mejorar la salud del sujeto, como, por ejemplo, la extirpación de unas amígdalas o la amputación de una pierna gangrenada. Este bien jurídico, por lo demás, tiene un directo reconocimiento constitucional en el derecho fundamental a la integridad física y moral recogido en el art. 15 de la Magna Carta.

En relación al **sujeto activo** de las lesiones, la doctrina sostiene que sólo puede serlo un tercero, dado que la conducta típica en estos delitos siempre hace referencia a "otro", lo que, por lógica consecuencia, conlleva la atipicidad de las autolesiones, con la consiguiente impunidad de los partícipes.

En cuanto al **sujeto pasivo** y al **objeto material**, que en estos delitos coinciden, lo es todo ser humano con vida independiente, por lo que quedarían excluidos aquellos seres humanos carentes de vida y aquellos que sólo poseen una vida dependiente (feto). Los ataques a la salud física o mental de estos últimos encontrarían acomodo en los arts. 157 y 158 CP. Finalmente, debe tratarse de un sujeto pasivo individual, ya que la protección de la salud de la colectividad está asignada a otros preceptos penales, lo que, por lo demás, vendría avalado por la referencia a "otro".

III. Tipo básico (art. 147.1)

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.

La estructura típica objetiva de este tipo básico de lesiones es la de un delito de resultado material constituido por una acción u omisión de

medios indeterminados, que causa un resultado consistente en un menoscabo a la salud que requiere objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico (3).

La expresión "por cualquier medio o procedimiento" que utiliza el art. 147.1 -así como también los arts. 149 y 617.1 y que debe igualmente entenderse aplicable al tipo privilegiado del art. 147.2 y a los tipos agravados de los arts. 150 y 148.3º-, hace referencia al carácter de medios indeterminados de la acción típica. Esta formulación permite incluir en el tipo comportamientos en los que se empleen medios violentos que suponen la utilización de la fuerza física sobre el cuerpo del sujeto pasivo, pero también aquellos que, sin ejercer fuerza física sobre la víctima, tienen capacidad para afectar a su salud (ingestión de veneno, transfusión de sangre infectada, etc.). Asimismo, deben incluirse los medios de naturaleza psíquica que, debido a su incidencia sobre el equilibrio psicofísico del sujeto, terminan afectando a su salud física o mental. Además, la extensa alusión a cualquier medio o procedimiento permite el castigo de la comisión por omisión, siempre que se den los requisitos contemplados en el art. 11 (4).

En cuanto al resultado típico, éste consiste en el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o psíquica, coincidente con el concepto de lesión al que alude el propio precepto (5). No obstante, para que el hecho pueda calificarse de delito es necesario que para la sanidad de la lesión, además de una primera asistencia facultativa, se requiera tratamiento médico o quirúrgico, siendo este último el criterio general delimitador entre el ámbito del delito y el de la falta (art. 617.1) (6). La nota común a los conceptos de "primera asistencia facultativa" y "tratamiento médico o quirúrgico" es su

(3) Vid. DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., p. 62.

(4) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios al nuevo Código penal*, (obra colectiva dirigida por G. Quintero Olivares), Pamplona, 1996, p. 729; y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1996, p. 107.

(5) En este sentido, DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., p. 46, estima reiterativa la doble mención en el art. 147.1 al resultado de lesión y al menoscabo de la integridad corporal o salud física o mental.

(6) La falta dolosa de lesiones se contiene en el art. 617.1 que dispone: "El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses".

inserción dentro de las actividades propias de los profesionales de la sanidad. Respecto a la definición de tales conceptos, y teniendo en cuenta las dificultades existentes para establecer una delimitación clara entre los mismos puestas de relieve por la doctrina, podemos decir que la “asistencia facultativa” es la ayuda, atención o cuidados que los profesionales de la sanidad pueden prestar a otra persona que los necesita a partir de las especiales capacidades personales y medios de que disponen (7). Por su parte, el “tratamiento médico o quirúrgico” puede definirse como el conjunto de actividades de profesionales de la sanidad con las que se pretende eliminar, disminuir o evitar la agravación de los menoscabos sufridos por una persona como consecuencia de una acción agresiva, así como paliar los sufrimientos ligados a tales menoscabos. Esta última definición excluye tanto aquellas actividades médico-quirúrgicas ajenas a la actividad sanitaria, como también las actividades de diagnóstico o preventivas, que podrían incluirse en el concepto de “primera asistencia facultativa” (8). Además, ahora se hace constar con carácter expreso que la necesidad del tratamiento médico o quirúrgico ha de ser objetiva, en el sentido de que el delito concurre aunque en el caso concreto no llegue a aplicarse por diversas circunstancias, como, por ejemplo, que el sujeto prefiera automedicarse o acudir a personal no facultativo. Asimismo, el propio precepto aclara que la mera vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico, por lo que esta innovación debe servir para contener con carácter general las tentaciones expansivas del concepto de tratamiento puestas de manifiesto en ocasiones por la jurisprudencia.

En relación al tipo subjetivo demos señalar que el dolo, en cualquiera de sus modalidades, debe abarcar, además de la acción u omisión típicos, la producción como consecuencia de ellos de un menoscabo para la integridad

(7) Vid. DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., p. 50; y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, cit., p. 107.

(8) Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., pp. 54 y 55. La jurisprudencia distingue a su vez entre tratamiento médico y tratamiento quirúrgico. Así, la STS de 27 de diciembre de 1994 (A. 10318) entiende por tratamiento médico la planificación de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa, mientras la STS de 28 de febrero de 1994 (A. 1582) dice que el tratamiento quirúrgico se presenta cuando para restablecer la salud no es bastante la administración de medicamentos, sino que es preciso intervenir sobre el sujeto con las manos o con instrumental específico.

corporal o la salud física o mental de características tales que requiera objetivamente para su sanidad, más allá de una primera asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico (9). Por otra parte, la realización culpable de este tipo básico está prevista como delito en el art. 152.1.1.º CP si se trata de imprudencia grave, y como falta en el art. 621.3 si la imprudencia es leve (10). Si la imprudencia se realiza utilizando vehículo a motor, ciclomotor o arma de fuego, o merece el calificativo de imprudencia profesional, se tendrán en cuenta las prescripciones de los arts. 152.2 y 3 si son casos de imprudencia grave, y las previsiones de los arts. 621.4 y 5 en todos los supuestos de imprudencia leve (11).

Respecto a las formas imperfectas, son factibles no sólo la tentativa acabada e inacabada, sino también los actos preparatorios de la conspiración, proposición y provocación, tal y como dispone el art. 151 (12).

Por último, la pena prevista para el tipo básico de lesiones dolosas es la de prisión de seis meses a tres años.

-
- (9) En sentido divergente, GUERALT JIMENEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 1996, p. 68 y 71, quien estima que en la lesiones dolosas, la acción inicial debe ser dolosa, con cualquier modalidad de dolo, mientras que la producción concreta del resultado no es necesario que sea abarcado por el dolo inicial. Criticando tal parecer, DIEZ RIPOLLES, J.L., *Los delitos de lesiones*, cit., pp. 63 y 64.
- (10) El art. 152.1. dispone: "El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado: 1.º Con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana si se tratare de las lesiones del artículo 147.1..."
El art. 621.3 establece: "Los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito, serán castigados con pena de multa de quince a treinta días".
- (11) Art. 152: "2. Cuando los hechos referidos en este artículo 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 tres años. 3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional 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".
Art. 621: "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".
- (12) El art. 151 establece: "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".

IV. Tipo privilegiado (art. 147.2)

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.

La previsión de una atenuación de la pena del tipo básico se debe a la complejidad de la materia a regular, lo que obliga a establecer una reacción proporcionada a la gravedad de la lesión. Por lo demás, en este tipo privilegiado (13), que ya existía en el anterior Código penal (art. 420, párrafo 2º), se han introducido algunas modificaciones dignas de mención. Así, frente a la anterior atenuación facultativa (...podrá ser castigado...), se ha pasado a una atenuación preceptiva (...será castigado) (14), además de sustituirse la expresión "naturaleza de la lesión y las demás circunstancias" por la de "atendidos el medio empleado o el resultado producido".

El tipo privilegiado del art. 147.2 entrará en juego cuando las lesiones a las que se refiere el anterior apartado puedan catalogarse como de menor gravedad, menor gravedad que se determinará en atención a un doble parámetro "el del medio empleado" y "el del resultado producido", con lo que se logra una construcción equilibrada de los tipos que permite valorar tanto los aspectos relativos al desvalor de acción como los que afectan al desvalor del resultado (15). De este modo, si se considera el resultado, podrían calificarse de menor gravedad aquellas lesiones que, aun precisando objetivamente tratamiento médico o quirúrgico, en los términos señalados, no afectan de manera significativa a la salud de un sujeto. Por el contrario, si se acude al

(13) En contra de la denominación de "tipo privilegiado" del art. 147.2, DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., pp. 66 y 67, para quien el tipo es una regla específica de medición legal de la pena.

(14) En el sentido de que esta modificación resulta más estética que de fondo, puesto que es al Tribunal a quien corresponderá afirmar la menor gravedad, vid. CARBONELL MATEU, J. C./GONZALEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal...*, cit., p. 122; y SANCHEZ-JUNCO MANS, J., *Código penal de 1995...*, cit., p. 977.

(15) Vid. DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., pp. 67 y 68; y TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios al nuevo...*, cit., p. 732.

criterio de los medios empleados, podrán incluirse los casos en los que el resultado no se corresponde con la entidad de los medios utilizados o con la forma de producirse la lesión, que es mayor de lo que cabía esperar (16).

Por otra parte, debe señalarse que el tipo privilegiado del art. 147.2 está en relación de dependencia con respecto al tipo descrito en el párrafo primero, lo que se desprende de la redacción de esta cláusula atenuatoria, por lo que deben concurrir todos los requisitos del tipo básico para la consideración de la lesión como delito.

Finalmente, debemos indicar como el carácter privilegiado de estas lesiones no sólo se observa en los supuestos dolosos (donde la pena atenuada es la de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses frente a la pena de prisión de seis meses a tres años del tipo básico), sino también en los culposos, ya que la comisión por imprudencia grave -a diferencia de lo que ocurre en los demás casos- no es constitutiva de delito, sino de la falta del art. 621.1 (17). Y en el supuesto de que estas lesiones atenuadas se causen por imprudencia leve se aplicará el apartado 3 de este mismo precepto, como ocurre en los otros casos.

V. Tipo agravado del art. 148

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 hubiera mediado ensañamiento. 3º. Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

(16) Cfr. GONZALEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal...*, cit., p. 160.

(17) El art. 621.1 dice: "Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses".

El art. 148 configura tres tipos cualificados que carecen de autonomía en relación a las lesiones del art. 147.1, por lo que para su integración en el tipo se exige la concurrencia previa de los requisitos del tipo básico (18). Como una de las innovaciones más importantes introducidas por el Código de 1995 en este precepto, cabe mencionar la necesidad de atender “al resultado causado o riesgo producido”, exigencia que se superpone a los tres supuestos de hecho que sirven de base a la agravación. El empleo de esta defectuosa técnica ha creado confusión en la doctrina, si bien un sector importante de la misma ha entendido que de la estructura de la frase se puede concluir que se trata de dos criterios para la individualización de la pena, que de forma excepcional incorpora el tipo, sin que se cierre el paso a la aplicación de las normas generales de determinación de la pena, por lo que actuará dentro de los límites establecidos por las mencionadas normas generales (19).

Respecto al tipo cualificado del número 1º del art. 148, que concurre cuando en la agresión se utilizan armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas que suponen un peligro concreto para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado, debe resaltarse que la acción típica se dará cuando la agresión, llevada a cabo con cualquier medio, método o forma -que podrá en sí mismo ser peligroso o no-, pueda calificarse en su configuración concreta como peligrosa en cuanto permite afirmar que es probable que de tal comportamiento se derive un resultado de peligro de los que quiere prevenir el tipo agravado, con independencia de si tal resultado efectivamente se produce. Además, al exigir el tipo el uso de tales modalidades comisivas excluye del mismo los supuestos de mera exhibición de determinados medios, métodos o formas, que no da lugar a la concreta peligrosidad para la salud o la vida. En cuanto al resultado típico, éste estará constituido por la producción de un resultado de peligro de producción de un resultado de muerte o de resultados lesivos más graves de los comprendidos en el art. 147.1. En el plano subjetivo, al tratarse de un delito de peligro concreto, debe

(19) Vid. GONZALEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal...*, cit., pp. 161 y 162; y TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios al nuevo...*, cit., p. 734.

(18) Si estas cualificaciones concudiesen en la falta del art. 617.1, o en los tipos agravados por la entidad del resultado de los arts. 149 o 150, funcionarían como agravantes genéricas. Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, cit., p. 110.

concurrir dolo -al menos eventual- respecto a la utilización del medio peligroso y respecto al efectivo peligro para la vida o la salud del lesionado (20).

En cuanto al tipo cualificado por mediar ensañamiento del número 2º de este art. 148, debemos poner de manifiesto que el Código de 1995 viene a sustituir con este término los polémicos conceptos de "brutalidad" y "tortura", introducidos por la reforma de 1989. La desaparición de los mencionados conceptos y la introducción de la referencia expresa al ensañamiento, ha sido valorada positivamente por la doctrina que criticaba la inseguridad jurídica e inadecuación de los anteriores términos (21). El significado del término ensañamiento lo aporta el art. 22.5ª CP, y debe por tal entenderse, en relación al delito que nos ocupa, el "aumento deliberado, inhumano e innecesario del sufrimiento del lesionado". Así, en este delito de lesiones el ensañamiento ha de dar lugar a un incremento del riesgo o del resultado lesivo, por lo que es un mayor contenido del injusto lo que justifica la aplicación de la pena cualificada (22). Por lo demás, al ser el art. 148 un tipo mixto alternativo, la concurrencia del ensañamiento con otro de los tipos cualificados podría llevar a su aplicación como circunstancia agravante genérica.

Finalmente, el número 3º del art. 148 introduce un novedoso tipo cualificado cuando las lesiones reacaigan sobre una víctima menor de doce años o incapaz. El fundamento de esta agravación se encuentra en el especial aseguramiento de la ejecución del menoscabo a la salud que generalmente se deriva del hecho de que la víctima sea menor de doce años o incapaz. No obstante, este tipo agravado es criticado por la doctrina al no exigir en ningún momento la concurrencia de una situación de superioridad en el caso concreto (23). En relación a la parte objetiva del tipo, se requiere un menoscabo sobre

(20) Vid. DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., pp. 76-78.

(21) Vid., entre otros, TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios al nuevo Código...*, cit., p. 736; y CARBONELL MATEU, J. C./GONZALEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal...*, cit., p. 124.

(22) Cfr. CARBONELL MATEU, J. C./GONZALEZ CUSSAC, J. L., *ibidem*; y DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., p. 80.

(23) Vid. CARBONELL MATEU, J. C./GONZALEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal...*, cit., pp. 124 y 125; y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, cit., p. 111.

(24) Criticando la fijación del límite de los doce años, vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios al nuevo Código...*, cit., p. 737.

la salud de un menor que no haya cumplido los doce años (24), o bien sobre un incapaz, concepto este último que deberá ser entendido en el sentido del art. 25 CP, es decir, como toda persona que, haya sido o no declarada su incapacitación, padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma. En cuanto a la parte subjetiva del tipo, el dolo debe abarcar también el conocimiento de la edad de la víctima o su situación de incapacidad.

Por último, como cuestiones comunes a los tres tipos cualificados, debemos señalar que no cabe -en los tres supuestos- la comisión por imprudencia, ya sea porque este precepto (art. 148) no figura entre los expresamente aludidos como susceptibles de comisión culposa en los arts. 152 y 621, ya por la naturaleza de los tipos agravados. Además, en los tres supuestos podrá aplicarse la tentativa y, por la previsión del art. 151, se podrán castigar los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación. En relación a la penalidad, se prevé una pena de prisión de dos a cinco años, para cuya aplicación, dado que se trata de un tipo mixto alternativo, bastará con que concurra una sola de las modalidades de agravación del art. 148.

VI. Tipos agravados por el resultado (arts. 149 y 150)

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, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años.

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.

Los tipos cualificados de los arts. 149 y 150 CP, que recogen los supuestos más graves de lesiones, sustituyen a los que figuraban en los anteriores arts. 418 y 419, así como al tipo agravado del art. 421.2. En estos nuevos preceptos se agravan las lesiones en atención a la importancia del

resultado producido, radicando su fundamento en un mayor contenido de injusto. Así, al incremento del desvalor de resultado derivado de la especial gravedad del menoscabo a la salud e integridad corporal, se añade el desvalor de acción a él referido. Entre el art. 149 y 150 CP no existen diferencias cualitativas, siendo este último un precepto subsidiario del anterior, que encontrará aplicación cuando alguno de los resultados contemplados en el art. 149 posean una menor gravedad.

En relación a la parte objetiva del tipo, debemos indicar que la acción típica en estos tipos agravados es una de medios indeterminados al igual que la incluida en el tipo básico del art. 147.1. De este modo, pueden integrarse en los mismos comportamientos llevados a cabo en comisión por omisión.

En cuanto al resultado material, al igual que en todas las figuras de lesiones, viene dado por el menoscabo a la salud e integridad corporal que, además de una primera asistencia facultativa, requiera de un tratamiento médico o quirúrgico (25).

Precisado lo anterior, lo importante es analizar las características que deben reunir los resultados contemplados en estas figuras agravadas. Así, en primer lugar se alude a la "pérdida o inutilidad de un órgano o miembro" que, dependiendo de si es principal o no, encontrará aplicación el art. 149 o el 150. Como puede apreciarse se contempla tanto la **pérdida**, esto es, la separación física o destrucción del miembro u órgano, como la **inutilidad**, entendida como la anulación de la función a la que sirven, equiparándose a efectos de pena. No obstante, para que la inutilidad pueda equipararse a la pérdida, aquélla deberá ser total y definitiva (26). Respecto a la distinción entre **órgano** y **miembro**, que a efectos penales no tiene trascendencia, podemos decir que la doctrina entiende por miembro la parte corporal diferen-

(25) En sentido contrario, DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., p. 87, afirma que no es imprescindible que el resultado en estos tipos cualificados se corresponda con las cualidades del resultado del delito básico de lesiones, no siendo requisito la necesidad del tratamiento médico o quirúrgico, aunque reconoce el autor que ello será lo normal.

(26) Vid. GONZALEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal...*, cit., p. 165; y SANCHEZ-JUNCO MANS, J., *Código penal de 1995...*, cit., p. 982.

ciada que es susceptible de directa percepción visual como algo claramente delimitado del tronco, y que tiene una función propia y diferenciada de la del órgano o aparato en el que se suelen integrar, mientras que órganos serían aquellas partes internas del cuerpo humano que desarrollan una función propia y no son susceptibles de percepción visual (27). Más problemática se presenta la distinción en cuanto al carácter de **principal o no principal** del órgano o miembro, distinción que sí tiene relevancia en cuanto determinará la aplicación del art. 149 -si es principal- o del art. 150 -si no lo es-. En realidad no existe un criterio objetivo único que sea válido para operar la señalada distinción, por lo que se critica por la doctrina la inseguridad jurídica que introduce este concepto valorativo. No obstante, se han apuntado por cierto sector doctrinal algunas guías valorativas que pueden ser útiles a la hora de proceder a realizar la mencionada discriminación. Así, se estiman como miembros u órganos principales: todos aquellos cuya ineficacia funcional conlleve un significativo acortamiento de la vida; también aquellos cuya ineficacia funcional afecte de forma notable, no sólo a las habilidades o actividades profesionales de la víctima, sino igualmente a su estilo de vida, o a sus aspiraciones al respecto; y, finalmente, aquellos que, incluso pudiendo ser reemplazados en sus funciones tras su pérdida o inutilidad, ello se consigue a costa de un descenso en la calidad de vida de la víctima. Por el contrario, serían no principales los que no conllevaran los efectos señalados (28). En la práctica, doctrina y jurisprudencia consideran órganos o miembros no principales: los dedos o sus falanges de pies y manos, uno o varios dientes y el pabellón auditivo; considerándose, si bien con excepciones, como principales los restantes.

Por lo que respecta al resultado consistente en la **pérdida o la inutilidad de un sentido**, hay que destacar la diferencia existente en relación a la regulación anterior que sólo incluía la referencia a la vista y el oído, y que con la actual redacción permite la inclusión también del gusto, el tacto y el olfato (29). Por lo demás, pérdida significa la desaparición o inutilización

(27) Vid. DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., pp. 87-89; y TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios al nuevo Código...*, cit., p. 738.

(28) Vid. DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., pp. 92-95.

(29) En contra de una asimilación de la funcionalidad de todos los sentidos en el Código actual, CARBONELL MATEU, J. C./GONZALEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal...*, cit., p. 125

plena, por lo que no estaría comprendida aquí la simple disminución de su capacidad funcional. Lo importante, pues, es que el sujeto como consecuencia de la lesión no pueda servirse de ellos, sin importar las deficiencias previas que pudiese tener.

También, dentro del art. 149 se contemplan como resultados la **impotencia** y la **esterilidad**, por lo que se comprende cualquier menoscabo que afecte tanto a la *potentia coeundi* del sujeto, es decir, a la capacidad para realizar el coito, como a la *potentia generandi*, es decir, a la capacidad de engendrar. Dentro de la impotencia se pueden acoger también los casos de castración, tanto femenina como masculina, si bien supondría, de cualquier forma, una pérdida de miembro u órgano principal recogida igualmente en este art. 149. Tanto en un supuesto como en otro se requiere que las incapacidades sean permanentes aunque no irreversibles (30).

Otro de los resultados que se incluyen dentro de los tipos agravados que analizamos es la **deformidad**, que dará lugar a la aplicación del art. 149 o 150 dependiendo de si ésta es grave o no. La introducción de las deformidades entre los resultados que se contemplan por estos tipos cualificados de lesiones pretende tomar en consideración las inmediatas consecuencias que tales menoscabos conllevan para una adecuada convivencia social, dado que repercuten sobre la propia autoestima, las relaciones interindividuales y las oportunidades profesionales de la víctima (31). La deformidad es esencialmente un concepto valorativo-estético, que puede ser entendido como toda irregularidad física permanente y visible que conlleva una modificación corporal de la que pueden derivarse efectos sociales o convencionales negativos (32). Respecto a la nota de "visibilidad" resaltada en la definición aportada, cabe sostener que se dará aun cuando las partes corporales irregulares no queden expuestas habitualmente a la visión de otras

y 126. Si bien estos autores reconocen que se trata de una cuestión más teórica que práctica, dadas las dificultades para producir la pérdida o inutilidad del tacto, el gusto o el olfato.

(30) Vid. GONZALEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal español...*, cit., p. 166.

(31) Así, DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., p. 107.

(32) Vid. SANCHEZ-JUNCO MANS, J., *Código penal de 1995...*, cit., p. 983. También, SSTS de 23 de enero de 1990 (A. 480) y 29 de enero de 1996 (A. 150).

personas, o se puedan ocultar fácilmente. En cuanto al requisito de la “permanencia”, la jurisprudencia lo estima incluso si existe la posibilidad de su eliminación por medio de la cirugía reparadora. La mayor dificultad, sin lugar a dudas, es trazar la línea divisoria entre la gravedad o no de la deformidad, lo cual es relevante para determinar la aplicación del art. 149 -en caso de deformidad grave- o del 150 -si ésta no es grave-. Así pues, para constatar la gravedad o no de la deformidad, la doctrina ha apuntado diversos criterios como atender a la naturaleza de la lesión y a la parte del cuerpo afectada (33), al grado en que afecte a la calidad de vida de la víctima una vez situada ésta en sus concretas circunstancias personales (edad, sexo, profesión...), y en función de los medios disponibles para neutralizar de un modo sustitutivo la irregularidad orgánica (34).

Por último, en el art. 149 se encuentra entre los resultados la mención a una **grave enfermedad somática o psíquica**. En relación al concepto de enfermedad puede decirse que por tal cabe entender la alteración del normal funcionamiento del organismo humano que merece una consideración médica autónoma, con independencia de la función o funciones afectadas. La distinción entre enfermedad somática y psíquica -innecesaria por estar comprendidas ambas en el genérico concepto de enfermedad-, se ha hecho con la intención de que no resultase excluida esta última. Por lo demás, la exigencia típica de la “gravedad” de la enfermedad habrá de precisarse teniendo en cuenta las repercusiones que su sufrimiento cause a la calidad de vida del afectado. No obstante, para que se dé la “gravedad”, será requisito indispensable que la enfermedad tenga carácter de “permanente o definitiva”, lo que acontecerá, evidentemente, cuando estemos ante una enfermedad incurable, pero también cuando se trate de una enfermedad crónica (35).

Respecto a la parte subjetiva de estos tipos agravados de lesiones, es necesario subrayar que el dolo debe ir referido a la producción de alguno de los resultados acabados de examinar, así como a la correspondiente acción

(33) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios al nuevo Código...*, cit., p. 740.

(34) Vid. DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., pp. 110 y 111.

(35) Vid. DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., pp. 103-105.

u omisión típicas, siendo indiferente -en contra de lo que ocurría en la anterior regulación- que se trate de dolo directo o eventual. Además, se prevé la comisión por imprudencia, que, si es grave, se castiga en el art. 152.1.2º. y 3º. de forma diferenciada en correlación con las figuras dolosas de los arts. 149 y 150 (36), y, si es leve, se castiga en el art. 623.3 que no establece diferenciación alguna. No deben olvidarse tampoco las previsiones del art. 152.2 y 3, si la imprudencia grave se comete utilizando vehículo a motor, ciclomotor o arma de fuego, o se trata de imprudencia profesional, y las del art. 621.4 y 5 en los casos de imprudencia leve.

En cuanto a las formas imperfectas nada obsta para apreciar la tentativa, tanto acabada como inacabada, resultando punibles, por aplicación del art. 151, los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación para delinquir.

Finalmente, en lo tocante a la penalidad, el art. 149 prevé una pena de prisión de seis a doce años y el art. 150 una pena de prisión de tres a seis años. Penas, que pueden calificarse de severas si tenemos en cuenta que, comparativamente, el límite máximo de la pena establecida en el art. 149 supera el mínimo de la pena prevista para el delito de homicidio.

VII. La problemática del consentimiento en los delitos de lesiones

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.

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 trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo

(36) Dispone el art. 152.1. "El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado: 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".

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.

La relevancia del consentimiento en los delitos de lesiones siempre ha sido una de las cuestiones que ha despertado mayor interés por parte de la doctrina. Así, un importante sector doctrinal había venido entendiendo que el bien jurídico salud era un bien disponible, y, por lo tanto, se mostraba partidario de otorgar relevancia al consentimiento en esta materia. En contra de tal entendimiento, otro sector de la doctrina española se mostraba partidario de la irrelevancia del consentimiento en los delitos de lesiones, al mantener la indisponibilidad del bien jurídico salud por los individuos, de modo similar a lo que ocurre con el bien jurídico vida.

Sin entrar ahora a valorar los argumentos esgrimidos a favor y en contra de las reseñadas posiciones (37), debemos centrarnos en la solución que a esta cuestión ha venido a dar el Código penal de 1995. En este sentido, el art. 155 CP ha optado por una vía intermedia entre la relevancia y la irrelevancia del consentimiento, al proclamar que éste -emitido con los requisitos exigidos por dicha norma- no elimina la responsabilidad criminal, pero sí la atenúa sustancialmente, ya que dispone la imposición de la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para cada tipo de lesión, lo que obligará casi siempre a sustituir la pena de prisión, conforme a lo preceptuado por el art. 71.2, incluso en los supuestos más graves del art. 149. Dicha declaración ha sorprendido a gran parte de la doctrina, en el sentido de que si se entiende que la salud es un bien disponible, entonces el consentimiento debe resultar operativo y eximir la responsabilidad criminal. Por el contrario,

(37) Una exposición de tales posturas doctrinales puede verse en DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., pp. 122 y ss.

si se estima que no es un bien indisponible, no debe reconocerse al consentimiento efecto alguno (38). No obstante, la mayoría de la doctrina entiende que las autolesiones son atípicas, por lo que se reconoce la disponibilidad de la salud para su titular, y que tampoco podría castigarse la participación de terceros en las mismas. Sólo, por consiguiente, serían típicas las lesiones causadas por tercero con el consentimiento del lesionado, respondiendo criminalmente, si bien de forma atenuada, tanto el que las causa como quienes participen en ellas. La solución aportada, pues, por el art. 155 es muy semejante a la que se dispensa para la eutanasia en el art. 143.4.

En cuanto a los requisitos exigidos por el art. 155 para que el consentimiento opere con eficacia atenuatoria, el propio precepto dice que debe ser “válida, libre, espontánea y expresamente emitido”. Con la referencia a que el consentimiento sea “válido”, se pretende verificar si ha concurrido en el titular de la salud la capacidad para otorgar tal consentimiento. Así, en Derecho penal se reconocerá a un sujeto dicha capacidad en cuanto se encuentre en condiciones de comprender el sentido y la trascendencia de su decisión en relación al bien jurídico protegido. Para evitar cualquier duda se aclara que no es válido, por falta de capacidad para otorgarlo, el prestado por menores o incapaces. Por menor habrá que entender “toda persona que aún no ha cumplido los 18 años”, y por incapaz, de acuerdo con el art. 25 CP, “toda persona, haya sido declarada o no su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”. La alusión a que el consentimiento sea “libre”, habrá de entenderse en el sentido de que quien consiente sea capaz de un reproche de culpabilidad y actúe previa información del alcance y sentido de la intervención lesiva. Respecto a la “espontaneidad” del consentimiento, hay que entenderla de manera que éste sea no inducido o generado por terceras personas, es decir, se pretende que sea el sujeto pasivo el que tome la iniciativa en el desencadenamiento del comportamiento de otro que concluirá en la producción de un delito de lesiones consentidas. Por lo que respecta al carácter “expreso” de dicho consentimiento, debe decirse que queda excluido

(38) Crf. GONZALEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal español...*, cit., p. 142; y CARBONELL MATEU, J. C./GONZALEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal...*, cit., p. 131.

el consentimiento tácito, aunque no hay obstáculo en admitir que se preste tanto en forma verbal como escrita (39). También, debe señalarse que tal consentimiento debe ser previo o simultáneo a la realización de las lesiones consentidas, lo que se deduce de la expresión legal "ha mediado". Finalmente, hay que poner de manifiesto que no será válido el consentimiento prestado en las condiciones expuestas por los representantes legales, lo que puede inferirse de la mención legal al "ofendido".

No obstante, en el art. 156 CP la eficacia justificante del consentimiento está expresamente reconocida en los supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual. También en estos casos se trata de lesiones consentidas causadas por tercero, pero que el legislador ha decidido eximir de responsabilidad criminal apoyándose en razones de solidaridad y fomento de la salud o en el libre desarrollo de la personalidad. Al igual que ocurría en el art. 155, el consentimiento al que se refiere el art. 156 ha de ser "válido, libre, consciente y expresamente emitido", negando validez al que se haya obtenido viciadamente o mediante precio o recompensa. Tampoco será válido el prestado por menores de dieciocho años de edad o incapaces, sin que, en estos casos, sirva el que presten sus representantes legales (40).

En relación al supuesto de trasplante de órganos, habrá que tomar en consideración, como se desprende del propio texto legal, la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, así como el RD 426/1980, de 22 de febrero que la desarrolla. Y ello, porque en tales disposiciones se mencionan determinados requisitos a los que de forma expresa no alude el art. 156 por desbodar su finalidad. Por lo demás, en este tipo de operaciones la intervención es curativa para el receptor, por lo que respecto a él el hecho será atípico, dado que la mencionada intervención se dirige a preservar la salud y no a perjudicarla. En relación al donante, es necesaria esta declaración expresa de exención de responsabilidad criminal, ya que la extracción del órgano supone cuando menos una afectación a su integridad corporal (41).

(39) Vid. SANCHEZ-JUNCO MANS, J., *Código penal de 1995...*, cit., p. 993; y TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios al nuevo Código...*, cit., pp. 750 y 751.

(40) Cfr. CARBONELL MATEU, J. C./GONZALEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal...*, cit., p. 132.

(41) Vid. GONZALEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal español...*, cit., p. 146.

En cuanto a los supuestos de esterilizaciones y cirugía transexual, que deben ser realizadas por facultativo, ha de indicarse que resulta indiferente para eximir de responsabilidad criminal que la intervención tenga o no finalidad curativa y que el resultado sea positivo o fallido.

Por último, en el párrafo segundo de este mismo art. 156, como una excepción a su vez al régimen establecido en el párrafo anterior, se encuentra expresamente prevista la “esterilización de personas incapacitadas que adolezcan de grave deficiencia psíquica”. En estos supuestos se requiere la autorización judicial, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz. Además, debe advertirse que se han introducido modificaciones relevantes en relación a la regulación anterior. De este modo, en primer lugar, la persona cuya esterilización se solicita ha de estar incapacitada judicialmente. En segundo lugar, la petición y la autorización judicial de la esterilización debe tener lugar en el mismo procedimiento de incapacitación o, si la solicitud fuese posterior al mismo, en un expediente de jurisdicción voluntaria. En último lugar, se dice expresamente que el criterio rector que debe tomar en cuenta el Juez para admitirla o rechazarla es “el del mayor interés del incapaz”. El análisis de las personas incapacitadas deberá efectuarse desde la perspectiva de la capacidad para comprender y asumir las consecuencias y responsabilidades derivadas de la procreación. Respecto al dictamen de los especialistas, este precepto no exige que sea favorable ni que tenga carácter vinculante, por lo que cabe la autorización en el supuesto de que uno o ambos sean desfavorables (42).

BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL MATEU, J. C./GONZALEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal. Parte especial*, en T. S. Vives Antón y otros, Valencia, 1996, 115-135.
– *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, (obra colectiva coordinada por T. S. Vives Antón), Valencia, 1996, 787-811.

(42) Un análisis en profundidad de los requisitos exigidos en estos supuestos de esterilización de incapaces, puede verse en DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., pp. 169 y ss.

- DIEZ RIPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, Valencia, 1997.
- GONZALEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, vol. I, (obra colectiva dirigida por M. Cobo del Rosal), Madrid, 1996, 139-171.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1996, 95-117.
- QUERALT JIMENEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 1996, 57-88.
- SANCHEZ-JUNCO MANS, J., *Código penal de 1995. (Comentarios y jurisprudencia)*, (obra colectiva coordinada por I. Serrano Butragueño), Granada, 1998, 971-996.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios al nuevo Código penal*, (obra colectiva dirigida por G. Quintero Olivares), Pamplona, 1996, 725-754.